

# Semaine sociale Lamy

[www.wk-rh.fr](http://www.wk-rh.fr)

## Actualité

### DROIT SOCIAL DE L'UNION EUROPÉENNE 2009

**Sylvaine Laulom**

Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

**Politique sociale** • La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens • Information et consultation des représentants des travailleurs lors de licenciement • Transfert d'entreprise et identité de l'entité transférée • La neutralisation des clauses de non-régression • Le droit aux congés annuels des salariés malades sous influence communautaire • Le droit au congé parental • Les droits de recours des salariées enceintes • L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge

**Libre circulation des personnes** • La notion de travailleur communautaire • Le droit à l'égalité de traitement des travailleurs communautaires • Le droit à l'égalité de traitement des citoyens de l'Union européenne • Libre circulation et reconnaissance mutuelle des diplômes



## **3 AVANT-PROPOS**

## **7 POLITIQUE SOCIALE**

- 9 La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens
- 15 Information et consultation des représentants des travailleurs lors de licenciement
- 21 Transfert d'entreprise et identité de l'entité transférée
- 24 La neutralisation des clauses de non-régression
- 29 Le droit aux congés annuels des salariés malades sous influence communautaire
- 34 Le droit au congé parental
- 39 Les droits de recours des salariées enceintes
- 42 L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge

## **49 LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES**

### ***50 Propos liminaires***

- 53 La notion de travailleur communautaire
- 57 Le droit à l'égalité de traitement des travailleurs communautaires
- 60 Le droit à l'égalité de traitement des citoyens de l'Union européenne
- 64 Libre circulation et reconnaissance mutuelle des diplômes



# Entrée en vigueur du traité de Lisbonne

L'actualité du droit communautaire de l'année 2009 restera marquée par l'adoption, tant attendue, du Traité de Lisbonne, finalement entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Ce nouveau traité, comme la proposition initiale de traité établissant une Constitution pour l'Europe, n'emporte pas de modifications significatives dans le domaine des politiques sociales où le partage des compétences entre États membres et Union européenne demeure identique. Néanmoins, on peut souhaiter que les modifications institutionnelles introduites permettront de faciliter la prise de décision au niveau européen y compris dans le domaine social. Le contexte politique ne semble cependant très favorable à un développement de ce domaine et les débats lors de la composition de la nouvelle Commission européenne ont montré que le portefeuille de l'Emploi, des Affaires sociales et de l'Égalité des chances était loin d'être considéré comme un portefeuille important.

Le traité de Lisbonne modifie la structure générale des traités composés désormais du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE). La Communauté européenne disparaît pour faire place à l'Union européenne. L'apport le plus important du traité de Lisbonne est sans nul doute la reconnaissance d'une valeur juridique à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 6 TUE), Charte qui inclut les droits sociaux fondamentaux. Le statut des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne en est ainsi renforcé, même si la Charte n'emporte pas de nouvelles compétences et qu'elle ne s'adresse aux États membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Par ailleurs, le Royaume-Uni, la Pologne et la République Tchèque ne sont, pour l'heure, pas tenus par ce texte.

Le Traité de Lisbonne redéfinit également les objectifs sociaux de l'Union européenne et fait de la « promotion d'un niveau d'emploi élevé », « de la garantie d'une protection sociale adéquate », « de la lutte contre l'exclusion sociale », « d'un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine », des objectifs transversaux de l'Union. Le dialogue social connaît une nouvelle consécration et un nouvel article 152 TFUE lui est dévolu : « L'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie. » Ces proclamations n'emportent pas de conséquences directes et l'on ne peut en attendre une évolution des politiques communautaires, mais l'approfondissement des objectifs sociaux n'est pas inutile face à des arrêts de la CJUE qui ont pu privilégier les objectifs économiques et les principes de liberté d'établissement au détriment du droit des syndicats d'agir collectivement pour défendre les intérêts des salariés. Nous faisons bien sur ici référence aux fameux et contestés arrêts Viking et Laval (11 déc. 2007, aff. C-438/05 et 18 déc. 2007, aff. C-341/05, nos obs. *Semaine sociale Lamy, Suppl.*, n° 1338, 28 janv. 2008, p. 37).



### UNE ANNÉE DE TRANSITION

L'année 2009 aura constitué une année de transition. L'attente de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'installation d'un nouveau Parlement européen et d'une nouvelle Commission rendaient peu propice le développement d'initiatives dans le domaine social alors pourtant que la crise économique et financière qui a frappé l'Union européenne les rendait particulièrement nécessaires. Alors que, selon Eurostat, la zone euro semble sortie de la récession avec une croissance de 0,4 % du PIB au troisième trimestre de l'année 2009, après 5 trimestres de baisse, le chômage continue à augmenter et il a atteint le seuil de 10 % en novembre 2009.

Certes, la Commission n'est pas restée entièrement inactive et elle a mobilisé un ensemble d'instruments pour accompagner les restructurations dans la continuité de la politique communautaire définie en ce domaine depuis 2005 (*Communication, « Restructuration et emploi, anticiper et accompagner les restructurations pour développer l'emploi : le rôle de l'Union européenne », COM (2005) 120 final, du 31 mars 2005*). En 2009, deux nouveaux forums sur les restructurations ont été organisés, afin de permettre une meilleure connaissance du phénomène des restructurations et de diffuser des échanges de bonnes pratiques. Le Fonds européen d'ajustement à la mondialisation, créé en 2006 afin de fournir un soutien aux travailleurs affectés par des restructurations liées à la mondialisation, a été réformé afin d'élargir le champ de son intervention pour apporter une aide aux travailleurs qui perdent leur emploi directement en raison de la crise financière et économique mondiale (*règlement n° 546/2009 du 18 juin 2009*). En 2009, une « boîte à outils » a également été élaborée. Elle propose une cinquantaine de bonnes pratiques en décrivant les objectifs, la méthode permettant leur implantation et les facteurs de succès. L'accent est mis sur l'importance d'associer les partenaires sociaux à la gestion des restructurations. On peut d'ailleurs remarquer que la directive sur les comités d'entreprise européens a permis le développement de pratiques de négociation collective qui ont pu déboucher sur la conclusion d'accords sur les restructurations. Ces exemples de négociation ne doivent néanmoins pas masquer que trop souvent les comités d'entreprise européens ne sont qu'informés trop tardivement de l'opération en cours.

Cette politique européenne a pu contribuer à la diffusion d'une meilleure connaissance des phénomènes de restructuration, mais la définition d'une nouvelle réglementation n'est pas à l'ordre du jour. Par ailleurs, il n'y a pas, pour l'heure, de reformulation des termes mêmes de la politique européenne de l'emploi. Pourtant, la crise devrait être à l'origine d'une réflexion sur la conception même de cette politique. On sait qu'elle a fait de la flexicurité son axe majeur. La montée brutale du chômage démontre pourtant que la flexibilité des législations d'emploi est depuis longtemps acquise et que la sécurité est, elle, bien insuffisante. L'accent ne devrait-il pas aujourd'hui être mis sur la définition de droits pour les milliers de salariés frappés par ces restructurations, conçues comme nécessaires et positives par l'Union européenne ?

La flexicurité continue à être encouragée, même si l'on peut noter une légère inflexion dans l'approche communautaire. Ainsi, la Communication de la Commission du 3 juin 2009, « *Un engagement commun en faveur de l'emploi* », semble marquer une première évolution (*COM (2009) 257 final*). La flexicurité est toujours conçue comme « *la meilleure formule pour moderniser les marchés du travail et accroître leur capacité d'adaptation, renforcer la compétitivité et préparer la reprise* ». Mais désormais, l'accent est plutôt mis sur l'adoption de mesures pour préserver les emplois existants,

en créer de nouveaux et stimuler la mobilité. Preuve en est, le chômage partiel, qui était absent jusqu'à présent du discours communautaire, devient la mesure emblématique de la flexicurité : « *dans plusieurs États membres, les mesures temporaires de chômage partiel contribuent effectivement à préserver l'emploi, notamment lorsqu'elles s'accompagnent de compensations financières pour la perte de revenus et de formations.* » La communication met également l'accent sur l'atténuation des répercussions sociales de la crise, la formation et une meilleure utilisation des fonds communautaires. À l'inverse de documents précédents, comme par exemple la communication sur la flexicurité, on ne trouve pas de références à une nécessaire « *souplesse et sécurisation des dispositions contractuelles* » qui, tout en laissant aux États membres une entière liberté, pouvaient légitimer une remise en cause des législations de protection d'emploi. Néanmoins, les conclusions du conseil des ministres des affaires sociales sur la flexicurité mettent également l'accent, de manière plus traditionnelle, sur des mesures de flexibilité (*Dépêche Planet Labor, 9 juin 2009, n° 090618*).

En 2010, une nouvelle stratégie européenne devra être définie. L'objectif de la stratégie de Lisbonne, qui était de faire de l'UE l'économie de la connaissance la plus compétitive en 2010, devra laisser la place à un nouvel objectif : « *faire de l'UE une économie sociale de marché plus verte et plus intelligente.* » (*COM, 2009, 647 final du 24 nov. 2009, consultation sur la future stratégie « UE 2020 »*) Cette stratégie intégrera une nouvelle stratégie européenne pour l'emploi qui devrait continuer à faire de la flexicurité son axe central. Une évolution serait nécessaire pour que ce concept ne serve plus essentiellement la flexibilisation des marchés du travail, dont la crise a montré qu'elle existait, mais la construction de nouvelles sécurités pour les salariés, sécurités d'autant plus nécessaires, que la crise de l'emploi devrait se poursuivre.

### L'ACTUALITÉ LÉGISLATIVE ET JURISPRUDENTIELLE

L'année 2009 n'aura pourtant pas été exempte de toute nouveauté législative. La révision de la directive sur les comités d'entreprise européens (*voir infra*) constitue certainement la contribution la plus importante au droit social communautaire, même si cette révision reste largement inachevée. On peut également noter que de leur côté les partenaires sociaux européens ont apporté leur contribution à l'édifice législatif européen en révisant le premier accord-cadre qu'ils avaient signé, relatif au congé parental. La révision reste néanmoins ici aussi très modeste (*voir infra*).

L'actualité jurisprudentielle reste, elle, riche. Le contentieux communautaire, qui naît essentiellement des renvois préjudiciels des juges nationaux, dénote d'une influence continue du droit social de l'Union européenne sur les droits nationaux. Les arrêts de l'année 2009 touchent cette fois encore un nombre important de domaines : les restructurations, le congé parental, les droits à congé annuel des salariés en congé maladie, les clauses de non-régression et ils ont ou devraient souvent conduire à une évolution de la jurisprudence française. Le contentieux des discriminations du fait de l'âge semble également être appelé à se développer. Dans le domaine de la libre circulation des personnes, ce sont des arrêts relatifs à la reconnaissance mutuelle des diplômes qui retiennent l'attention. Enfin, l'arrêt Vatsouras illustre les difficultés soulevées par l'approche catégorielle qui perdure de la libre circulation et il démontre que les personnes à la recherche d'un emploi restent une catégorie de citoyens de l'Union européenne aux droits incertains (*CJCE, 4 juin 2009, aff. C-22/08 et C-23/8*). ■

Sylvaine Laulom



## partie 1

# Politique sociale

- La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens
- Information et consultation des représentants des travailleurs lors de licenciement
- Transfert d'entreprise et identité de l'entité transférée
- La neutralisation des clauses de non-régression
- Le droit aux congés annuels des salariés malades sous influence communautaire
- Le droit au congé parental
- Les droits de recours des salariées enceintes
- L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge



# La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

La directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994, relative aux comités d'entreprise européens, constitue certainement l'une des plus belles réalisations sociales de l'Union européenne. Ce texte a permis de dépasser le cadre national de la représentation des salariés et, quinze ans après son adoption, 820 comités d'entreprise européens ont été mis en place (*proposition de directive présentée par la Commission, COM (2008) 419 final du 2 juill. 2008*). Certes, le fonctionnement de ces comités est loin d'être uniforme. Selon le contenu de l'accord qui les met en place, leur composition, les compétences des instances nationales de représentation et le fonctionnement du groupe de sociétés, leurs prérogatives vont être variées. Cela est particulièrement visible dans le contexte actuel où la crise financière et économique entraîne des opérations de restructurations importantes touchant des groupes où des comités d'entreprises européens sont en place. Ainsi, ils peuvent jouer un rôle extrêmement limité et être simplement un récepteur d'informations sur la restructuration, parfois même après que la décision ait été prise. Plus rarement, ils ont pu être un acteur à part entière, en devenant le lieu d'une négociation collective dans les entreprises et les groupes transnationaux (*M.-A. Moreau et J.-J. Paris, « Le rôle du comité d'entreprise européen au cours des restructurations, expériences et perspectives », Semaine sociale Lamy, Suppl., n° 1376*).

En dépit de ses succès certains, certaines faiblesses avérées des comités d'entreprise européens rendaient nécessaires une révision de la

directive de 1994 qui, selon son article 15, aurait dû être accomplie dès 1999. La révision de la directive sera donc inscrite dans les axes prioritaires de l'Agenda social de la Commission européenne pour les années 2006-2010 (*COM (2005) 33 final*). En 2004, la Commission européenne initie la première phase des consultations des partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire en ce domaine. Mais le processus de révision s'enlisera du fait notamment de l'opposition entre la Confédération européenne des syndicats, favorable à une révision, et Business Europe, qui y était hostile. C'est en 2008 que la Commission relance cette révision qui aboutira alors très rapidement sous l'impulsion de la Présidence française. Après qu'un accord ait été finalisé en décembre 2008 entre le Parlement européen et le Conseil, la directive a pu être adoptée le 16 mai 2009 (*v. Planet Labor, 23 avr. 2009, dépêches n°090447 et n°090394*).

## 1 UN PROCESSUS ORIGINAL D'ADOPTION DE LA DIRECTIVE

L'adoption de la directive a été marquée par le rôle atypique joué par les partenaires sociaux, dans une nouvelle combinaison informelle d'interventions des différents acteurs du processus de décision européen (*sur ce processus et sur la directive révisée, J.-Ph. Lhernould, « La nouvelle directive CE européen : une victoire française... quelle victoire ? », RJS 2/09, p. 101*).

La particularité de l'adoption des directives sociales communautaires est d'associer étroitement les partenaires sociaux européens ●●●

### ► Directive 2009/38/CE

concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire (refonte), *JOUE, 16 mai 2009, L. 122 p. 28*.

●●● qui peuvent décider de négocier et de conclure un accord, ce qui entraîne alors un dessaisissement des acteurs institutionnels classiques et notamment du Parlement européen. Comme le prévoit l'article 138 du traité CE (art. 154, TFUE), la Commission européenne lance donc la deuxième étape de consultation le 20 février 2008, à l'issue de laquelle les partenaires sociaux (ici la Confédération européenne des syndicats) déclinent l'invitation faite à négocier la révision de la directive. Suite à ce refus, en juillet, la Commission présente une proposition de révision de directive, devant être soumise au Conseil et au Parlement Européen. C'est alors qu'en marge du processus décisionnel « classique », les partenaires sociaux européens sont réinvités à entrer dans le jeu par la Présidence française afin de favoriser une adoption rapide du texte. Ils rendent un avis commun amendant le texte proposé par la Commission et seront dès lors associés de manière informelle à l'élaboration du texte. Une seule lecture sera nécessaire devant le Parlement européen, qui dénoncera néanmoins cette procédure informelle, qui en associant étroitement les partenaires sociaux européens au compromis, aura eu pour effet de limiter les droits du Parlement (*Planet Labor*, 16 déc. 2008, dépêche, n° 081017).

Cette intervention inédite des partenaires sociaux a certainement contribué à une adoption rapide de cette directive, sachant qu'en l'absence de décision en décembre 2008, le calendrier communautaire risquait de retarder de plusieurs mois l'adoption de ce texte. Elle a pu également permettre une intervention conjointe du Parlement européen et des partenaires sociaux alors que le traité conçoit plutôt leur intervention comme exclusive l'une de l'autre. Il n'en demeure pas moins qu'elle ne correspond pas au cadre institutionnel défini par le traité. Surtout, on peut se demander si l'association des partenaires sociaux n'a pas en réalité empêché l'émergence d'un texte plus clair que celui finalement adopté. Certains points cristallisaient, en effet, les oppositions des organisations syndicales européennes et le compromis n'a pu être trouvé qu'en adoptant des dispositions qui demeurent ambiguës, voire parfois contradictoires. Ce processus

a également pu conduire, nous le verrons, à ce que des précisions importantes soient reléguées dans le préambule, ce qui pose évidemment la question de leur force obligatoire.

## 2 LES OBJECTIFS DE LA RÉVISION

La révision de la directive sur les comités d'entreprise européens répond à plusieurs objectifs. D'une part, selon les termes du préambule, il s'agit « *d'accroître la proportion de comités d'entreprise européens établis* ». En effet, si environ 820 comités d'entreprise européens ont été mis en place, cela ne représente que 36 % des entreprises entrant dans le champ d'application de la directive et environ 60 % des salariés concernés (*v. proposition de directive présentée par la Commission, précit.*). D'autre part, il s'agit « *d'assurer une meilleure effectivité des droits d'information et de consultation transnationale des travailleurs* ». L'effectivité renvoie ici au fait que les comités d'entreprise européens ne sont pas suffisamment informés et consultés en cas de restructuration et ne « *seraient donc en mesure de jouer pleinement leur rôle dans l'anticipation et l'accompagnement du changement et de développer un véritable dialogue social transnational* » (*proposition de directive, précit.*). Enfin, la nouvelle directive doit contribuer à « *remédier à l'insécurité juridique qui découle de certaines de ses dispositions et de leur absence et d'assurer une meilleure articulation des instruments législatifs communautaires en matière d'information et de consultation des travailleurs* ». Il s'agit ici notamment de proposer de nouvelles définitions de l'information et de la consultation, notions clés de la directive, et d'harmoniser ces définitions avec les directives communautaires qui utilisent également ces notions. L'adoption de deux autres directives après 1994, relatives également à l'information et à la consultation des représentants des travailleurs, la directive du 8 octobre 2001 sur l'implication des travailleurs dans la société européenne et la directive du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, nécessitait, en effet,

une mise en cohérence de ces différents textes par l'adoption de définitions communes.

La nouvelle directive permettra-t-elle d'atteindre ces objectifs ? On peut en douter. Elle respecte la structure de la directive initiale et lui apporte quelques améliorations techniques notables. Néanmoins, concernant deux questions clés, la définition des compétences précises des comités d'entreprises européens et l'articulation des procédures nationales et européennes, le flou demeure alors même que des affaires récentes, comme la fusion GDF-Suez, démontrent la nécessité d'apporter des réponses précises, dans un contexte économique où les restructurations internationales se multiplient (*Cass. soc.*, 16 janv. 2008, n° 07-10597 ; *Semaine sociale Lamy*, 2008, n° 1338, v. aussi P. Rodière « La fusion GDF/Suez ou quand le comité d'entreprise européen s'en mêle », *Semaine sociale Lamy*, n° 1285, p. 6).

### 3 UNE STRUCTURE QUI DEMEURE IDENTIQUE

La nouvelle directive respecte les principes de mise en place des comités d'entreprise européens, tels qu'ils avaient été définis par la directive de 1994, principes qui ont pu contribuer au succès de ce texte.

L'autonomie des partenaires sociaux est réaffirmé et c'est par la négociation que les comités d'entreprise européens doivent être institués. Ce n'est toujours qu'en l'absence de négociation, que la directive définit en annexe les principes applicables et le groupe spécial de négociation peut toujours décider à la majorité qualifiée de ne pas mettre en place d'instance européenne de représentation. La pratique a montré que dans l'immense majorité des cas, les négociations ont pu aboutir et ce n'est qu'extrêmement rarement que les dispositions de l'annexe ont pu trouver à s'appliquer.

On retrouve également, dans la nouvelle directive, le même mécanisme permettant aux partenaires sociaux d'anticiper sa transposition. Ainsi, l'article 13 de la directive de 1994 autorisait les partenaires sociaux à négocier des accords prévoyant une information et une consultation

transnationales des travailleurs avant la fin de la période de transposition de la directive, ce qui exonérait ces groupes d'entreprises d'avoir à négocier de nouveaux accords. Le nouveau texte prévoit des dispositifs similaires (*art. 14*). Les accords d'anticipation « *article 13* », de même que les accords qui ont été conclus sous l'empire de la directive de 1994, sont sauvegardés. Les négociations qui seraient entreprises et qui aboutiraient avant la fin de la période de transposition, c'est-à-dire avant le 5 juin 2011, ne seront donc pas remises en cause.

La nouvelle directive n'impose donc pas de nouvelles négociations dans les entreprises et les groupes d'entreprises transnationaux qui ont déjà instauré des instances européennes de représentation des salariés. La pratique a montré que le contenu des accords d'anticipation a été très influencé par la directive ; il est donc probable que le contenu des accords évolue pour tenir compte des nouvelles dispositions de la directive.

### 4 DES AMÉLIORATIONS TECHNIQUES

Sans toucher à la structure générale de la directive, le texte révisé apporte un certain nombre d'améliorations techniques qui peuvent contribuer à un meilleur fonctionnement des comités d'entreprise européens.

#### ► Un accès renforcé à une information préalable

Les arrêts de la CJCE, rendus à la suite de recours préjudiciels relatifs à la directive de 1994, soulevaient tous un problème d'accès à une information préalable à la constitution du groupe spécial de négociation, pour déterminer les contours du groupe d'entreprises ou si les seuils d'effectif étaient bien atteints (*CJCE*, 29 mars 2001, *aff. C-62/99, Bofrost* ; 13 janv. 2004, *aff. C-440/00, Kühne et Nagel* ; 15 juill. 2004, *aff. C-349/01, Anker*). La nouvelle directive va reprendre sur ce point les solutions définies par la Cour européenne. Désormais l'article 4.4 indique que toute direction d'une entreprise, comprise dans le groupe d'entreprises de dimension communautaire, ainsi ●●●

●●● que la direction centrale ou la direction centrale présumée de l'entreprise ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire, est responsable de l'obtention et de la transmission aux parties intéressées par l'application de la directive des informations indispensables à l'ouverture de négociation, particulièrement « *les informations relatives à la structure de l'entreprise ou du groupe et à ses effectifs* ».

## ► Une meilleure représentation des salariés

La composition du groupe spécial de négociation et du comité d'entreprise européen, instauré en l'absence d'accord, est aménagée pour assurer une meilleure représentation des salariés, prenant en compte les effectifs dans chaque État membre où est implantée une entreprise du groupe. Ainsi un siège devra être alloué par tranche de travailleurs employés dans un État membre qui représente 10 % du nombre de travailleurs employés dans l'ensemble des États membres. On retrouve une même préoccupation concernant l'instance de représentation qui sera instaurée par accord, la répartition des sièges devant permettre de prendre « *en compte dans la mesure du possible le besoin de représentation équilibrée des travailleurs selon les activités, les catégories de travailleurs et le sexe* ». Le lien entre les salariés et le comité d'entreprise européen est également mieux défini, dans la mesure où ce dernier devra désormais les informer de la teneur et des résultats de la procédure d'information et de consultation.

## ► De nouveaux droits pour le groupe spécial de négociation et les comités d'entreprise européens

Le groupe spécial de négociation obtient le droit de se réunir hors de la présence d'un membre de la direction avant ou après la négociation. La nouvelle directive se préoccupe également des moyens devant être accordés aux représentants des travailleurs. Son article 10.1 prévoit, en effet, que les membres du comité d'entreprise européen « *disposent des moyens nécessaires pour appliquer les droits découlant de la présente directive à représenter collectivement les*

*intérêts des travailleurs* ». Plus intéressant, l'article 10.4, dans la lignée de la directive de 2001, donne un premier contenu à un statut de ces représentants en reconnaissant un droit à une formation sans perte de salaire « *dans la mesure où cela est nécessaire à l'exercice de leur fonction représentative dans un environnement international* ».

Enfin, la nouvelle directive reconnaît le rôle joué, dans la pratique, par les fédérations syndicales européennes, qui ont été très souvent des acteurs incontournables dans le processus de mise en place des comités d'entreprise européens. Cette reconnaissance se traduit par la possibilité, pour le groupe spécial de négociation, de faire appel à des experts syndicaux. Les organisations syndicales et d'employeurs compétentes et reconnues comme partenaires sociaux européens doivent être informées de l'ouverture de négociations.

## ► Un contenu de l'accord mieux défini

Le contenu de l'accord négocié reste libre mais des précisions sont apportées afin de rendre les accords plus opérationnels. Ainsi, les accords devraient déterminer les modalités d'articulation entre l'information et la consultation du comité d'entreprise européen et les instances nationales de représentation des travailleurs. Ils devraient aussi définir les modalités selon lesquelles il « *peut être amendé ou dénoncé ainsi que les cas dans lesquels l'accord devrait être renégocié* ». Il s'agit là d'un des points importants de cette révision. Très vite une lacune de la directive de 1994 est apparue qui était l'absence de toute disposition dans les hypothèses, pourtant très fréquentes, de changement dans le périmètre de l'entreprise ou du groupe d'entreprises communautaire. La nouvelle directive laisse donc à l'accord le soin de régler cette question. Une solution est également prévue en cas de silence de l'accord. La direction centrale devra alors entamer une négociation afin qu'un nouvel accord soit conclu. Le préambule ajoute un élément, qui n'est pas repris dans le corps de la directive, en indiquant qu'à « *la signature d'un nouvel accord, il convient de dissoudre les comités établis antérieurement et de mettre fin aux accords*

qui les instituent, quelles que soient leurs dispositions en matière de validité et de dénonciation ». La portée normative de ce principe est incertaine et interroge sur la subsistance, dans ces hypothèses, d'accords conclus antérieurement.

## 5 DES AMBIGUÏTÉS QUI DEMEURENT

Au-delà de ces quelques améliorations techniques, l'apport de la nouvelle directive reste très limité du fait d'ambiguïtés persistantes relatives au champ de compétences des comités d'entreprise européens. On attendait de la révision une clarification de trois problèmes clés relatifs à l'étendue des compétences des comités, au moment de leur intervention dans le processus de décision et à l'articulation des interventions des représentants nationaux et européens. Sur ces trois questions, l'absence de consensus entre les partenaires sociaux européens a rendu toute clarification impossible et le nouveau texte présente des contradictions sur lesquelles pourront s'appuyer des interprétations divergentes.

### ► La limitation de la compétence des CEE aux questions transnationales

Le premier enjeu de la révision était relatif au périmètre d'intervention du comité d'entreprise européen. La nouvelle directive limite la compétence du comité d'entreprise européen aux questions transnationales, définies comme les questions qui concernent l'ensemble du groupe d'entreprises ou au moins deux entreprises du groupe situées dans deux États membres différents (art. 1.4). Sur ce point, le texte est en retrait par rapport à la première directive de 1994 qui ne posait une telle limitation que pour les comités institués en l'absence d'accord. Il est en retrait également par rapport à la directive de 2001 sur l'implication des travailleurs dans la société européenne qui retient une compétence plus large de l'organe de représentation. Pourtant, le préambule de la directive pourrait susciter une interprétation moins restrictive de ce dispositif. Il prévoit, en effet, « que le caractère transnational d'une question soit déterminé en prenant en compte tant l'étendue des effets potentiels de celle-ci que

le niveau de direction et de représentation qu'elle implique. À cette fin, sont considérées comme transnationales les questions qui concernent l'ensemble de l'entreprise ou du groupe ou au moins deux États membres. Ceci inclut des questions qui, indépendamment du nombre d'États membres concernés, revêtent de l'importance pour les travailleurs européens s'agissant de l'ampleur de leur impact potentiel, ou qui impliquent des transferts d'activité entre États membres ». Si l'on s'appuie sur ce considérant, il serait alors possible d'inclure dans le champ de compétences des comités des décisions affectant un seul site national d'un groupe, ce qui pourtant semble exclu par l'article 1.4.

### ► Le moment de l'information et la consultation

Un autre des enjeux de la révision de la directive était la définition des notions d'information et de consultation. De ces définitions dépendent, en effet, la détermination du moment où l'information et la consultation doivent intervenir. En d'autres termes, l'information et la consultation doivent-elles être préalables aux décisions qui en font l'objet? Il s'agit là d'une question essentielle qui focalise les divergences d'interprétation des partenaires sociaux. La directive de 1994 restait volontairement silencieuse sur ce point et laissait ainsi la place à des interprétations divergentes. Les directives postérieures étaient, elles, plus précises. Ainsi, la directive de 2001, en indiquant que la consultation doit intervenir « à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs sur la base des informations fournies d'exprimer un avis sur les mesures envisagées par l'organe compétent, qui pourra être pris en considération dans le cadre du processus décisionnel au sein de la SE », fait clairement de la consultation un processus devant intervenir préalablement à la décision. Globalement, on retrouve ces éléments de définition dans la nouvelle directive. Mais en précisant, par exemple, que l'information et la consultation ne doivent pas « remettre en cause la capacité d'adaptation de l'entreprise » (considérant 14) ou que l'information ne doit pas « ralentir le processus décisionnel » (considérant 22), la nouvelle ●●●

●●● directive laisse planer un doute sur le moment où les informations doivent être données et la consultation doit intervenir. Pourtant, l'accent mis sur la nécessité « d'assurer l'effectivité » des droits d'information et de consultation, « d'assurer un effet utile » aux dispositions de la directive et les nouvelles définitions de l'information et de la consultation permettent d'affirmer que ces processus doivent être préalables à la décision sous peine précisément de les priver de leur « effet utile » (v. S. Laulom « Le cadre communautaire de la représentation des salariés », in *La recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Presses Universitaires de Saint-Étienne, 2005, p 23).

## ► La chronologie des procédures européenne et nationale d'information et de consultation

Enfin, le problème de l'articulation des procédures nationale et européenne reste entier, alors même que certaines affaires récentes montrent la nécessité de définir une chronologie des interventions des différents représentants des travailleurs. Ainsi, le TGI de Sarreguemines, dans l'affaire Continental (*Liaisons sociale Europe*, 2009, n° 225, p. 2), a pu considérer qu'imposer à l'employeur une priorité dans l'ordre des consultations des institutions représentatives du personnel au bénéfice du CE européen serait ajouter à la loi. Pour le TGI, l'ordre des consultations n'étant pas prescrit il peut se réaliser dans n'importe quel ordre ou de manière concomitante.

Le texte final y consacre deux nouvelles dispositions sans pourtant rien résoudre. D'une part, il est désormais prévu que l'accord établissant le comité d'entreprise doit fixer les modalités d'articulation entre l'information et la consultation du comité d'entreprise européen et des instances nationales de représentation des travailleurs, dans le respect des principes énoncés à l'article 1 § 3 (c'est-à-dire dans le respect de la compétence transnationale du CEE). D'autre part, l'article 12 prévoit de manière générale que « l'information et la consultation du comité d'entreprise européen sont articulées avec celles des instances nationales de représentation des

travailleurs dans le respect des compétences et domaines d'intervention de chacune d'entre elles ». La directive renvoie donc au groupe spécial de négociation le soin de régler cette question, mais leur liberté peut être limitée par l'article 12. On pourrait ainsi parfaitement bien imaginer qu'une consultation préalable du comité d'entreprise européen porte atteinte aux compétences des instances nationales de représentation. En réalité, bien que le terme d'articulation soit utilisé, les procédures nationales et européennes restent comprises comme indépendantes les unes des autres, chacun ayant une compétence spécifique. Or, le rôle des comités européens doit être conçu en relation avec les représentants nationaux. Par ailleurs, le comité européen peut appréhender les opérations de restructurations dans leur dimension globale. Au regard du domaine d'intervention plus vaste des comités d'entreprise européens, il aurait donc fallu définir explicitement une chronologie des procédures d'information et de consultation en posant le principe de l'antériorité de l'intervention de l'instance européenne. De manière très embryonnaire, ce principe d'antériorité ou tout du moins d'une concomitance des processus est inscrit dans le préambule qui dispose : « les législations et/ou la pratique nationales devraient éventuellement être adaptées pour que le comité d'entreprise européen puisse, le cas échéant, être informé avant ou en même temps que les instances nationales de représentation des travailleurs. » C'est donc ce principe qui devrait guider l'interprétation de la directive. Cette solution aurait certainement mérité une formulation plus affirmative et de se trouver dans le corps même de la directive.

Sans nier les apports de la nouvelle directive, elle ne semble en mesure ni de contribuer à l'expansion des comités d'entreprise européens dans les groupes qui en sont toujours dépourvus ni d'insuffler une nouvelle dynamique dans leur fonctionnement pour en faire un acteur incontournable des restructurations transnationales. Pourtant, certaines restructurations actuelles démontrent la nécessité d'une implication active des représentants européens et nationaux des salariés sous peine de dégénérer en conflits parfois violents. ■

# Information et consultation des représentants des travailleurs lors de licenciement

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRIID

**A**u moment où la crise économique et financière frappe les économies des États membres et où les entreprises procèdent à des restructurations massives, ces deux arrêts de la Cour de Justice viennent rappeler l'importance des procédures d'information et de consultation des représentants des travailleurs et l'actualité de la directive relative aux licenciements collectifs. Cette directive, adoptée le 17 février 1975, modifiée en 1992 et codifiée par la directive 98/59, organise une procédure d'information et de consultation « en vue d'aboutir à un accord » avec les représentants des travailleurs dans l'hypothèse de licenciements collectifs.

## 1 LE MOMENT DE L'INFORMATION ET DE LA CONSULTATION

► CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-44/08, Akavan

L'arrêt Akavan traite d'une question cruciale des procédures d'information et de consultation : à quel moment de la chaîne de décisions qui va conduire aux licenciements collectifs faut-il informer et consulter les représentants des travailleurs ? L'arrêt de la Cour est d'autant plus intéressant que l'affaire s'inscrit dans le cadre d'une restructuration internationale et conduit la Cour à clarifier la portée de l'obligation de consultation lorsque l'initiative de fermer une filiale émane de la société mère implantée dans un autre pays.

### ► L'affaire

Suite à une réorganisation d'un groupe international, ayant plusieurs filiales en Europe, le directoire de la société mère, Fujitsu Siemens Computers, installée aux Pays-Bas, décide de présenter à son conseil d'administration, le 7 décembre 1999, une proposition de fermeture d'une usine implantée en Finlande et appartenant à une de ses filiales, la société FSC. Une semaine après, le 14 décembre 1999, le conseil d'administration décide de suivre cette proposition, sans toutefois, selon ce même conseil d'administration, « qu'une décision précise soit arrêtée en ce qui concerne ladite usine ». La filiale finlandaise (FSC) a alors entamé le processus d'information et de consultation, qui s'est déroulé entre les 20 décembre 1999 et le 31 janvier 2000. Le 1<sup>er</sup> février 2000, la société FSC adopte une décision relative à la cessation de ses activités, ce qui conduit aux licenciements de 450 travailleurs sur les 490 que comptait cette filiale. Des syndicats finlandais saisissent alors le tribunal compétent, en estimant que la véritable décision de fermeture de l'entreprise avait été prise, lors du CA de la société mère, au plus tard le 14 décembre. Les consultations auraient donc été trop tardives.

Saisie, la Cour de cassation finlandaise interroge la Cour européenne : à quel moment, selon la directive 98/59 sur les licenciements collectifs, dont l'application est ici en cause, les consultations avec les représentants des travailleurs doivent-elles intervenir ? La série de questions préjudicielles posées – 6 au total – révèle ●●●

► CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, Akavan

Au sein d'un groupe d'entreprises, l'obligation d'information et la consultation des représentants des travailleurs naît lorsque des décisions stratégiques ou de modifications d'activités, qui contraignent l'employeur à envisager ou à projeter des licenciements collectifs, sont adoptées. La naissance de l'obligation de l'employeur ne dépend pas du fait que l'employeur soit déjà en mesure de fournir aux représentants des travailleurs toutes les informations nécessaires.

► CJCE, 16 juill. 2009, aff. C-12/08, Mono Car Styling

Le droit à l'information et à la consultation reconnu par la directive 98/59 a une nature collective. Une réglementation nationale qui institue des procédures permettant aux représentants des travailleurs de faire contrôler le respect par l'employeur de ce droit peut limiter le droit d'action individuel des travailleurs.

●●● toute la complexité de la question dans le cadre de groupe de sociétés. S'agit-il du moment où les décisions adoptées rendent nécessaire un licenciement collectif? S'agit-il du moment où l'employeur envisage d'adopter des mesures dont on s'attend à ce qu'elles rendent nécessaire un licenciement collectif? L'obligation naît-elle avant que l'employeur puisse fournir toutes les informations demandées? Lorsque l'employeur se trouve sous le contrôle d'une autre société, l'obligation naît-elle lorsque la société mère envisage un licenciement sans avoir encore précisé les filiales concernées ou lorsque la société mère envisage des licenciements collectifs expressément dans une filiale? Est donc également en cause la question de la répartition des responsabilités entre la société mère et ses filiales dans ces opérations de restructuration.

## ► La naissance de l'obligation d'information et de consultation

Selon les termes de la directive 98/59, l'information et la consultation doivent intervenir « en temps utile », lorsque l'employeur « envisage d'effectuer des licenciements collectifs » et l'article 3 de la directive évoque un « projet de licenciement » pour déterminer le moment où l'employeur doit notifier le licenciement à l'autorité publique compétente. Un arrêt précédent (CJCE, 27 janv. 2005, aff. C-188/03, *Junk*) avait déjà proposé une première interprétation de ces termes. Dans cet arrêt, la Cour avait précisé que les obligations de l'employeur naissent antérieurement à la décision de résilier des contrats de travail, car alors la possibilité d'éviter ou, au moins, de réduire les licenciements collectifs ou d'en atténuer les conséquences existe encore.

De la même manière, c'est au regard de l'objet de la procédure d'information et de consultation que la Cour va déterminer le moment où naît l'obligation de l'employeur. Cette procédure doit permettre, selon les termes de la directive, d'éviter les licenciements, d'en réduire le nombre ou d'en atténuer les conséquences. L'information et la consultation ne doivent donc être ni trop précoces ni trop tardives. Trop précoces, il ne peut y avoir de réelles consulta-

tions, puisque les licenciements ne sont alors qu'une probabilité. La Cour considère d'ailleurs qu'une telle consultation pourrait être contre-productive en restreignant la flexibilité des entreprises quant à leur restructuration, en alourdissant les contraintes administratives et en inquiétant peut-être inutilement les salariés. Trop tardives, lorsque la décision stratégique ou commerciale rendant nécessaire des licenciements est déjà prise, la procédure n'a plus réellement d'objet. Elle est privée d'effet utile dès lors que l'examen d'alternatives aux licenciements ne peut plus intervenir.

Pour la Cour, le juste moment du début de la consultation n'est ni celui où il est constaté que les décisions stratégiques rendront nécessaires des licenciements, ni celui où il est envisagé d'adopter des décisions dont on s'attend à ce qu'elles rendent nécessaires de tels licenciements. Pour la Cour, « la procédure de consultation doit donc être déclenchée par l'employeur au moment où a été adoptée une décision stratégique ou commerciale le contraignant à envisager ou à projeter des licenciements collectifs ». Le caractère préalable de la consultation par rapport à la décision de licencier est donc bien affirmé par la Cour.

La Cour ajoute une précision importante. Point n'est besoin pour que la consultation débute que l'employeur puisse, à ce moment là, donner aux représentants des travailleurs toutes les informations auxquelles ils ont droit. Selon la directive, les informations doivent être fournies par l'employeur « en temps utile au cours des consultations ». Les renseignements peuvent donc être communiqués lors des consultations et pas nécessairement avant. Ici encore, c'est au regard de l'objet de la procédure que la Cour se prononce. Une flexibilité est nécessaire, car exiger que l'employeur fournisse toutes les informations en début de procédure, pourrait conduire à une intervention trop tardive des représentants. On voit bien ici que pour la Cour, la consultation nécessite une certaine durée. L'information doit « permettre aux représentants des travailleurs de participer au processus de consultation aussi complètement et effectivement que possible et, pour ce faire, toutes nouvelles infor-

*mations pertinentes doivent être fournies jusqu'au dernier moment ».*

## ► L'affirmation de la seule responsabilité de l'employeur

Les questions soulevées par le renvoi préjudiciel amenaient également la Cour à se prononcer sur la répartition des compétences au sein d'un groupe de sociétés, lorsque la décision de restructuration d'une filiale est prise par la société mère. Pour la Cour, la responsabilité de l'information et de la consultation des représentants pèse uniquement sur l'employeur, c'est-à-dire sur la « *personne physique ou morale qui se trouve dans une relation de travail avec les travailleurs susceptibles d'être licenciés* ». L'interprétation de la Cour repose sur les termes mêmes de la directive, selon laquelle, le seul destinataire des obligations est l'employeur. Une entreprise qui contrôle l'employeur, « *même si elle peut prendre des décisions contraignantes à l'égard de ce dernier, n'a pas la qualité d'employeur* ».

L'objet de la révision de la directive en 1992 était précisément de prendre en compte les structures complexes des sociétés. La directive a fait le choix de faire reposer les obligations d'information et de consultation sur l'employeur, tout en précisant que « *les obligations des employeurs en matière d'information, de consultation et de notification s'appliquent indépendamment du fait que la décision concernant les licenciements collectifs émane de l'employeur ou d'une entreprise qui contrôle cet employeur* ». Le fait que l'entreprise qui contrôle ne fournisse pas les informations nécessaires ne peut justifier un manquement de l'employeur à ses obligations. La solution est évidemment de nature à limiter la portée des obligations d'information et de consultation mais rendre directement responsable la société mère ou toute entreprise qui contrôle l'employeur était difficilement praticable.

La Cour réaffirme donc à plusieurs reprises cette seule responsabilité de la société employeur : « *indépendamment du fait que les licenciements collectifs sont envisagés ou projetés à la suite d'une décision de l'entreprise qui emploie*

*les travailleurs concernés ou d'une décision de sa société mère, c'est toujours la première qui est obligée, en tant qu'employeur, d'engager les consultations avec les représentants de ses travailleurs.* »

Il en résulte que les consultations ne peuvent débuter que lorsque la filiale où les licenciements sont susceptibles d'être effectués est connue. C'est la filiale qui devra supporter les conséquences du non-respect de l'obligation de consultation si elle n'a, elle-même, pas été immédiatement et correctement informée d'une décision de sa société mère.

## ► Une solution qui s'inscrit dans un ensemble d'obligations communautaires

L'arrêt de la Cour confirme l'antériorité nécessaire d'une consultation qui doit intervenir à un moment qui ne prive pas les représentants des travailleurs de la possibilité d'influencer la décision. Il s'agit de mettre les représentants des travailleurs en mesure de discuter la décision même de licencier et de discuter les mesures d'accompagnement. L'arrêt marque également les limites de la directive de 1998. Au regard des faits, il semble bien que c'est dès le début du mois de décembre que des premières discussions sur une éventuelle fermeture interviennent. Certes, la réponse de la Cour ne manque pas de subtilité mais sa mise en œuvre peut s'avérer délicate tant la décision de licencier peut s'inscrire dans un processus décisionnel complexe où la détermination du moment où l'on passe d'une simple perspective à un projet peut s'avérer difficile. Dans cette perspective, la réelle garantie procédurale vient plutôt de l'interdiction d'effectivement résilier les contrats de travail tant que les obligations d'information et de consultation n'ont pas été respectées.

Surtout, l'arrêt montre l'importance de deux autres directives, la directive de 1994, modifiée en 2009, sur les comités d'entreprise européens et la directive de 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs. Cette dernière doit permettre aux représentants des travailleurs nationaux d'être informés et consultés régulièrement sur la situation de l'emploi et sur les « *décisions pouvant entraîner des modifications* » ●●●

●●● *substantielles dans l'organisation du travail et dans les relations contractuelles* ». L'arrêt montre également la nécessité de privilégier une lecture combinée de ces trois textes. La transposition de la directive de 2002 doit permettre aux représentants des travailleurs de connaître de décisions, antérieures mêmes aux projets de licenciements. Les comités d'entreprise européens doivent, eux, pouvoir intervenir en cas de restructurations internationales. Certes, des incohérences et des lacunes existent entre ces directives. Sans que cela soit en cause dans cette affaire, la question de l'articulation des procédures nationales et européennes d'information et de consultation n'est toujours pas précisément définie (voir *supra*). Des ambiguïtés demeurent sur le moment où les comités d'entreprise européens doivent intervenir dans le cadre de restructuration transnationale. L'arrêt, et l'interprétation téléologique qu'il privilégie au regard de la finalité des procédures d'information et de consultation, militent évidemment pour la reconnaissance d'une intervention qui ne soit pas trop tardive. Néanmoins, l'interprétation de l'arrêt Akavan est en partie fondée sur la lettre même de la directive de 1992, et les termes de la nouvelle directive sur les comités d'entreprise européens sont différents. Il n'en demeure pas moins que l'arrêt Akavan reconnaît la nécessité d'impliquer effectivement les représentants des travailleurs aux décisions de restructurations.

## ► La conformité du droit français

Le droit français ne devrait pas être affecté par cette décision de la Cour de Justice, dans la mesure où il assure le caractère préalable de l'intervention du comité d'entreprise qu'il s'agisse de l'information et de la consultation prévues lors de licenciement collectif (*C. trav., art. L. 1233-8 et s.*) ou de l'information et la consultation relatives aux projets de restructuration et de compression des effectifs en vertu de l'article L. 2323-15. On le sait la Cour de cassation a admis que ces deux procédures distinctes doivent être l'une et l'autre respectées, même si elles peuvent être conduites de manière concomitante (*Cass. soc., 2 mars 1999,*

*n° 97-16.489, Bull. civ. V, n° 91*). La Cour de cassation a également considéré « que, si une décision s'entend d'une manifestation de volonté d'un organe dirigeant qui oblige l'entreprise, il ne s'en déduit pas qu'elle implique nécessairement des mesures précises et concrètes; qu'un projet, même formulé en termes généraux, doit être soumis à consultation du comité d'entreprise lorsque son objet est assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause, dans son principe, le projet adopté » (*Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314, Bull. civ. V, n° 375*). En revanche, le droit français ne prévoit toujours pas que les consultations interviennent « en vue d'aboutir à un accord ». La conformité du droit français à la directive de 1975 sur les licenciements collectifs et à la directive de 1977 sur les transferts d'entreprise (*v. infra note sous arrêt Klarenberg*) n'est donc toujours pas acquise.

## 2 UN DROIT COLLECTIF À L'INFORMATION ET À LA CONSULTATION

► *CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-12/08, Mono Car Styling*

Le deuxième arrêt de la Cour, en interprétation de la directive 98/59 sur les licenciements collectifs, la conduit à s'interroger sur la nature du droit, individuel ou collectif, reconnu par la directive.

## ► L'affaire

Au cours de l'année 2004, la société Mono Car Styling a traversé une phase difficile et a décidé de réduire ses effectifs. Elle est parvenue à un accord avec les représentants des travailleurs prévoyant les modalités de la restructuration de l'entreprise et les conditions du licenciement collectif. Le licenciement de 30 salariés est prévu et des mesures de compensation et de soutien spécifiques sont définies. 21 salariés concernés par la procédure de licenciement collectif introduisent alors, à titre individuel, un recours, en

estimant que certaines obligations procédurales n'ont pas été respectées. Or, la loi belge admet, en cas de contestation introduite par les travailleurs agissant individuellement concernant le respect par l'employeur de la procédure d'information et de consultation, une limitation de ce droit. Les griefs pouvant être invoqués sont limités et le recours est conditionné à la formulation préalable d'objections, vis-à-vis de l'employeur, par les représentants des travailleurs. C'est la conformité de ce dispositif à la directive qui est posée.

Très classiquement, l'article 6 de la directive impose aux États membres de s'assurer que « *les représentants des travailleurs et/ou les travailleurs disposent de procédures administratives et/ou juridictionnelles aux fins de faire respecter les obligations prévues par cette directive* ». Une limitation du droit de recours individuel des salariés peut-elle être admise alors que les représentants des travailleurs disposent bien eux des voies de recours pour faire respecter les obligations d'information et de consultation reconnues par la directive ? Une telle limitation remet-elle en cause le droit à un recours juridictionnel effectif qui constitue un principe général du droit communautaire ?

## ► Un droit collectif à l'information et à la consultation...

Pour la Cour, le droit à l'information et à la consultation reconnu par la directive est destiné aux représentants des travailleurs et non pas aux travailleurs pris individuellement. Il est conçu au bénéfice des travailleurs en tant que collectivité et possède donc une nature collective. La Cour s'appuie sur le texte de la directive, qui se réfère à plusieurs reprises aux représentants des travailleurs et non aux travailleurs. Elle s'appuie également sur une interprétation téléologique de la directive pour affirmer la nature collective du droit d'information et de consultation : « *Dans la mesure où l'information et la consultation prévues par cette directive visent notamment à permettre, d'une part, la formulation de propositions constructives portant, au moins, sur les possibilités d'éviter ou de réduire les licenciements collectifs et d'atténuer les consé-*

*quences, ainsi que, d'autre part, la présentation d'observations éventuelles à l'autorité publique compétente, les représentants des travailleurs sont les mieux placés pour atteindre le but poursuivi par ladite directive* » (point 40).

## ►... qui rend possible une limitation du droit de recours des salariés

La protection de ce droit est donc assurée dès lors que les représentants des travailleurs ont un droit d'agir qui n'est pas assorti de limites ou de conditions spécifiques. La protection des travailleurs n'est pas restreinte et l'effet utile de la directive n'est pas affecté par une limitation des droits de recours des salariés. C'est le même raisonnement qui permet à la Cour d'affirmer, qu'en l'espèce, la loi belge ne remet pas en cause le principe du droit à une protection juridictionnelle effective.

L'avocat général, Paolo Mengozzi, dans ses conclusions, était parvenu à une solution similaire mais au terme d'un raisonnement différent, en rejetant une lecture téléologique du texte pour lui préférer une interprétation littérale. Pour lui, en effet, la nature du droit individuel ou collectif n'était pas en cause et était indifférente. L'article 6 de la directive, qui reconnaît un droit d'agir, laisserait aux États membres le soin de déterminer le titulaire de ces droits à savoir « *les représentants des travailleurs et/ou les travailleurs* ». Les États membres auraient donc le choix. Ils peuvent prévoir un droit d'agir aux seuls représentants des travailleurs, aux seuls travailleurs pris individuellement, ou encore aux représentants des travailleurs et aux travailleurs eux-mêmes.

## ► Une précision importante

La reconnaissance d'un droit collectif à l'information et à la consultation par cet arrêt de la Cour de Justice est importante. Les différentes directives qui reconnaissent des droits à l'information et à la consultation peuvent parfois comporter des ambiguïtés quant à la possibilité de se dispenser de représentants des travailleurs, en admettant une participation directe des travailleurs, en niant ainsi le caractère collectif du droit à l'information et à la consultation. ●●●

●●● Il est vrai que, la plupart du temps, une information et une consultation directes des travailleurs n'est admise qu'en l'absence de représentants des travailleurs. C'est ce que prévoit, par exemple, la directive sur les transferts d'entreprise. On peut d'ailleurs remarquer que sur ce point, le droit français n'a toujours pas transposé l'obligation d'information directe des travailleurs sur le transfert d'entreprise en l'absence de représentants des travailleurs (*v. nos obs. sous l'arrêt Klarenberg, infra*). Mais certaines incertitudes demeurent. Ainsi, le préambule de la directive de 2002 sur l'information et la consultation reconnaît que « *la présente directive ne porte pas atteinte aux systèmes prévoyant l'association directe des travailleurs tant que ceux-ci ont toujours la liberté d'exercer leur droit à l'information et à la consultation à travers leurs représentants* ». Dans quelques pays, les législations adoptées pour transposer la directive autorisent des accords collectifs à prévoir que l'information soit donnée directement aux salariés et que ceux-ci puissent, de même, être directement consultés, sans qu'aucune forme de représentation ne soit instituée (*A. Koukiadaki, « La transposition de la directive 2002/14 sur l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne », Revue de droit du travail, 2009, p. 466*). La conformité de ces dispositifs peut être discutée et l'affirmation très claire par la

Cour, contredisant sur ce point les conclusions de l'avocat général, que le droit à l'information et à la consultation a une nature collective peut circonscrire les possibilités de recours à une participation directe et sans médiation des salariés.

Comme l'arrêt Akavan, l'arrêt Mono Car Styling SA montre la nécessité d'une coordination des différentes directives communautaires traitant de l'information et la consultation des représentants des travailleurs. La nouvelle directive sur les comités d'entreprise européens n'a pas atteint l'objectif fixé d'harmoniser les différentes définitions des notions clefs de ces textes. Le Parlement européen, dans une résolution adoptée le 19 février 2009, sur l'application de la directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, (2008/2246 (INI), a demandé à la Commission de garantir une application plus effective de cette directive. Il demande notamment à la Commission d'examiner les exigences de coordination des différentes directives accordant des droits à l'information et à la consultation des représentants des travailleurs afin « *d'étudier la nécessité de procéder à des modifications éventuelles visant à éliminer les chevauchements et les contradictions* ». ■

# Transfert d'entreprise et identité de l'entité transférée

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

La directive sur les transferts d'entreprise (*Directive 77/187 du 14 févr. 1977, modifiée par la Directive 98/50 du 29 juin 1998 et codifiée par la Directive 2001/23 du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements*, JOCE, 22 juill. 2001, n° L. 82, p. 16) suscite un contentieux régulier devant la CJUE et elle a eu une influence importante sur l'évolution du droit français.

C'est une question inédite, relative à l'identité nécessaire de l'entité transférée, qui était posée, dans cette affaire, à la Cour. Sa réponse, fondée sur les principes de sa jurisprudence antérieure, est sans réelle surprise. Elle démontre la souplesse de la méthode utilisée par la Cour européenne pour appréhender la variété des situations qui lui sont soumises dans le cadre de l'interprétation de la directive 2001/23, relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Sans bouleverser l'approche française de cette question, l'arrêt pourrait amener une évolution de la jurisprudence française.

## 1 L'AFFAIRE

M. Klarenberg a été employé par la société ET Electrotechnologie (ET) à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1989. À compter du 1<sup>er</sup> mai 1992, il est nommé directeur de l'unité « F + E/ET-Systeme/netzwerk/IBS » de la société ET, unité elle-même subdivisée en trois groupes, dont l'un est également sous sa responsabilité directe. Le 22 novembre 2005, la société ET

a conclu un contrat avec la société Ferroton et la société mère de celle-ci. L'accord portait sur tous les produits développés par l'unité dirigée par M. Klarenberg. Sur la base de ce contrat, la société Ferroton, via sa société mère, a acquis tous les droits sur les logiciels, les brevets, les demandes de brevets et les inventions relatives aux produits en question. La société Ferroton a également reçu le matériel informatique de développement, un inventaire des matériaux de fabrication des produits, une liste de fournisseurs et une liste de clients. Des salariés ont été, à ce moment, repris par la société Ferroton et ont été intégrés dans sa structure. Le 17 juillet 2006, une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre de la société ET. M. Klarenberg soutient que son contrat de travail a été transféré à la société Ferroton depuis le 22 novembre 2005 et saisit le tribunal du travail afin d'obtenir que Ferroton le reprenne à son service.

La Cour d'appel de Düsseldorf considère que la société Ferroton a bien acquis, le 22 novembre 2005, une partie d'établissement. En effet, les outils de production fondamentaux de l'établissement et une liste de clients ont été transférés et elle a repris une partie des salariés maîtrisant le savoir-faire. En revanche, l'entité transférée n'a pas conservé son autonomie organisationnelle dans la mesure où les ressources acquises ont été intégrées par le cessionnaire dans sa propre structure préexistante. Peut-on alors considérer que l'entité transférée a maintenu son identité comme l'exige la directive ? En d'autres termes, peut-il y avoir transfert d'entreprise lorsque le nouvel entrepreneur ne conserve pas aux éléments acquis leur autonomie du point de vue organisationnel ?

► CJCE, 12 février 2009, aff. C-466/07, Klarenberg

Il y a transfert d'entreprise, au sens de la directive 2001/23, quand bien même la partie d'entreprise ou d'établissement cédée ne conserve pas son autonomie organisationnelle, dès lors que le lien fonctionnel entre les différents facteurs de production transférés est maintenu et qu'il permet au cessionnaire d'utiliser ces derniers aux fins de poursuivre une activité économique identique ou analogue.



## 2 LE MAINTIEN DU LIEN FONCTIONNEL D'INTERDÉPENDANCE ET DE COMPLÉMENTARITÉ DES FACTEURS DE PRODUCTION

C'est au regard de l'objectif de la directive que la Cour aborde la question qui lui est posée. Admettre que l'autonomie organisationnelle puisse être un critère d'identification de l'identité de l'entité transférée revient à laisser le cessionnaire libre de la reprise des contrats de travail. Il suffirait, en effet, au repreneur de modifier l'organisation de l'entité transférée au sein de sa propre structure pour faire obstacle à l'application de la directive. Comme le souligne l'avocat général, Paolo Mengozzi, dans ses conclusions, « *si le fait d'une intégration des éléments cédés dans la structure organisationnelle de l'entreprise cessionnaire était en lui-même suffisant pour exclure un transfert au sens de la directive, il serait particulièrement difficile d'obtenir l'application de cette dernière en cas de cession d'une partie d'entreprise ou d'établissement, lorsque l'opération en cause a pour objet, comme dans le cas d'espèce, la cession d'une branche d'activité entre des entreprises opérant sur le même marché et dotées toutes deux de leur propre structure organisationnelle* ».

Pourtant, le critère de l'organisation de l'entité a pu être retenu pour apprécier l'existence d'une entité économique conservant son identité. Ce critère ressort d'ailleurs de la définition même du transfert dans la directive qui doit être entendu comme « *un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire, qui maintient, postérieurement au transfert, son identité* ».

L'affaire Klarenberg va ainsi donner à la Cour l'occasion de préciser la place du critère organisationnel dans l'appréciation de l'existence d'un transfert d'entreprise. Pour la Cour, afin de ne pas priver d'effet utile la directive, et donc de ne pas priver les salariés du transfert de leur contrat de travail, l'identité exigée ne doit pas être entendue comme un maintien de l'organisation spécifique imposée par l'entrepreneur aux divers facteurs de production transférés mais comme « *le maintien du lien fonctionnel d'interdépendance et de complémentarité entre ces facteurs* ».

La formule retenue par la Cour n'est pas, en

elle-même, particulièrement significative. La Cour prend heureusement la peine de l'expliquer : « *Le maintien d'un tel lien fonctionnel entre les divers facteurs transférés permet au cessionnaire d'utiliser ces derniers, même s'ils sont intégrés, après le transfert, dans une nouvelle structure organisationnelle différente, afin de poursuivre une activité économique identique ou analogue.* » En d'autres termes, dès lors que les éléments de production qui ont été transférés permettent la poursuite d'une même activité ou d'une activité similaire, il est possible de retenir l'existence d'un transfert d'une entité économique maintenant son identité, quand bien même une nouvelle organisation est mise en place.

Dans cette affaire, la Cour reste fidèle à son approche traditionnelle pour appréhender l'existence de transfert de partie d'entreprise ou d'établissement. Plus qu'une définition, elle délivre une méthode qu'il revient aux juges nationaux d'appliquer. Ainsi, en l'espèce, le dernier mot reviendra à la juridiction de renvoi, qui devra établir, en tenant compte des éléments d'interprétation fournis par la Cour, « *dans le cadre d'une appréciation globale de l'ensemble des circonstances de fait qui caractérisent l'opération en cause au principal, si l'identité de l'unité économique transférée a été préservée* ». Il est vrai qu'au regard de l'arrêt, il semble bien qu'une réponse positive s'impose. Cette méthode communautaire est empreinte d'une grande souplesse, qui permet la prise en compte d'une variété de situations. La réponse de la Cour dans cet arrêt doit donc être replacée dans ce contexte. Si ici le critère organisationnel a pu s'effacer, il pourra, dans d'autres affaires, retrouver toute son importance.

## 3 LE SORT DES CONTRATS

L'arrêt permet, enfin, à la Cour de préciser un dernier élément. La société Ferroton soutenait, qu'en tout état de cause, le contrat de travail de M. Klarenberg ne pourrait être maintenu, dans la mesure où son emploi de directeur d'unité disparaissait de la nouvelle structure et ne pouvait donc être rattaché à aucun poste de

travail équivalent dans la nouvelle organisation du travail, mise en place par le cessionnaire. La Cour reprend la solution déjà définie dans l'arrêt *Mayeur (CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-175/99)*, arrêt qui est à l'origine d'une évolution importante du droit français relatif à l'application de l'article L. 1224-2 du Code du travail dans les hypothèses où des établissements publics sont en cause. L'impossibilité de poursuivre le contrat de travail avec le cessionnaire est sans incidence pour apprécier l'existence d'un transfert. En revanche, si elle est avérée, elle conduit à une modification substantielle de conditions de travail du salarié à son détriment, qui pourra être assimilée à une résiliation du contrat de travail intervenue du fait de l'employeur.

## 4 L'IMPACT SUR LE DROIT FRANÇAIS

L'impact de la décision de la Cour européenne en France devrait être limité (*J.-Ph. Lhernould, « Ya-t-il transfert d'entreprise lorsque la partie d'établissement reprise perd son autonomie organisationnelle chez le repreneur ? », RJS 6/09, p. 439*). Il faut, en effet, que les conditions d'exercice de l'activité soient profondément modifiées pour que la Cour de cassation admette que l'entité économique a perdu son identité. On peut penser que si la terminologie de la Cour de cassation est différente, elle aboutit globalement au même résultat que la Cour de Justice. L'arrêt pourrait néanmoins amener la Cour de cassation à adopter la même formulation que la Cour de Justice et à rechercher désormais si le transfert n'aboutit pas à une perte du lien fonctionnel entre les différents facteurs de production transférés.

L'identité des formulations n'empêche cependant pas des divergences. On sait que la Cour de cassation ne reprend toujours pas la distinction opérée par la CJCE entre les secteurs d'activité reposant ou non sur la main d'œuvre. Dans ces secteurs, la Cour européenne admet que le transfert d'entreprise puisse être caractérisé par le simple transfert d'un ensemble organisé de salariés spécialement et durablement affectés à une tâche commune (*voir par exemple, CJCE, 25 janv.*

*2001, aff. C-172/99, Liikenne*). Bien que visant la directive et reprenant les termes de la jurisprudence communautaire, la Cour de cassation n'a pas, jusqu'à présent, admis cette solution et conditionne la reconnaissance d'un transfert d'entreprise au transfert d'un ensemble de personnes et d'éléments corporels et incorporels permettant l'exercice d'une activité économique (*Cass. soc., 19 nov. 2008, n° 07-42.455; Cass. soc., 24 nov. 2009, n° 08-44.148*).

Un arrêt récent de la Cour de cassation a révélé une autre différence entre le droit français et le droit communautaire (*Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-43.397*). La directive communautaire prévoit qu'en l'absence de représentants du personnel dans l'entreprise, les travailleurs concernés par le transfert doivent être informés préalablement sur le transfert et ses conséquences éventuelles. Cette obligation n'a pas été transposée en droit français. Un arrêt de Cour d'appel avait admis une indemnisation de salariés du préjudice causé par l'absence d'information directe sur le transfert. La Cour de cassation n'admet pas cette solution. Elle considère que l'obligation d'information n'a pas été transposée en droit français et que la directive ne pouvait créer d'obligation à la charge de l'employeur. Il est vrai que la Cour européenne n'admet pas l'effet direct horizontal des directives. Seules peuvent être invoquées les dispositions suffisamment précises des directives non transposées à l'encontre de l'État mais non de particulier. L'obligation d'interprétation conforme qui pèse sur les juges nationaux permet souvent de dépasser cette limite à l'invocabilité de directives non transposées. La Cour de cassation semble ici réticente à mettre en œuvre cette obligation, alors même que l'article L. 1222-1 du Code du travail, selon lequel « *le contrat de travail est exécuté de bonne foi* », aurait pu lui permettre de reconnaître un droit à une formation individuelle des salariés (*v. P. Morvan, « transfert d'entreprise et information individuelle des salariés », JCP Ed. Sn° 5, 2 févr. 2010, p. 1047*). La conformité du droit français à la directive du 12 mars 2001 (codifiant faut-il le rappeler une directive de 1977 modifiée en 1998) n'est toujours pas acquise. ■

# La neutralisation des clauses de non-régression

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRIID

► CJCE, 23 avril 2009, aff. C-378/07 à C-380/07, Angelidaki

Selon la directive 1999/70 concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, la mise en œuvre de la directive ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs dans le domaine couvert par la directive. Pour qu'il y ait régression, il faut une réduction d'une ampleur de nature à affecter globalement l'application de la réglementation nationale relative aux contrats de travail à durée déterminée, ce qui n'est pas le cas si seule une catégorie limitée de travailleurs ayant conclu un CDD est concernée. L'adoption de mesures de prévention des abus prévues par l'accord-cadre est de nature à compenser la réduction de la protection antérieure.

Visiblement la transposition de la directive 1999/70, concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, dans la fonction publique grecque suscite des difficultés récurrentes comme le montre le nombre de questions préjudicielles posées par les juridictions grecques à la Cour (CJCE, 24 avr. 2009, aff. C-519/08, Koukou; CJCE 12 juin 2008, aff. C-364/07, Vassilakis; CJCE, 4 juill. 2006, aff. C-212/04, Adelenor, nos obs., *Semaine sociale Lamy, Suppl.*, n° 1288, 26 déc. 2006, p. 11).

Si l'arrêt confirme certains principes qui avaient déjà pu être définis, il est surtout l'occasion pour la Cour de se prononcer sur la portée des clauses de non-régression. Les clauses de non-régression sont apparues au début des années quatre-vingt-dix et elles sont aujourd'hui intégrées dans la plupart des directives sociales. Leur rédaction varie, mais leur objectif est identique : éviter qu'une diminution des droits des salariés ne puisse être imputée au respect d'obligations communautaires. Ainsi selon la clause invoquée en l'espèce, « *la mise en œuvre du présent accord ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs dans le domaine couvert par le présent accord* ». L'arrêt donne à la Cour l'opportunité de préciser le contenu normatif de ces clauses. La Cour entre bien dans un contrôle de la mise en œuvre de la directive pour analyser si la régression peut ou non être constituée. Dans cette perspective, les clauses de non-régression ne peuvent être assimilées à de simples déclarations politiques dépourvues de toute normativité. Il n'en demeure pas moins que le résultat auquel le contrôle de la Cour aboutit s'avère décevant et que la portée réelle de ces clauses semble réduite.

## 1 LES AFFAIRES

En Grèce, d'après la juridiction de renvoi, avant la transposition de la directive, et selon une loi de 1920, un contrat à durée déterminée, conclu dans la fonction publique, pouvait être requalifié en contrat à durée indéterminée lorsque aucune raison objective ne justifiait la limitation de la durée, ce qui est le cas lorsqu'un CDD vise à satisfaire des besoins permanents et durables de l'employeur. Cette requalification s'appliquait non seulement lorsque plusieurs contrats de travail à durée déterminée successifs étaient conclus, mais également lorsque était en cause la conclusion d'un seul CDD. Cette sanction a été remise en cause par le décret présidentiel, entré en vigueur en 2004, qui transpose la directive, relative aux contrats à durée déterminée, dans la fonction publique grecque. Le décret définit des mesures pour éviter les abus dans le recours aux CDD. Les règles ne sont donc pas applicables lorsqu'un seul CDD a été conclu. Par ailleurs, la sanction de ces règles est indemnitaire et le décret ne prévoit pas, dans la fonction publique, la requalification des CDD en CDI. Le droit grec antérieur à la transposition serait donc plus favorable aux travailleurs en CDD que le droit actuellement en vigueur. Plusieurs travailleurs employés en CDD par l'administration publique grecque soutiennent ainsi que la législation grecque n'a pas respecté la clause de non-régression contenue par la directive et ils demandent la requalification de leur CDD en CDI en application de la loi de 1920.

## 2 LA NOTION DE MESURES LÉGISLATIVES ÉQUIVALENTES

La Cour est d'abord amenée à se prononcer sur le sens de la clause 5 de l'accord-cadre, selon laquelle, « *afin de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs, les États membres, ... quand il n'existe pas des mesures légales équivalentes visant à prévenir les abus, introduisent d'une manière qui tiennent compte des besoins des secteurs spécifiques et/ou de catégories de travailleurs, l'une ou plusieurs des mesures suivantes* ». La formulation de la clause semble conditionner l'obligation de transposition des États membres à l'absence de « *mesures légales équivalentes* » dans l'ordre interne. La juridiction de renvoi interroge donc la Cour sur la portée de cette clause : quelle est la marge de manœuvre des États membres lorsqu'il existe déjà en droit interne « *une mesure légale équivalente* » ?

Pour la Cour européenne, la notion de « *mesure légale équivalente* » constitue une notion de droit communautaire qui doit recevoir une interprétation uniforme. Pour autant, l'interprétation de la Cour ne conduit pas à limiter la liberté des États membres dans la transposition des directives communautaires.

Pour la Cour, en effet, cette expression a vocation à viser toute mesure de droit national qui, à l'instar des mesures édictées par ladite clause, a pour objet de prévenir de manière efficace l'utilisation abusive de contrats ou de relations de travail à durée déterminée. Peu importe donc que la mesure de droit national ne prévoit pas les mesures particulières énoncées à la clause 5. L'absence de mesures légales équivalentes oblige les États membres à adopter l'une ou plusieurs des mesures prévues par l'accord-cadre pour limiter les abus dans le recours aux CDD. En revanche, l'existence de telles mesures ne prive pas les États membres de la possibilité de modifier ou de compléter la protection issue du droit antérieur. Une autre interprétation conduirait à empêcher toute évolution de la réglementation nationale existante. On retrouve ici les principes classiques qui guident les États membres lorsqu'ils doivent transposer, dans leur ordre interne,

des directives communautaires et la formulation atypique de la clause 5 ne les remet pas en cause. L'essentiel est que les États membres respectent les prescriptions de la directive, y compris la clause de non-régression, selon laquelle, rappelons le, la mise en œuvre de l'accord cadre ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs dans le domaine couvert par le présent accord.

## 3 LA PORTÉE DE LA CLAUSE DE NON-RÉGRESSION

La première précision de la Cour concerne le champ d'application de la clause de non-régression. L'accord-cadre ne réglemente que la succession de CDD et non la conclusion d'un premier contrat à durée déterminée. L'éventuelle régression des droits des salariés doit-elle alors être examinée uniquement au regard des droits des salariés ayant conclus plusieurs CDD ?

La Cour pose le principe d'une interprétation large de la clause de non-régression en la reliant au but de l'accord-cadre qui « *participe des objectifs fondamentaux inscrits à l'article 136, de même qu'au troisième alinéa du préambule du traité CE et aux points 7 et 10 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989* ». Par ailleurs, il découle de l'objectif de l'accord-cadre et de certaines de ses dispositions qu'il s'applique à tous les travailleurs à durée déterminée. L'existence d'une régression doit donc être examinée par rapport à l'ensemble des dispositions de droit interne relatives au contrat à durée déterminée.

La Cour s'engage ensuite dans un contrôle des modifications apportées par le décret de 2004 à la législation antérieure pour déterminer s'il y a eu régression des droits. Se faisant la Cour démontre ici la réelle normativité de ces clauses. L'existence d'une régression, au sens du droit communautaire, suppose d'une part, qu'elle soit liée à la mise en œuvre d'un texte communautaire, ici l'accord-cadre, et d'autre part, qu'elle porte sur le niveau général ●●●

●●● de protection des travailleurs à durée déterminée. On retrouve la même approche que celle que la Cour avait déjà adoptée dans l'arrêt Mangold (CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, nos obs., *Semaine sociale Lamy, Suppl.*, n° 1288, 26 déc. 2006, p. 21). La Cour rappelle que la « mise en œuvre » d'un texte communautaire ne vise pas la seule transposition initiale d'une directive, mais doit couvrir toute mesure nationale visant à garantir que l'objectif poursuivi par celle-ci puisse être atteint, y compris, celles qui, postérieurement à la transposition proprement dite, complètent ou modifient les règles nationales déjà adoptées. Le décret grec de 2004 est donc susceptible d'être contrôlé dès lors qu'il poursuit un objectif identique à l'accord-cadre. En revanche, précise la Cour, si ce texte était justifié par la promotion d'un objectif différent, il ne pourrait être relié à la mise en œuvre de la directive. Certains éléments soumis à la Cour pourraient laisser penser qu'effectivement le décret de 2004 poursuit un autre objectif et a pour but principal d'assurer le respect, dans le secteur public, des procédures de recrutement par concours et de préserver le statut des agents de la fonction publique hellénique. En revanche, d'autres éléments pourraient relier ce décret à la mise en œuvre de la directive. C'est donc à la juridiction nationale, au vue des éléments d'interprétation délivrés par la Cour, de se prononcer sur ce point.

La Cour en arrive alors au point essentiel : peut-on analyser le décret de 2004 comme entraînant une régression des droits des salariés, dans la mesure où il ne prévoit plus la requalification des CDD en CDI en cas d'abus et exclut du champ de la protection qu'il prévoit les travailleurs ayant conclu un premier et unique contrat de travail à durée déterminée ? La Cour va sur ce point adopter une position assez restrictive. En effet, elle considère que pour qu'il y ait régression, il faut « une réduction d'une ampleur de nature à affecter globalement la réglementation nationale relative aux contrats de travail à durée déterminée ». Or, la modification n'affecte pas tous les travailleurs en contrat à durée déterminée, mais uniquement ceux qui, d'une part, relèvent du secteur public et, d'autre

part, ne sont pas parties à des contrats de travail à durée déterminée successifs. La juridiction de renvoi doit donc vérifier que ces derniers ne représentent pas une partie significative des travailleurs employés en contrat à durée déterminée. Pour la Cour « la réduction de la protection dont bénéficie une telle catégorie restreinte de travailleurs, n'est pas, en tant que telle, susceptible d'affecter globalement le niveau de protection applicable dans l'ordre juridique interne aux travailleurs liés par un contrat de travail à durée déterminée ». La Cour estime de plus que l'adoption de mesures de prévention des abus prévues par l'accord-cadre est de nature à compenser la réduction de protection résultant de la suppression ou de la limitation de la sanction applicable précédemment lorsqu'un abus a été commis. En d'autres termes, la disparition de la sanction de requalification du contrat serait compensée par l'adoption des mesures prévues par la directive.

Il faut souligner ici l'ambivalence du raisonnement de la Cour. D'une part, elle admet la juridicité des clauses de non-régression et contrôle si la mise en œuvre de la directive, entendue largement, n'est pas de nature à entraîner une réduction du niveau général de protection des travailleurs. La Cour prend également le soin de motiver précisément sa décision et elle invoque les objectifs fondamentaux de l'article 136 du Traité et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. D'autre part, les réserves apportées par la Cour conduisent de fait à limiter la portée de ces clauses. La réduction des droits doit affecter tout d'abord l'ensemble ou tout du moins une partie très importante des travailleurs ayant conclu un contrat à durée déterminée. Mais c'est surtout la seconde limite, posée par la Cour, qui peut avoir les conséquences pratiques les plus importantes. Admettre qu'il n'y a pas de régression, car la reconnaissance des droits reconnus par la directive compense une éventuelle réduction des droits, conduit à nier la possibilité d'une réduction des droits. Ainsi que le remarque N. Moizard, « la Cour neutralise la régression par des mesures que les États étaient obligés d'intégrer » (RJS, 8-9/09, p. 611).

En d'autres termes, les obligations des États membres se limitent à assurer le respect des prescriptions définies par les directives communautaires. C'est ce que reconnaît la Cour : « *la mise en œuvre de l'accord-cadre ne saurait aboutir à réduire la protection qui était précédemment applicable dans l'ordre juridique interne aux travailleurs à durée déterminée à un niveau inférieur à celui qui est déterminé par les dispositions protectrices minimales prévues par l'accord-cadre en vue d'éviter la précarisation de la situation des salariés.* » Il faut alors admettre que l'effet des clauses de non-régression est des plus réduit pour ne pas dire inexistant.

La position de la CJCE est compréhensible si l'on admet que les clauses de non-régression n'ont pas pour objet de revenir sur l'articulation des compétences entre législateurs nationaux et européen et que leur but est simplement et de manière plus limitée d'éviter une instrumentalisation du droit communautaire. Dans cette perspective, et selon les termes de l'avocat général Antonio Tizzano (conclusions sous l'arrêt Mangold), ces clauses mériteraient plutôt d'être qualifiées de clause de « *transparence* » que de clause de non-régression. Si le législateur national souhaite revenir sur des droits reconnus aux salariés, il ne peut prétexter de prétendus obligations communautaires alors que les directives sociales communautaires ne fixent, répétons le, que des normes minimales (*sur ces clauses, C. Vigneau, « Les clauses de non-régression en droit communautaire du travail », D.O. nov. 2006, p. 521*).

On peut néanmoins se demander l'intérêt de reconnaître la normativité des clauses de non-régression pour finalement parvenir à en neutraliser les effets (*voir également L. Driguez, « Retour sur les clauses de non-régression, Europe, n° 6, juin 2009, comm. 235*). C'est peut-être la raison pour laquelle la Cour s'attarde ensuite longuement sur les obligations issues de l'accord-cadre que les États membres doivent respecter, en reprenant des principes déjà définis par des arrêts précédents. La Cour rappelle ainsi que le renouvellement de contrats de travail à durée déterminée successifs, dans le secteur public, ne peut être considéré comme justifié par

des raisons objectives au seul motif que ces contrats sont fondés sur des dispositions légales qui en permettent le renouvellement pour satisfaire certains besoins qui seraient permanents et durables. Il est en revanche possible de sanctionner le non-respect des règles de la directive par d'autres sanctions que la requalification du contrat, dès lors que d'autres mesures adéquates de prévention et de sanction des successions abusives de CDD sont adoptées.

## 4 LA PORTÉE DES CLAUSES DE NON-RÉGRESSION EN FRANCE

Si la portée concrète des clauses de non-régression est réduite par le juge communautaire, les juges nationaux sont néanmoins tenus de contrôler leur respect. Or, si l'on en croit une décision récente du Conseil d'État, ce contrôle national devrait également être réduit (*CE, 31 déc. 2008, n° 302202, L. Driguez, Europe n° 6, juin 2009, comm. 234*). Dans cet arrêt, le Conseil d'État a été saisi d'un recours en annulation d'un décret du 4 janvier 2007, relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier. Les syndicats, auteurs du recours, soutiennent que ce décret viole les clauses de non-régression de la directive 2002/15 du 11 mars 2002 relative à l'aménagement du temps de travail des personnes exécutant des activités mobiles de transport routier et de la directive 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. En effet, le décret permet de calculer la durée du travail, les heures supplémentaires et les modalités d'exercice des repos compensateurs non plus sur des périodes hebdomadaires mais sur des périodes de référence pouvant aller jusqu'à trois mois. Pour les syndicats requérants, ce nouveau mode de calcul emporterait une régression des conditions de travail des chauffeurs routiers.

Le Conseil d'État, comme la CJCE, va neutraliser la clause de non-régression. En se référant explicitement à la jurisprudence communautaire et à l'arrêt Mangold, le CE va considérer que si certains articles du décret ont effectivement pour objet d'achever la ●●●

●●● transposition des directives du 11 mars 2002 et du 4 novembre 2003, les dispositions litigieuses visent « *indépendamment de l'objectif de transposition de ces directives, à améliorer la compétitivité du secteur* ». Il n'y a donc pas régression au sens du droit du communautaire. L'interprétation du Conseil semble bien contestable dans la mesure où les notions de transposition et de mise en œuvre utilisées par le Conseil d'État ne semblent pas correspondre aux définitions communautaires de ces notions (*voir sur ce point L. Driguez*). Mais il faut bien

admettre qu'au regard de l'arrêt Angelidaki, seule la motivation du Conseil d'État devrait évoluer. Il suffirait, en effet, à la juridiction administrative d'admettre que le recul des droits est compensé par l'adoption des mesures de protections issues de ces directives pour rejeter l'argument d'une violation des clauses de non-régression. Devant le juge national comme le juge communautaire, les contestations de mesures nationales au regard des clauses de non-régression semblent avoir peu de chance de prospérer. ■

# Le droit aux congés annuels des salariés malades sous influence communautaire

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

La Cour de Justice consolide, dans ces deux arrêts, sa jurisprudence relative au droit aux congés annuels payés, reconnu par la directive 2003/88, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Selon une formulation désormais classique, qui guide l'interprétation de la Cour, ce droit est un « principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière ».

Le premier arrêt, rendu en grande chambre, concerne plus particulièrement le droit d'un salarié à être indemnisé lorsqu'il n'a pas été en mesure de prendre son congé annuel payé (CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06 et C-520/06, *Schultz-Hoff et Stringer*). Il a rapidement amené une évolution de la position de la Cour de la cassation. Le second arrêt intéresse le droit à un congé annuel lorsqu'un congé maladie a empêché un salarié de pouvoir en bénéficier (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-277/08, *Pereda*). Il confirme la priorité, reconnue par la Cour, à la prise effective des congés annuels et il nécessite une nouvelle évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation.

## 1 LE DROIT À L'INDEMNISATION D'UN CONGÉ PAYÉ ANNUEL NON PRIS

### ► Les affaires

Ce sont deux affaires qui ont été jointes dans cet arrêt, chacune d'entre elles posant la question des rapports entre congé maladie et congé annuel. Dans la première affaire, un salarié se voit refuser une indemnité pour des congés payés qu'il n'avait pu prendre du fait d'un congé

maladie. En effet, selon les dispositions allemandes applicables, le droit d'un salarié à une indemnité financière de congé annuel non pris s'éteint à la fin de l'année civile concernée et, au plus tard, à la fin d'une période de report qui, sauf dérogation conventionnelle, est d'une durée de trois mois. Si le travailleur a été en incapacité de travail jusqu'à la fin de cette période de report, ce qui était le cas en l'espèce, les congés payés non pris ne peuvent être compensés, à la fin de la relation de travail, par une indemnisation financière. On retrouve une question similaire dans la deuxième affaire, située elle, au Royaume-Uni. Un travailleur, absent pour congé maladie au cours de la période de référence, peut-il se prévaloir d'une indemnité compensatrice lorsque la relation de travail prend fin ? Une autre question était également posée par le recours préjudiciel de la Chambre des Lords. Une salariée, absente pour congé maladie de longue durée, a-t-elle le droit (pour des raisons certainement financières), pendant cette période, de prendre ses congés annuels ?

C'est donc l'interprétation de l'article 7 de la directive 2003/88/CE relative à l'aménagement du temps de travail qui est en jeu dans cet arrêt. La directive reconnaît, en effet, le droit de tout travailleur à bénéficier d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines. C'est aux États membres de prendre les mesures nécessaires de mise en œuvre de ce principe, la directive précisant que la période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité qu'en cas de fin de relation de travail.

► CJCE, 20 janvier 2009, aff. C-350/06 et C-520/06, *Schultz-Hoff et Stringer*

Un salarié qui n'a pu bénéficier de son congé payé annuel a droit à une indemnisation financière lorsque la relation de travail prend fin. L'indemnité financière doit être calculée de sorte que le salarié soit placé dans une situation comparable à celle dans laquelle il aurait été s'il avait exercé ledit droit pendant la durée de sa relation de travail.

► CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-277/08, *Pereda*

Le travailleur qui est en congé de maladie durant la période de congé annuel fixée dans le calendrier des congés de l'entreprise où il est employé doit pouvoir bénéficier de son congé annuel à une autre période que celle initialement fixée, le cas échéant en dehors de la période de référence correspondante.



## ► Le droit du salarié en congé maladie de prendre un congé annuel

La Cour rappelle, tout d'abord, le principe qui guide son interprétation de la directive de 2003. Le droit à des congés annuel doit être « *considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant 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* ». Chaque salarié doit donc normalement bénéficier d'un repos effectif, dans un souci de protection efficace de sa sécurité et de sa santé. La finalité de ce droit est de permettre au travailleur de se reposer et de disposer d'une période de détente et de loisirs.

Le problème ici tenait à l'articulation entre congé maladie et congé annuel. La Cour avait déjà eu à connaître de la conciliation entre deux types de congés reconnus par le droit communautaire. Elle a admis qu'un congé garanti par le droit communautaire ne peut pas affecter le droit de prendre un autre congé garanti par ce droit (CJCE, 14 avr. 2005, aff. C-519/03, *Merino Gómez*; CJCE, 20 sept. 2007, aff. C-116/06, *Kiiski*; nos obs. *Semaine sociale Lamy*, 2008, suppl. n° 1338, p. 17). C'est ainsi que, dans ce dernier arrêt, la Cour a pu considérer qu'une salariée en congé parental pouvait obtenir l'interruption de ce congé pour faire valoir ses droits au congé maternité. Dans l'arrêt *Merino Gómez*, la Cour a estimé qu'en cas de coïncidence entre les dates d'un congé de maternité et d'un congé annuel, ce dernier doit pouvoir être pris au cours d'une période différente.

Concernant le droit d'un salarié en congé maladie de pouvoir bénéficier d'un congé annuel, la Cour prend la peine de distinguer cette situation des arrêts précédents, car le congé maladie n'est pas un congé garanti par le droit communautaire. Elle estime donc que cette question relève des modalités de mise en œuvre du congé annuel, modalités qui relèvent de la compétence des États membres. Les États membres sont libres d'articuler comme ils le souhaitent congé annuel et congé maladie. La directive ne « *s'oppose pas, en principe, à des*

*dispositions ou à des pratiques nationales selon lesquelles un travailleur en congé de maladie n'est pas en droit de prendre un congé annuel payé durant une période incluse dans un congé maladie* », mais la directive ne s'oppose pas non plus « *à des dispositions ou à des pratiques nationales permettant à un travailleur en congé maladie de prendre un congé annuel payé durant une telle période* ». Il n'en demeure pas moins que cette liberté ne doit pas remettre en cause le droit au congé annuel et que le salarié doit avoir la possibilité d'exercer ce droit pendant une autre période que le congé maladie. La Cour rappelle alors un autre principe issu de sa jurisprudence : « *si l'effet positif du congé annuel payé pour la sécurité et la santé du travailleur se déploie pleinement s'il est pris dans l'année prévue à cet effet, à savoir l'année en cours, ce temps de repos ne perd pas son intérêt à cet égard s'il est pris en cours d'une période ultérieure* » (CJCE, 6 avr. 2006, aff. C-124/05, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, nos obs. *Semaine sociale Lamy*, Suppl. n° 1288, 26 déc. 2006, p. 40).

Deuxième enseignement de l'arrêt de la Cour : le salarié en congé maladie ne peut perdre son droit aux congés annuels et il devra pouvoir être indemnisé, s'il ne peut les prendre.

## ► Le droit à indemnisation du salarié

Le deuxième problème, lié au premier, concernait, en effet, le droit du salarié à des congés annuels payés lorsque ce salarié est en congé maladie durant tout ou partie de la période de référence.

La Cour rappelle, tout d'abord, que les États membres disposent d'une liberté dans la mise en œuvre du droit au congé annuel. Ainsi, la définition d'une période de référence et d'une période de report pour congés annuels non pris à la fin de la période de référence relève bien des compétences nationales; elle est possible dans la mesure où elle a pour objet de permettre au travailleur, empêché de prendre son congé, pendant la période de référence, de pouvoir bénéficier de ce droit plus tard. En revanche, ce dispositif ne peut conduire à la perte du droit à congé à la fin de la période de référence et de

report lorsque le salarié n'a pas eu la possibilité d'exercer son droit à congé annuel, comme c'est le cas lorsqu'il est en congé maladie. Pour la Cour, une autre solution conduirait à porter atteinte au droit social directement conféré par la directive à chaque salarié. La CJCE conclut donc que les droits nationaux ne peuvent prévoir « *que le droit au congé annuel payé s'éteint à l'expiration de la période de référence et/ou d'une période de report fixée par le droit national même lorsque le travailleur a été en congé de maladie durant toute la période de référence et que son incapacité de travail a perduré jusqu'à la fin de sa relation de travail, raison pour laquelle il n'a pu exercer son droit au congé annuel payé* ».

Cette position conduit alors la Cour à reconnaître pour ces salariés un droit à une indemnisation. Le droit à congé payé ne s'éteint, en effet, pas à l'expiration de la période de référence lorsque le salarié en congé de maladie n'a pas pu exercer son droit. Il en résulte que lorsque la relation de travail prend fin, la prise effective du congé n'est plus possible et le salarié a alors droit à une indemnisation dont la Cour précise les modalités de fixation. Certes, la directive ne précise pas le montant de cette indemnité. Mais pour la Cour, il ressort du texte communautaire que, pour la durée du congé annuel, le salarié doit percevoir la rémunération ordinaire pendant cette période. L'indemnité financière à laquelle il a droit doit donc être calculée de sorte que « *le travailleur soit placé dans une situation comparable à celle dans laquelle il aurait été s'il avait exercé ledit droit pendant la durée de sa relation de travail. Il s'ensuit que la rémunération ordinaire du travail, qui est celle qui doit être maintenue pendant la période de repos correspondant au congé annuel payé, est également déterminante en ce qui concerne le calcul de l'indemnité financière de congé annuel non pris à la relation de travail* ».

## ► Un changement nécessaire de la position de la Cour de cassation

La jurisprudence ferme de la Cour de Justice relative aux congés payés a déjà été à l'origine d'évolutions du droit français. Ainsi, la Cour de cassation, en se référant explicitement à la

finalité qu'assigne aux congés payés la directive communautaire, admet déjà un report des congés payés en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle (*Cass. soc. 27 sept. 2007, n° 05-42.293, Bull. civ. V, n° 147*). Suivant également la position de la Cour européenne, la Cour de cassation considère que les congés annuels doivent être pris au cours d'une période distincte du congé de maternité (*Cass. soc. 2 juin 2004, n° 02-42.405, Bull. civ. V, n° 161*). Par ailleurs, la loi n° 2006-340 du 23 mars 2006 a introduit dans le Code du travail un article selon lequel les salariés de retour d'un congé de maternité ou d'adoption ont droit à leur congé payé annuel, quelle que soit la période de congé payé retenue, par accord collectif ou par l'employeur, pour le personnel de l'entreprise (*C. trav., L. 3141-2*). Plus récemment encore, la loi du 20 août 2008 a modifié l'article L. 3141-3. Alors qu'auparavant un mois de travail effectif était nécessaire pour ouvrir le droit aux congés payés, période que l'on pouvait considérer comme trop longue au regard de la directive, seuls dix jours de travail effectifs sont aujourd'hui nécessaires.

Néanmoins, la Cour avait pu considérer que lorsque le salarié est absent pour maladie jusqu'à la fin de la période de congés payés, c'est-à-dire la date limite fixée dans l'entreprise pour la prise des congés, il ne peut exiger de les prendre. Il ne peut non plus prétendre à une indemnité compensant le congé qu'il n'a pu effectivement prendre (*Cass. soc. 13 janv. 1998, n° 95-40.226, Bull. civ. V, n° 11*). Sur ce point, l'arrêt du 20 janvier de la Cour de Justice devait entraîner une évolution de la jurisprudence française, très vite intervenue.

C'est par un arrêt du 24 février 2009 (*pourvoi n° 07-44.488, note M. Véricel, Revue de droit du travail 2009, p. 241*) que la Cour de cassation s'est alignée sur la position européenne. La Cour se réfère explicitement au droit communautaire pour poser un principe identique : « *attendu qu'eu égard à la finalité qu'assigne aux congés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque* ●●●

●●● *le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le Code du travail ou une convention collective en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise du travail.* » L'influence communautaire est ici clairement assumée.

La jurisprudence européenne pose une dernière difficulté. Si l'article L. 3141-3 du Code du travail assimile certaines périodes d'absence à du travail effectif devant être prises en compte pour la détermination du congé annuel, il n'en va pas de même de la maladie. Cette position ne semble pas non plus conforme à la conception européenne du droit au congé annuel. S'appuyant sur les principes de l'Organisation internationale du travail en matière d'aménagement du temps de travail, auxquels le préambule de la directive fait référence, la Cour de Justice considère que le droit au congé annuel payé conféré par la directive « ne peut pas être subordonné par un État membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence établie par ledit État ». Il y a, semble-t-il, une divergence avec la position française (voir *J.-Ph. Lhernould, « Droit au congé annuel payé en cas de maladie : le droit français appelé à se réformer ? », RJS 4/09, p. 263*). Sur ce point également une évolution semble nécessaire.

## 2 LE DROIT AU REPORT DES CONGÉS PAYÉS ANNUELS

Dans la même lignée que l'arrêt précédent, le second arrêt de la Cour (*CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-277/08, Pereda*) confirme le droit au report des congés payés annuels.

### ► L'affaire

L'affaire portée devant la Cour est des plus simples. M. Vicente Pereda devait prendre ses congés annuels du 16 juillet au 14 août 2007. Suite à un accident du travail, ce salarié a été en incapacité de travail jusqu'au 13 août 2007, de sorte que le congé annuel dont il a bénéficié pour l'année 2007 sans se trouver simultanément en congé de maladie s'est limitée aux journées

des 14 et 15 août. Il demande donc à bénéficier d'une nouvelle période de congé annuel payé du 15 novembre au 15 décembre 2007, ce qui lui est refusé par son employeur. La juridiction saisie interroge la Cour européenne sur le droit pour un salarié de bénéficier de son congé annuel payé à une autre période que celle fixée initialement et pouvant se situer en dehors de la période de référence.

### ► La confirmation d'un droit au report

Après avoir rappelé les principes fondamentaux se dégageant des décisions précédentes, la Cour considère « qu'un travailleur qui est en congé maladie durant une période de congé annuel fixée au préalable a le droit, à sa demande et afin qu'il puisse bénéficier effectivement de son congé annuel, de prendre celui-ci à une autre période ». La fixation de cette nouvelle période de congé annuel est soumise aux règles et procédures de droit national applicables pour la fixation des congés des travailleurs, tenant compte des différents intérêts en présence. La Cour admet ainsi que la demande du salarié se heurte aux intérêts de l'entreprise. Dans cette hypothèse néanmoins, la prise du congé est simplement reportée. Pour la Cour, « lorsque des raisons impérieuses liées aux intérêts de l'entreprise », s'opposent à la prise de congés, pendant la période demandée par le salarié, l'employeur est obligé d'accorder au travailleur une autre période de congé annuel proposée par ce dernier qui est compatible avec lesdits intérêts. Ces congés pourront alors être pris en dehors de la période de référence. La Cour applique ici un principe déjà affirmé selon lequel il convient de favoriser la prise effective d'un congé annuel payé (*supra*).

### ► Une nouvelle évolution nécessaire de la Cour de cassation

La Cour de cassation a déjà admis, suite à la décision Schultz-Holf, un droit au report des congés payés. Mais cette solution n'a pas, pour l'heure, été appliquée lorsque le salarié, déjà en congé, est malade. La Cour de cassation a ainsi affirmé que « le salarié qui tombe malade au cours de ses congés payés ne peut exiger de prendre

*ultérieurement le congé dont il n'a pu bénéficier du fait de son arrêt de travail, l'employeur s'étant acquitté de son obligation à son égard* » (Cass. soc., 4 déc. 1996, n° 93-44.907, Bull. civ. V, n° 420). Cette position ne semble pas en conformité avec la jurisprudence européenne. Pour la CJCE, la finalité du congé payé est de permettre au travailleur de se reposer et de disposer d'une période de détente et de loisir. Cette finalité diffère des autres congés et notamment du congé maladie qui est accordé pour qu'un salarié puisse se rétablir d'une maladie. Un salarié qui, pendant son congé payé, tombe malade

n'est donc plus mesure de bénéficier de son congé annuel. Le principe affirmé par la Cour de Justice, dans l'arrêt Pereda, principe selon lequel, un « *travailleur qui est en congé maladie durant la période de congé annuel, ..., a le droit, après son rétablissement, de bénéficier de son congé annuel* », ne distingue pas selon le moment où le salarié tombe malade. L'arrêt Pereda confirme qu'une évolution de la jurisprudence française est ici aussi nécessaire. Le droit communautaire contribue ainsi à redéfinir les contours du droit aux congés payés des salariés malades. ■

# Le droit au congé parental

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

## ► CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-357/07, Gómez-Limón

L'accord-cadre sur le congé parental n'impose pas aux États membres l'obligation de garantir aux travailleurs que, pendant la période au cours de laquelle ils bénéficient d'un congé parental à temps partiel, ils continueront à acquérir des droits à des prestations futures de sécurité sociale dans la même mesure que s'ils avaient continué à exercer une activité à temps plein. L'accord-cadre n'impose pas non plus aux États membres de prévoir, pendant la durée du congé parental, la continuité de la perception, par le travailleur, de prestations de sécurité sociale.

## ► CJCE, 22 octobre 2009, aff. C-116/08, Meerts

Par rapport à l'objectif d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes poursuivi par l'accord-cadre sur le congé parental, l'obligation de respect des droits acquis ou en cours d'acquisition constitue un principe de droit social communautaire qui revêt une importance particulière. L'accord-cadre sur le congé parental s'oppose donc à ce que, en cas de résiliation unilatérale par l'employeur, l'indemnité à verser à ce travailleur soit déterminée sur la base de la rémunération réduite qu'il percevait lorsque le licenciement intervenait.

La Cour de Justice a rendu, en 2009, deux décisions relatives à la directive sur le congé parental. Cette directive, adoptée le 3 juin 1996 reprend un accord-cadre qui avait été conclu par les partenaires sociaux européens en 1995. L'objet de l'accord-cadre, premier accord à avoir été négocié en application de l'article 138 du Traité (*devenu art. 154 TFUE*), est d'adopter des mesures concourant à la conciliation de la vie professionnelle et familiale. À cet égard, il reconnaît un droit individuel à un congé parental de trois mois aux hommes et aux femmes en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant. Une série de dispositions est prévue afin que la prise du congé parental ne porte pas préjudice aux salariés. Ainsi, les droits acquis ou en cours d'acquisition à la date du début du congé parental doivent être maintenus en leur état jusqu'à la fin du congé (*clause 2.6*).

L'image qui ressort de ces arrêts est contrastée, tant ces deux décisions illustrent tout à la fois les limites de ce texte mais également ses potentialités.

## 1 LES LIMITES DE LA DIRECTIVE SUR LE CONGÉ PARENTAL

### ► CJCE, 16 juillet 2009, aff. C-357/07, Gómez-Limón

Si l'accord-cadre accorde aux salariés un droit à un congé parental, cet arrêt démontre que les conséquences de la prise de ce congé ne sont pas neutralisées, l'accès à certaines prestations sociales pouvant être remis en cause. Dans la mesure où ce sont toujours très majoritairement les femmes qui bénéficient de ce congé, les conséquences préjudiciables qui en résultent pèseront également sur elles.

#### ► L'affaire

Madame Gómez-Limón Sánchez-Camacho est salariée à temps plein d'une entreprise de

grande distribution depuis le 17 décembre 1986. À partir du 6 décembre 2001, cette salariée bénéficie d'un congé parental sous la forme d'une réduction de son temps de travail d'un tiers. Sa rémunération et les cotisations sociales versées sont diminuées dans la même proportion. En 2004, il est reconnu qu'elle est atteinte d'une invalidité permanente en conséquence d'une maladie ordinaire. Son droit à pension est calculé, selon les règles espagnoles applicables, en fonction des cotisations versées au cours des huit années précédant la demande de pension, soit entre le 1<sup>er</sup> novembre 1998 et le mois de novembre 2004. Sa pension est donc réduite du fait de la période où elle a travaillé à temps partiel. Elle soutient qu'étant en congé parental, sa pension aurait dû être calculée sur la base du montant des cotisations correspondant à une activité à temps plein. Selon la requérante, « le calcul qui lui a été appliqué revient à priver d'effet pratique une mesure destinée à promouvoir l'égalité devant la loi et à éliminer la discrimination fondée sur le sexe ».

La juridiction saisie interroge donc la Cour sur la conformité de la législation espagnole : la clause relative aux droits acquis de l'accord-cadre exige-t-elle la prise en compte de cotisations sociales qui correspondraient à un travail à temps complet ? Cette clause impose-t-elle aux États membres l'obligation de prévoir la continuité de la perception de prestations de sécurité sociale au cours du congé parental ? Enfin le dispositif espagnol n'est-il pas contraire au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes et ne constitue-t-il pas une discrimination indirecte ? Sur l'ensemble de ces points, la Cour de Justice va admettre la conformité de la législation espagnole aux prescriptions communautaires.

#### ► Les droits protégés sont ceux dont le travailleur dispose à la date du début du congé

La première difficulté soulevée concernait la

prise en compte, afin de calculer la pension d'invalidité, de la période de congé parental à temps partiel. C'est, en effet, au cours de cette période que les droits à pension ont été acquis en proportion du salaire perçu, ce qui implique une pension inférieure à celle qui aurait été versée si la salariée avait continué à exercer une activité à temps plein. Pour la Cour, la clause 2.6 de l'accord-cadre a pour objet d'éviter la perte des droits dérivés de la relation d'emploi, acquis ou en cours d'acquisition dont le travailleur dispose déjà lorsqu'il entame un congé parental. À l'issue de ce congé, il devra se retrouver, s'agissant de ces droits, dans la même situation que celle dans laquelle il était antérieurement à ce congé. Les droits protégés sont donc ceux acquis par le travailleur à la date du début du congé.

En revanche, pour la Cour, l'accord-cadre n'a pas entendu régler les droits et obligations dérivés de la relation d'emploi pendant la durée du congé parental, qui relèvent de la compétence des États membres et/ou des partenaires sociaux. La Cour de justice appuie son interprétation sur la clause 2.7 selon laquelle « *les États membres et/ou les partenaires sociaux définissent le régime du contrat ou de la relation de travail pour la période du congé parental* ». Pour la Cour « *cette clause effectue un renvoi à la législation nationale et aux conventions collectives pour la détermination du régime du contrat ou de la relation de travail, y compris la mesure dans laquelle le travailleur, au cours de la période dudit congé, continue à acquérir des droits à l'égard de l'employeur ainsi qu'au titre de régimes professionnels de sécurité sociale* ». Un autre argument est avancé par la Cour : le renvoi, par la clause 2.8 de l'accord-cadre, des questions de sécurité sociale à la compétence des États membres. La Cour relève également que l'acquisition de droits à des prestations futures de sécurité sociale n'est pas mentionnée.

S'il est vrai que la Cour pouvait difficilement dépasser le renvoi des questions de sécurité sociale à la compétence des États membres, d'autres arguments peinent à convaincre. D'une part, la clause 2.7, selon laquelle les États membres définissent le régime du contrat ou de la relation de travail pour la période du congé parental, ne

fait certainement que renvoyer aux États membres le soin de définir le régime juridique de la relation de travail pendant cette période. Ainsi, en France, le contrat de travail sera suspendu, mais d'autres mécanismes juridiques peuvent exister. Surtout, la distinction entre les droits acquis ou en cours d'acquisition au moment du congé parental et les autres droits ne semble pas totalement pertinente. On peut tout de même relever, qu'à la date du congé parental, la salariée avait acquis à ce moment là un droit à une prestation invalidité complète. C'est bien la prise du congé parental à temps partiel qui va entraîner une diminution de son droit à prestation. Par ailleurs, l'interprétation de la Cour conduit à appréhender le congé parental dans une vision très statique alors que c'est précisément la période de l'absence ou du temps partiel qui va être préjudiciable à la carrière ou ici au droit aux prestations sociales de la salariée.

#### ► L'absence de toute ingérence dans les systèmes nationaux de sécurité sociale

La Cour est ensuite amenée à préciser la portée de la clause 2.8 de l'accord-cadre selon laquelle « *toutes les questions de sécurité sociale liées au présent accord devront être examinées et déterminées par les États membres conformément à la législation nationale, en tenant compte de l'importance de la continuité des droits aux prestations de sécurité sociale pour les différents risques, en particulier les soins de santé* ». Pour la Cour, aucune obligation de prévoir une continuité de la perception de prestations de sécurité sociale au cours du congé parental ne peut se déduire de cette clause. Elle s'appuie ici sur le libellé de la clause qui ne définirait ainsi qu'une simple recommandation. La Cour avance un autre argument : « *le fait que l'accord-cadre sur le congé parental a été conclu par les partenaires sociaux représentés par des organisations interprofessionnelles démontrent que celui-ci ne pouvait imposer des obligations aux caisses nationales de sécurité sociale, lesquelles n'ont pas été parties à un tel accord.* » Le raisonnement de la Cour est pour le moins curieux, dans la mesure où les caisses nationales de sécurité sociale peuvent être gérées par les partenaires sociaux nationaux. ●●●

●●● Surtout il conduit à réduire les compétences des partenaires sociaux européens sans égard pour la lettre même du traité CE. Selon l'article 139 du traité (*devenu art. 155 TFUE*), « *la mise en œuvre des accords conclus au niveau communautaire intervient soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit, dans les matières relevant de l'article 137, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission* ». L'article 137 définit les compétences sociales des institutions européennes et il inclut bien « *la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs* ». Rien n'interdit donc aux partenaires sociaux européens de conclure des accords dans ce champ, si ce n'est la complexité des questions traitées et la difficulté de parvenir à un accord. Enfin, si la clause 2.8 renvoie aux États membres les questions de sécurité sociale, ceux-ci doivent tenir compte « *de l'importance de la continuité des droits aux prestations de sécurité sociale pour les différents risques* », ce qui pouvait être interprété comme limitant le renvoi aux États membres.

## ► L'absence de discrimination

La Cour était enfin interrogée sur la comparabilité de la législation espagnole au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes notamment en matière de sécurité sociale. La disposition en cause constitue-t-elle une discrimination indirecte ? La Cour reconnaît que les femmes optent bien plus souvent que les hommes pour des périodes de réduction de l'horaire de travail. Néanmoins, pour la Cour, il ne peut y avoir ici de discrimination. Une discrimination consiste dans l'application de règles différentes à des situations comparables ou dans l'application de la même règle à des situations différentes. Or la Cour, dans une formule lapidaire, va considérer que la situation du travailleur qui bénéficie du congé parental à temps partiel ne peut être assimilée à celle d'un homme ou d'une femme qui travaille à temps plein. Pourtant, c'est bien en comparant la situation de salariés à temps partiel et de salariés à temps complet que la Cour a construit la notion de discrimination indirecte. On voit ici qu'en re-

fusant toute possibilité de comparaison, la Cour évite de s'engager sur le terrain de la discrimination indirecte et des justifications possibles à des mesures désavantageant essentiellement les femmes. La CJUE avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur ce point et elle reprend ici un raisonnement connu. Ainsi, la Cour a déjà jugé que le droit communautaire ne s'oppose pas au calcul d'une pension de retraite selon une règle *pro rata temporis* en cas de travail à temps partiel.

L'arrêt illustre ici très clairement les limites de l'approche communautaire. Certes, le droit à un congé parental est reconnu, mais aucun mécanisme de sécurité sociale n'est prévu pour tenir compte du fait que ce congé est principalement pris par les femmes et peut ensuite les désavantager dans l'acquisition de prestations sociales. L'arrêt Meerts démontre pourtant qu'un autre raisonnement était possible.

## 2 LA PROTECTION DES DROITS ACQUIS DES SALARIÉS EN CONGÉ PARENTAL

► CJCE, 22 octobre 2009, aff. C-116/08, Meerts

Rendu quelques mois plus tard, l'arrêt Meerts contraste avec l'arrêt précédent. Il reconnaît, en effet, le droit d'une salariée à bénéficier d'une indemnité de licenciement calculée sur la base de la rémunération qu'elle percevait avant la prise de son congé parental. Ici, la Cour admet une protection spécifique des salariées qui bénéficient d'un congé parental à temps partiel. Il est vrai, et c'est certainement ce qui peut expliquer l'approche différente de la Cour, que ce n'est pas l'accès à des prestations sociales qui était ici en cause.

## ► L'affaire

Madame Meerts a été employée à temps plein depuis septembre 1992 par la société Prost NV. À partir du 18 novembre 2002, elle travaille à mi-temps en raison d'un congé parental qui devait prendre fin le 17 mai 2003. Le 8 mai, elle est licenciée avec effet immédiat, moyennant le versement d'une indemnité de licenciement égale à dix mois de salaire, calculée sur la base de la

rémunération qu'elle percevait à ce moment-là. L'indemnité était donc réduite de moitié en raison de la réduction équivalente de sa durée de travail. Madame Meerts conteste le montant de cette indemnité; elle demande le paiement d'une indemnité de licenciement calculée sur la base de la rémunération à temps plein qu'elle aurait perçue si elle n'avait pas réduit ses prestations de travail dans le cadre de son congé parental. Sa demande est successivement rejetée par la première juridiction et en appel. La Cour de cassation belge interroge alors la Cour pour déterminer si la directive sur le congé parental suppose que la sanction d'un licenciement illicite soit une indemnité calculée sur la base de la rémunération qu'aurait perçue un salarié si celui-ci n'avait pas réduit sa durée de travail.

**► Un nouveau principe de droit social communautaire revêtant une importance particulière**

La Cour rappelle tout d'abord l'objet de l'accord-cadre qui est de promouvoir l'égalité des chances en offrant des mesures destinées à une meilleure conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale. L'accord-cadre participe donc des objectifs fondamentaux inscrits au point 16 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs relatif à l'égalité de traitement. Au regard de cet objectif, la clause 2.6 de l'accord-cadre, selon laquelle les droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental sont maintenus dans leur état jusqu'à la fin de ce congé, doit être comprise « *comme exprimant un principe de droit social communautaire qui revêt une importance particulière* ». La qualification ainsi opérée par la Cour de Justice lui permet donc de justifier d'une part la nécessité de faire prévaloir une interprétation autonome et uniforme de la notion de droits acquis et d'autre part une interprétation large.

Pour la Cour, la notion de « *droits acquis ou en cours d'acquisition* » doit recouvrir l'ensemble des droits et des avantages, en espèces ou en nature, dérivés directement ou indirectement de la relation de travail, auxquels le travailleur peut prétendre à l'égard de l'employeur à la

date du début du congé parental. Parmi de tels droits et avantages figurent tous ceux relatifs aux conditions d'emploi, et notamment le droit à une période de préavis et le droit à une indemnité de licenciement. Une législation nationale qui aboutirait à une réduction des droits découlant de la relation de travail en cas de congé parental serait susceptible de dissuader le travailleur de prendre un tel congé et d'inciter l'employeur à licencier, parmi les travailleurs, plutôt ceux qui se trouvent en situation de congé parental. Cela irait directement à l'encontre de la finalité de l'accord-cadre sur le congé parental, dont l'un des objectifs est de mieux concilier la vie familiale et professionnelle.

Curieusement, ici, la Cour accepte de comparer la situation d'un salarié à temps partiel avec celle d'un salarié à temps complet, ce qu'elle avait refusé de faire dans l'arrêt Gómez-Limón. « *Il est vrai que, pendant qu'il bénéficie d'un congé parental à temps partiel, un travailleur engagé dans le cadre d'un contrat de travail à temps plein n'accomplit pas le même nombre d'heures de travail qu'un travailleur qui est en activité à temps plein. Toutefois, cette circonstance ne signifie pas que l'un et l'autre se trouvent dans une situation différente par rapport au contrat de travail initial qui les lie à leur employeur.* » La Cour tient également compte du fait que la période pendant laquelle un travailleur à temps plein qui bénéficie d'un congé parental à temps partiel effectue son travail est limitée dans le temps. L'arrêt Meerts démontre par là même que la Cour aurait pu adopter un tout autre raisonnement dans l'arrêt Gómez-Limón.

La conclusion s'impose dès lors dans l'arrêt Meerts : le salarié en congé parental à temps partiel a droit à bénéficier d'une indemnité de licenciement calculée sur la base de la rémunération à taux plein qu'elle percevait avant de prendre son congé parental. Il y a là l'affirmation d'un principe important puisqu'il conduit à neutraliser les conséquences négatives que pourraient avoir la prise d'un congé parental à temps partiel. Au nom du respect des droits acquis par les salariés, les salariés en congé parental à temps partiel doivent ici être traités comme des salariés à temps complet ou plutôt leurs droits ●●●

●●● acquis au moment où ils prennent leur congé parental ne doivent pas être remis en cause par leur passage temporaire à temps partiel.

## ► L'impact de la décision en France

Selon l'article L.3123-13 du Code du travail, « l'indemnité de licenciement et l'indemnité de départ à la retraite du salarié ayant été occupé à temps complet et à temps partiel dans la même entreprise sont calculées proportionnellement aux périodes d'emploi accomplies selon l'une et l'autre de ces deux modalités depuis leur entrée dans l'entreprise ». L'arrêt de la CJUE devrait obliger à revoir les modalités de calcul de l'indemnité de licenciement qui devra prendre en compte la rémunération des douze derniers mois précédant le passage à temps partiel lié au congé parental.

## ► Le nouvel accord-cadre sur le congé parental

On ne peut que constater la différence d'approche de la Cour dans ces deux décisions. Dans l'arrêt Meerts, la Cour fait du principe du respect des droits acquis ou en cours d'acquisition un principe de droit social communautaire revêtant une importance particulière. Elle en déduit que l'indemnité de licenciement ne doit pas être proratisée et doit donc être calculée en fonction du salaire perçu antérieurement au congé parental. Au contraire, l'arrêt Gómez-Limón refuse toute comparaison entre les salariées en congé parental à temps partiel et les salariés à temps complet et admet que les prestations sociales des travailleurs à temps partiel peuvent être proratisées en se fondant notamment sur le fait que l'accord-cadre renvoie toutes les questions de sécurité sociale à la compétence des États membres. L'accès aux prestations sociales demeure donc limité et la continuité des droits aux prestations de sécurité sociale reste un choix des États membres.

Dans cette perspective, on ne peut que regretter que le nouvel accord-cadre sur le congé parental, conclu par les partenaires sociaux européens le 18 juin 2009, n'aborde toujours pas cette question (*v. la directive 2010/18/UE du 8 mars 2010, portant application de l'accord-*

*cadre, JOUE 18 mars 2010, L. 68, p. 13*).

L'objet principal de l'accord est de favoriser la conciliation des responsabilités professionnelles et familiales. Son apport principal est d'augmenter la durée du congé de trois à quatre mois. Afin de favoriser la prise de ce congé par les pères, l'accord-cadre prévoit « qu'au moins un des quatre mois ne peut être transféré » ; ce mois sera perdu si seul un des parents prend le congé parental. Ce droit est accordé à tous les travailleurs, qu'ils s'agissent des travailleurs temporaires, à temps partiel ou à durée déterminée. Néanmoins, les États membres peuvent toujours conditionner la prise du congé à une période d'ancienneté d'un an. En ce qui concerne l'âge de l'enfant, celui-ci n'a pas été allongé, et le congé parental doit toujours permettre de s'occuper d'un enfant jusqu'à un âge déterminé pouvant aller jusqu'à 8 ans. Le droit pour le salarié de retrouver son poste de travail est bien sûr maintenu et il est complété par la possibilité pour le salarié de demander, lors de son retour, un aménagement de son temps de travail. Par ailleurs, l'accord prévoit que « pour faciliter le retour au travail à la suite du congé parental, les travailleurs et les employeurs sont encouragés à rester en contact pendant le congé ».

Les modifications ainsi introduites restent donc minimales et surtout l'accord-cadre n'aborde pas directement les deux aspects essentiels du congé parental : le droit à la continuité des prestations sociales et le droit à une rémunération des travailleurs pendant ce congé. Sur ces deux points l'accord renvoie aux États membres et manque ainsi à sa vocation d'assurer une meilleure conciliation de la vie privée et professionnelle et de promouvoir l'égalité de chances et de traitement entre les hommes et les femmes.

Les États ont deux ans pour transposer la directive. Son impact devrait être limité en France, dans la mesure où le droit français reconnaît un droit beaucoup plus long au congé parental. Des adaptations devraient cependant être nécessaires, par exemple, pour reconnaître la possibilité pour le salarié de demander un aménagement de son temps de travail, au retour du congé parental. ■

# Les droits de recours des salariées enceintes

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

La directive 92/85 reconnaît un certain nombre de droits aux travailleuses enceintes, allaitantes ou accouchées. Sont ici en cause les procédures judiciaires permettant à une salariée de voir sanctionner le non-respect des principes définis par la directive. Sans réelles surprises, l'arrêt Pontin permet à la Cour de réaffirmer le droit des travailleuses enceintes licenciées à bénéficier d'une protection juridictionnelle effective.

## 1 L'AFFAIRE

Madame Pontin a été embauchée en contrat à durée indéterminée et à temps plein par la société T-Comalux. Par lettre recommandée du 18 janvier 2007, notifiée à Madame Pontin le 22 janvier, celle-ci a été licenciée avec un préavis fixé pour la période allant du 31 janvier au 30 mars 2007. Le motif du licenciement n'est pas mentionné par la juridiction de renvoi. Madame Pontin soutient que le 19 janvier 2007, elle a envoyé un certificat de maladie par lettre simple. L'employeur conteste avoir reçu un tel certificat. Le 24 janvier 2007, la salariée adresse un courrier électronique informant l'employeur qu'elle ne serait pas en mesure de revenir au bureau le lendemain et qu'elle enverrait un certificat d'arrêt maladie dès que possible. Le lendemain, la société notifie à la salariée son licenciement avec effet immédiat pour faute grave en raison d'une absence injustifiée pendant plus de trois jours. Par lettre recommandée du 26 janvier 2007, Madame Pontin a indiqué qu'elle était enceinte et fait valoir que de ce fait le licenciement qui lui avait été signifié était nul. En l'absence de réponse de son employeur, Madame Pontin a saisi le tribunal du travail luxembourgeois d'une demande tendant à faire constater la nullité de son licenciement. Un

premier jugement a déclaré sa demande irrecevable car Madame Pontin aurait du saisir le Président du tribunal de Travail. Elle a alors préféré engager une nouvelle action en dommages et intérêts du fait de son licenciement abusif. Or, selon la législation luxembourgeoise, telle qu'interprétée par la juridiction de renvoi, une salariée enceinte doit impérativement remettre à son employeur un certificat médical justifiant de son état de grossesse dans le délai de huit jours suivant la notification du licenciement et l'action en nullité et en réintégration devant le président du tribunal du travail doit être introduite dans un délai de quinze jours suivant la résiliation du contrat. Par ailleurs, l'action en dommages et intérêts est inapplicable à la travailleuse enceinte qui n'a pas le choix entre l'action en nullité et en réintégration et l'action du dommages et intérêts. La juridiction de renvoi interroge donc la Cour sur la conformité de la législation luxembourgeoise à la directive 92/85. Les délais d'action ne sont-ils pas trop brefs pour permettre à la salariée enceinte licenciée pendant sa grossesse de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle? Une salariée enceinte peut-elle être privée de l'action judiciaire en dommages et intérêts pour licenciement abusif ouverte aux autres salariés? Ne s'agit-il pas d'une discrimination interdite par la directive 76/207?

## 2 DES DÉLAIS D'ACTION TROP COURTS

Comme toutes les directives communautaires, la directive sur la protection des travailleuses enceintes contient une clause relative au principe de protection juridictionnelle effective des droits conférés aux justiciables par le droit communautaire. À cette fin, la directive rappelle que les États membres « *incorporent dans leur* ●●●

► CJCE, 29 octobre 2009, aff. C-63/08, Pontin

Une législation nationale peut prévoir une voie de recours spécifique relative à l'interdiction du licenciement des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, exercée selon des modalités procédurales propres à ce recours, à condition de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité. Un délai de forclusion de quinze jours n'apparaît pas de nature à satisfaire à cette condition.

●●● *ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute travailleuse qui s'estime lésée par le non-respect des obligations découlant de la présente directive de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle et/ou, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, par le recours à d'autres instances compétentes* ». Si les États membres disposent en la matière d'une grande liberté, il n'en demeure pas moins que la Cour a depuis longtemps encadré cette liberté par le recours aux principes d'équivalence et d'effectivité. Ainsi, les modalités procédurales des recours, destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire, ne doivent pas être moins favorables que celles concernant des recours similaires de droit interne et ne doivent pas rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

Si la vérification du respect de ces principes incombe aux juridictions nationales, la Cour prend soin de délivrer des indications. Ainsi, pour la Cour, une législation nationale peut prévoir pour les travailleuses enceintes faisant l'objet d'une mesure de licenciement illicite, une action en justice spécifique, subordonnée au respect de délais fixés à l'avance. En revanche, elle estime au regard des éléments dont elle dispose qu'il ne semble pas que la législation luxembourgeoise respecte les principes d'équivalence et d'effectivité. D'une part, les deux actions en matière de droit du travail évoquées par la juridiction de renvoi, l'action en dommages et intérêts et l'action ouverte en cas de licenciement en raison d'un mariage, apparaissent à première vue pouvoir être comparée à l'action en nullité et en réintégration. La comparaison de ces actions avec l'action en cause ici devrait donc permettre de s'assurer que le principe d'équivalence a bien été respecté. Or, le délai de forclusion de quinze jours applicable à cette dernière est beaucoup plus court que le délai de forclusion de trois mois applicable à l'action en dommages et intérêts. D'autre part, du fait de la spécificité de l'action en réintégration qui vise à obtenir la réinsertion de la salariée au sein de l'entreprise concernée, un délai de forclusion court peut

être admis. Néanmoins, la brièveté du délai de quinze jours qui semble commencer à courir à la date du dépôt à la poste de la lettre de licenciement, combinée à l'exigence de saisir le président de la juridiction du travail, entraîne des inconvénients procéduraux de nature à rendre excessivement difficile la mise en œuvre des droits que les femmes enceintes tirent de la directive 92/85. Il reviendra donc à la juridiction de renvoi de vérifier ces éléments.

### 3 L'EXISTENCE D'UNE DISCRIMINATION

Si l'avère que l'action en nullité et en réintégration ne respecte pas le principe d'effectivité, la violation par la législation luxembourgeoise de l'exigence d'une protection juridictionnelle effective constituerait une discrimination au sens de la directive de 1976. Il incomberait alors à la juridiction nationale d'interpréter les règles internes de compétence dans toute la mesure du possible d'une manière telle qu'elles contribuent à la mise en œuvre de l'objectif consistant à garantir une protection juridictionnelle effective des droits que peuvent tirer les femmes enceintes du droit communautaire.

Si le dispositif luxembourgeois s'avère contraire à la directive de 1992, on peut se demander l'utilité de le voir également déclarer discriminatoire et donc contraire à la directive de 1976. La réponse de la Cour montre l'intérêt de se placer sur le terrain de la discrimination. En rappelant aux juridictions nationales l'obligation d'interprétation conforme qu'elles doivent respecter, la Cour les incite, si cela s'avère possible, à ouvrir aux femmes enceintes les autres voies de recours contre le licenciement abusif.

### 4 L'IMPACT DE LA DÉCISION EN FRANCE

L'impact de l'arrêt Pontin en France est limité. On le sait, les salariées licenciées pendant leur grossesse peuvent demander la nullité du licenciement ce qui ouvre la voie à une action en réintégration. De plus, une salariée peut tou-

jours préférer une indemnisation à la réintégration. Par ailleurs, le délai de recours est celui de droit commun, c'est-à-dire cinq ans à compter du jour où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. L'article L. 1134-5 du Code du travail, prévoit également que « *l'action en réparation*

*du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination [...] Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée* ». Dans cette perspective, les sanctions françaises répondent bien aux exigences européennes. ■

# L'interdiction des discriminations fondées sur l'âge

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

► CJCE, 5 mars 2009, aff. C-388/07,

**The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing**

Les États membres n'ont pas à établir une liste spécifique des différences de traitement pouvant être justifiées par un objectif légitime. L'article 6 de la directive 2000/78 n'ouvre la possibilité de déroger au principe de l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge que pour les seules mesures justifiées par des objectifs légitimes de politique sociale tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle. Il appartient au juge national de vérifier si les mesures nationales répondent à un tel objectif légitime et si l'autorité législative ou réglementaire nationale pouvait légitimement estimer, compte tenu de la marge d'appréciation dont disposent les États membres en matière de politique sociale, que les moyens choisis étaient appropriés et nécessaires à la réalisation de cet objectif.

► CJCE, 18 juin 2009, aff. C-88/08, Hütter

Une réglementation nationale excluant la prise en compte des périodes d'emploi accomplies avant l'âge de 18 ans dans le calcul de l'ancienneté constitue une discrimination du fait de l'âge interdite par la directive 2000/78.

Si l'on en juge par le nombre d'arrêts rendus et en attente de jugement, la définition du champ de l'interdiction des discriminations du fait de l'âge semble poser de réels problèmes d'interprétation aux juges nationaux et la jurisprudence communautaire en construction laisse encore de nombreuses questions sans réponse.

La directive 2000/78 interdit les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. L'âge semble néanmoins devoir faire l'objet d'une appréciation spécifique du fait des très nombreuses dérogations qui sont admises par la directive. Ainsi, celle-ci ne porte pas atteinte aux dispositions nationales fixant les âges de la retraite; elle autorise les États membres à ne pas appliquer l'interdiction de discrimination du fait de l'âge dans les forces armées. Surtout, l'article 6.1 prévoit une possibilité de justification générale des différences de traitement fondées sur l'âge. En effet, selon cet article, « *les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* ».

L'article 6 poursuit en donnant des exemples de différences de traitement justifiées :

« *a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection;*

*b) la fixation de conditions minimales d'âge,*

*d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi;*

*c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite* ».

On comprend aisément les raisons d'un tel dispositif : les droits du travail nationaux fourmillent de dispositions faisant intervenir l'âge et certaines, comme l'interdiction du travail des enfants ou le droit à une retraite à partir d'un certain âge, font parties des principes fondamentaux du droit du travail. Il n'en demeure pas moins que l'article 6 de la directive pose de redoutables problèmes d'interprétation lorsque sont en cause des mesures aussi variées que les mises à la retraite, les limites d'âge posées pour certains emplois (on peut penser, par exemple, aux pilotes de ligne), les limites d'âge dans l'accès à certains emplois dans la fonction publique, l'admission, dans certains pays, de rémunérations inférieures pour les jeunes travailleurs et enfin l'ensemble des mesures de politique de l'emploi prévoyant des dispositions spécifiques pour les jeunes ou les seniors. Comment définir le champ autorisé des différences de traitement fondées sur l'âge ? La définition de ces exceptions soulève une autre question celle de l'intensité du contrôle des juges nationaux et de la Cour européenne sur les mesures litigieuses. Les spécificités du critère de l'âge ne doivent-elles pas déboucher sur un contrôle juridictionnel des différences de traitement fondées sur l'âge qui serait moins strict que celui à l'œuvre lorsque d'autres types de discrimination sont en cause ? L'arrêt Mangold, premier arrêt de la Cour à se prononcer sur les discriminations du fait de l'âge, semblait annoncer un contrôle strict de la Cour (CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, nos obs. *Semaine sociale*

Lamy, *Suppl.*, n° 1288, 26 déc. 2009, p. 21). Cependant, l'arrêt devait faire l'objet d'assez vives critiques de la part notamment de certains avocats généraux (*voir par exemple les conclusions de M. Mazak présentées le 15 févr. 2007 à propos de l'affaire Palacios*) et les arrêts suivants ont semblé se démarquer de cet arrêt (CJCE, 16 oct. 2007, *aff. C-411/05, Felix Palacios de la Villa, nos obs. Semaine sociale Lamy, Suppl.*, 1338, 28 janv. 2008, p. 24; CJCE 23 sept. 2008, *aff. C-427/06 Bartsch, nos obs. Semaine sociale Lamy, Suppl.*, n° 1389, 2 mars 2009, p. 32). Un éclaircissement était donc attendu de la Cour concernant une question cruciale : les licenciements des salariés pour cause de départ à la retraite doivent-ils être considérés comme des discriminations interdites ? Si le communiqué de presse de la Cour annonce une clarification par l'arrêt *Ageing*, la lecture de cet arrêt laisse plus circonspect sur l'ampleur de la clarification annoncée. Le deuxième arrêt rendu posait *a priori* moins de difficulté. La Cour semble opérer un contrôle plus strict sur les mesures nationales ce qui pose la question de la cohérence d'ensemble de la jurisprudence de la Cour relative aux discriminations du fait de l'âge. Les arrêts se suivent et ne semblent pas tous admettre un même contrôle à moins de considérer que si la Cour laisse une assez grande liberté aux États membres dans la mise en œuvre des dispositifs de mise à la retraite, les autres mesures fondées sur l'âge pourraient faire l'objet d'un contrôle plus strict du juge communautaire.

## 1 DISCRIMINATION DU FAIT DE L'ÂGE ET MISE À LA RETRAITE

► CJCE, 5 mars 2009, *aff. C-388/07, The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing*

### ► L'affaire

Avant la transposition de la directive 2000/78, il n'existait pas au Royaume-Uni de dispositions législatives interdisant les discriminations fondées sur l'âge en matière de recrutement et d'emploi. Les employeurs pouvaient licencier les salariés lorsqu'ils atteignaient l'âge normal de départ à la retraite. La loi britannique, qui transpose la directive et introduit le principe d'interdiction des discriminations, maintient

des dispositions spécifiques sur les départs à la retraite. La loi prévoit que les employés ayant atteint l'âge normal de la retraite en vigueur dans l'entreprise ou, à défaut, l'âge de 65 ans peuvent être licenciés en raison de leur départ à la retraite, sans qu'un tel traitement puisse être considéré comme discriminatoire. Ce sont ces dispositions qui sont contestées par une association qui promeut le bien être des personnes âgées. L'association soutient que ce dispositif constitue une discrimination fondée sur l'âge qui dépasse le champ des exceptions autorisées par la directive 2000/78. La Cour devait donc se prononcer sur la légitimité des dispositifs de mise à la retraite au regard de la directive de 2000. Cet arrêt était attendu, car il devait permettre d'éclaircir la portée d'un arrêt antérieur (CJCE, *aff. C-411/05, précit.*). Néanmoins, la formulation même des questions préjudicielles par la cour de renvoi et les réponses de la Cour européenne ne lèvent pas toutes les incertitudes posées par les mises à la retraite au regard de l'interdiction des discriminations du fait de l'âge.

### ► Une liste non exhaustive des différences de traitement justifiées

L'article 6 de la directive fournit des exemples de justifications de différences de traitement. L'association requérante en déduit l'obligation pour les États membres de dresser une liste spécifique des différences de traitement susceptibles d'être justifiées par un objectif légitime. La législation britannique ne serait donc pas conforme à la directive car elle se limite à prévoir, de manière générale, qu'une différence de traitement fondée sur l'âge n'est pas une discrimination si elle constitue un « *moyen proportionné d'atteindre un but légitime* ». S'appuyant sur les principes applicables à la transposition des directives et sur la manière dont l'article 6 est rédigé – l'usage de l'adverbe notamment fait de la liste de l'article 6 une liste simplement indicative – la Cour de Justice ne retient pas cette interprétation. Les États membres n'ont pas à établir une liste spécifique des différences de traitement pouvant être justifiées par un objectif légitime. La Cour reprend alors les principes qu'elle avait déjà défini dans l'arrêt *Palacios* sans réelle nouveauté. À défaut d'objectif explicite, celui-ci peut être ●●●

●●● apprécié au regard du contexte général dans lequel s'inscrit la mesure litigieuse. Les objectifs pouvant être considérés comme légitimes sont ceux relevant de la politique sociale, tels que ceux liés à la politique de l'emploi, du marché du travail ou de la formation professionnelle. La Cour précise un élément : par leur caractère d'intérêt général, ces objectifs se distinguent des motifs purement individuels qui sont propres à la situation de l'employeur, tels que la réduction des coûts ou l'amélioration de la compétitivité.

La Cour de Justice n'était pas interrogée sur la légitimité de l'objectif poursuivi par la réglementation britannique instituant cette différence de traitement fondée sur l'âge, pas plus qu'elle n'était interrogée sur la proportionnalité de la mesure retenue. La Cour définit donc quelques orientations générales qui doivent être suivies par les juridictions nationales. Ainsi, pour la Cour, les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix des moyens permettant la réalisation des objectifs de leur politique sociale. Les juges doivent donc apprécier la légitimité des objectifs poursuivis et la proportionnalité de la mesure. La Cour ajoute que de simples affirmations générales concernant l'aptitude d'une mesure déterminée à participer à la politique de l'emploi ne suffisent pas pour faire apparaître que l'objectif de cette mesure est de nature à justifier qu'il soit dérogé audit principe ni ne constituent des éléments permettant raisonnablement d'estimer que les moyens choisis sont aptes à la réalisation de cet objectif.

## ► Une interprétation stricte des exceptions ?

La Cour est ensuite amenée à apprécier l'articulation des articles 2.2 et 6 de la directive. Rappelons que l'article 2.2 est applicable à tous les types de discrimination et qu'il autorise la justification des discriminations indirectes lorsque la mesure peut être objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires. L'article 6, lui, concerne spécifiquement les différences de traitement fondées sur l'âge et admet des différences lorsqu'elles sont « *objectivement et raisonnablement justifiées* ». L'association soutenait que

les critères de justification énoncés à l'article 6 sont plus stricts que ceux prévus à l'article 2.2, article qui n'utilise pas le terme de « *raisonnable* ». Toute justification d'une différence de traitement fondée sur l'âge susceptible de constituer une discrimination directe devrait donc être soumise « *à un très haut niveau de contrôle* ». La Cour va considérer que l'utilisation du terme de *raisonnable* n'est pas significative. Cela ne veut pas dire que l'interprétation de l'exception de l'article 6 serait moins stricte que l'interprétation de l'exception de l'article 2. Simplement, les champs d'application des articles 2 et 6 sont distincts. L'article 6 de la directive « *instaure un régime dérogatoire propre aux différences de traitement fondées sur l'âge, en raison de la particularité reconnue à l'âge parmi les motifs de discrimination prohibés* ». L'article 2.2 concerne lui exclusivement les discriminations indirectes. La Cour conclut que s'il n'y a pas lieu d'attacher une signification particulière à la circonstance que le terme « *raisonnablement* » employé à l'article 6.1 de la directive ne figure pas à l'article 2.2, l'article 6 « *impose aux États membres la charge d'établir le caractère légitime de l'objectif invoqué à titre de justification à concurrence d'un seuil probatoire élevé* ».

## ► Une portée de l'arrêt difficile à évaluer

L'arrêt Palacios a été très largement interprété comme marquant une évolution par rapport à l'arrêt Mangold qui semblait admettre un contrôle très strict de la Cour de Justice sur les discriminations du fait de l'âge. Alors que l'arrêt Mangold avait admis l'existence d'un principe général de non-discrimination en raison de l'âge, les arrêts suivants ont fait douter de la portée et même de l'existence d'un tel principe. Dans cette perspective, l'arrêt Ageing est loin d'apporter les clarifications espérées. Pour certains, cet arrêt démontre d'un contrôle nécessairement restreint sur l'appréciation de la licéité des différences de traitement fondées sur l'âge (*M. Le Barbier Le Bris, « Différences de traitement en raison de l'âge : vous avez dit « discriminations ? », RJS 6 sept. 2009, p. 443*). Certains points de l'arrêt confortent cette interprétation. Il en est ainsi de la référence à la large marge d'appréciation des États membres dans le choix des moyens permettant de réaliser leurs

objectifs de politique sociale ou de la reconnaissance explicite de la particularité reconnue à l'âge parmi les motifs de discrimination interdits (*point 60 de l'arrêt*) ou encore du fait que la Cour admette qu'une mesure fondée sur l'âge n'a pas à indiquer expressément l'objectif social la justifiant.

## ► Vers un contrôle plus strict ?

Néanmoins, certains points de l'arrêt peuvent au contraire être lus comme amorçant un contrôle plus strict de la Cour sur la légitimité des objectifs poursuivis et la proportionnalité des mesures prises. Ainsi, seuls des objectifs de politique sociale semblent être admis par la Cour, alors même que l'article 6 pourrait être lu de manière moins restrictive (*point 46 de l'arrêt, voir L. Driguez, « Différence de traitement en raison de l'âge : licenciement et refus d'embauche », Europe n° 5, Mai 2009, comm. 190*). La Cour précise également que l'on ne peut se contenter de simples affirmations générales concernant l'aptitude d'une mesure déterminée à participer à la politique de l'emploi, ce qui pourrait signaler une évolution par rapport à l'arrêt Palacios. Enfin, elle indique, de manière assez énigmatique que l'article 6 de la directive impose aux États membres la charge d'établir le caractère légitime de l'objectif invoqué à titre de justification à concurrence « *d'un seuil probatoire élevé* ». Ces éléments pourraient ainsi indiquer un renforcement du contrôle du juge européen sur les mesures nationales admettant des différences de traitement fondées sur l'âge.

Les difficultés d'interprétation soulevées par cet arrêt ne peuvent être ici attribuées à la Cour qui n'avait pas à se prononcer en l'espèce sur la légitimité et la proportionnalité de la loi britannique. Comme l'indique l'avocat général, dans sa décision de renvoi, la High Court of Justice s'est délibérément abstenue de demander à la Cour de statuer sur la compatibilité entre la directive et la législation nationale et elle n'a pas présenté à la Cour d'informations substantielles lui permettant d'évaluer si les règles nationales pouvaient être justifiées au sens de l'article 6.1. La réponse de la Cour demeure donc abstraite et il est difficile de déterminer l'intensité du contrôle que la Cour entend opérer sur les mesures nationales instaurant des différences de traitement fondées sur l'âge.

## ► Les mises à la retraite en droit français

L'interdiction des discriminations du fait de l'âge a posé, en France également, la question de la compatibilité des dispositions autorisant les mises à la retraite au droit communautaire. Le régime français semble aujourd'hui conforme au droit communautaire. Le dispositif peut être rattaché à la politique de l'emploi en général et/ou à une politique de l'emploi des seniors. La loi du 21 août 2003, qui a relevé à 65 ans l'âge de la retraite, était, en effet, motivée par un objectif légitime de maintien des seniors dans l'emploi. Quant à la proportionnalité exigée des dispositifs de mise à la retraite, le droit français, et encore récemment la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, a progressivement réduit leur nombre et les a encadrés. Le recul de la mise à la retraite d'office à 71 ans rend encore plus probable la compatibilité du droit français au droit communautaire. Chaque année, à partir du moment où le salarié aura atteint l'âge de la retraite, l'employeur devra interroger le salarié sur son intention de quitter volontairement l'entreprise. En cas de réponse négative, l'employeur ne pourra pas mettre à la retraite le salarié. En limitant ainsi les mises à la retraite, la proportionnalité du dispositif est renforcée.

## 2 DISCRIMINATION DU FAIT DE L'ÂGE ET JEUNES TRAVAILLEURS

► CJCE, 18 juin 2009, aff. C-88/08, Hütter

Si des doutes subsistent quant à l'intensité du contrôle de la Cour sur les mesures nationales établissant des différences de traitement fondées sur l'âge après l'arrêt Ageing, l'arrêt Hütter semble lui démontrer d'un contrôle plus strict, concernant des mesures qui ne relevaient pas de dispositifs de mise à la retraite.

## ► L'affaire

Le deuxième arrêt de la Cour relatif aux discriminations du fait de l'âge concerne un dispositif préjudiciable aux jeunes travailleurs. Une loi autrichienne, applicable au personnel de l'université, prévoit que les périodes d'emploi accomplies avant l'âge de 18 ans ne sont pas prises en ●●●

●●● compte dans le calcul de l'ancienneté. M. Hütter a effectué, avec une collègue, une période d'apprentissage avant d'être recruté définitivement. Il s'avère que la collègue de M. Hütter est plus âgée que lui et peut donc obtenir un classement à un échelon plus favorable car la période d'apprentissage qu'elle a effectuée peut être prise en compte, ce qui n'est pas le cas pour M. Hütter qui était âgé de moins de 18 ans au moment de son embauche. Celui-ci forme un recours et demande le versement d'une compensation équivalente à la différence de traitement dont il est victime du fait de son âge. La juridiction de renvoi interroge alors la Cour sur la compatibilité de cette règle aux articles 2 et 6 de la directive.

## ► L'existence d'une différence de traitement

Pour analyser le caractère discriminatoire ou non de la règle litigieuse et pour déterminer si elle relève de l'exception de l'article 6, la Cour suit la méthode déjà définie dans les arrêts précédents. Elle constate tout d'abord que la mesure réserve un traitement moins favorable aux jeunes de moins de 18 ans qui ne peuvent faire valoir leur expérience professionnelle antérieure. Il y a donc bien différence de traitement entre des personnes en fonction de l'âge comme le montrent d'ailleurs très clairement les faits de l'espèce. Deux personnes qui ont suivi les mêmes études et un même parcours professionnel se voient traitées différemment simplement à cause de leur âge différent.

## ► Qui n'est ni justifiée ni proportionnée

Il convient alors d'analyser la légitimité des objectifs poursuivis par le législateur et la proportionnalité des moyens mis en œuvre pour atteindre cet objectif. Plusieurs justifications sont avancées par le législateur autrichien. La mesure contribuerait à favoriser l'embauche des personnes ayant suivi un enseignement professionnel en permettant aux employeurs de réduire les coûts liés au recrutement de jeunes apprentis. Elle permettrait ensuite de ne pas défavoriser les personnes ayant suivi une scolarité secondaire d'enseignement général par rapport à celles issues de l'enseignement professionnel et d'inciter les jeunes à suivre un enseignement secondaire. Pour la Cour, ces ob-

jectifs sont bien liés à une politique sociale de formation professionnelle et de l'emploi et ils sont légitimes. En revanche, si ces objectifs sont bien légitimes, la mesure en cause ne peut être considérée comme appropriée et la Cour va avancer plusieurs arguments. Elle relève tout d'abord que les deux objectifs mentionnés par le gouvernement autrichien sont contradictoires, une même mesure étant supposée privilégier l'enseignement secondaire général et l'enseignement professionnel. Par ailleurs, la prise en compte de l'expérience professionnelle, comme outil de motivation des salariés, peut être admise (*voir CJCE, 3 oct. 2006, aff. C-17/05*) et elle constitue un but légitime. Mais ici le critère lié à l'âge est sans rapport avec cet objectif. La Cour considère ensuite que le critère de l'âge auquel l'expérience professionnelle a été acquise n'apparaît pas approprié à la réalisation de l'objectif visant à ne pas défavoriser l'enseignement général par rapport à l'enseignement professionnel car il s'applique aux jeunes sans distinguer le type d'enseignement qu'ils auront suivi. La mesure n'est donc pas appropriée à la réalisation de l'objectif défini. Enfin, et c'est peut-être là la précision qui aura la portée la plus importante, la Cour considère que la mesure n'est pas adaptée à l'objectif d'insertion des jeunes sur le marché de l'emploi. En effet, la mesure ne prend pas en considération l'âge des personnes au moment de leur recrutement, elle ne permet donc pas véritablement de favoriser l'entrée sur le marché de l'emploi des jeunes. La Cour admet donc que des mesures, comme des conditions de rémunération inférieures pour des jeunes, puissent en revanche être admises car elles visent bien les conditions de recrutement. Le Danemark avait, en effet, présenté des observations, en soutenant que la mesure autrichienne devait être admise. De nombreuses conventions collectives au Danemark prévoient des conditions de rémunération moins favorables à l'égard des jeunes travailleurs âgés de moins de 18 ans. L'objectif d'une telle mesure est d'inciter les jeunes à suivre une formation complémentaire, favoriser l'emploi des jeunes et tenir compte du fait que les jeunes ont moins d'expérience. Le Danemark pouvait donc craindre que la réponse de la Cour ne soit pas sans conséquence sur ses mesures nationales autorisant une différence de traitement

selon l'âge. Tout en admettant que la législation autrichienne constitue une discrimination interdite, la Cour semble admettre la légitimité et la proportionnalité de la législation danoise qu'elle prend soin de distinguer : « *une règle telle que celle en cause au principal se différencie de mesures telles que celles évoquées par le gouvernement danois qui visent à favoriser l'insertion professionnelle des jeunes de moins de 18 ans dans la mesure où celles-ci prévoient, à leur égard, des conditions minimales de rémunération inférieure à celles applicables aux travailleurs plus âgés.* »

## ► Une jurisprudence qui manque de lisibilité

Après l'arrêt Mangold, les arrêts Palacios, Bortsch et Ageing ont pu être interprétés comme amorçant un recul du contrôle de la Cour européenne et comme reconnaissant assez largement les différences de traitement fondées sur l'âge. Pourtant, l'arrêt Hütter semble, lui, se situer dans la lignée de l'arrêt Mangold car la Cour opère un contrôle assez strict sur les justifications avancées pour conclure à l'existence d'une discrimination et certains éléments de l'arrêt Ageing pourraient annoncer un renforcement du contrôle de la Cour sur les mesures nationales dérogeant au principe d'interdiction des discriminations du fait de l'âge. La jurisprudence communautaire manque donc pour l'heure de lisibilité et il faut espérer que les prochaines affaires qui ont été portées devant la Cour lui permettront de définir plus clairement quelles différences de traitement fondées sur l'âge peuvent être autorisées au regard de la directive. Plusieurs arrêts sont en effet attendus portant sur des dispositifs variés : non prise en compte des périodes de travail accomplies par les salariés avant l'âge de 25 ans pour le calcul de la durée du préavis (*aff. C-555/07, Küçükdeveci*), limite d'âge de 68 ans pour l'exercice de l'activité de dentiste conventionné (*aff. C-341/08, Petersen*), limite d'âge de 30 ans pour le recrutement des pompiers (*aff. C-229/08, Wolf*; sur ces arrêts, v. S. Laulom, « *Non-discrimination en fonction de l'âge : un principe général du droit de l'Union européenne* », *Semaine sociale Lamy*, n° 1432). Enfin la Cour devrait également à nouveau se prononcer sur les cessations des contrats de travail des salariés

ayant atteint l'âge de la retraite (*aff. C-45/09, Rosenbladt*).

En tout état de cause, la jurisprudence communautaire invite les législateurs nationaux à soumettre les mesures qui apparaissent comme discriminatoires, car fondées sur l'âge de leur destinataire, à un test pour déterminer si elles sont bien justifiées par un objectif légitime et proportionné. C'est essentiellement un effort de justification qu'exige la directive telle qu'interprétée par la Cour de Justice, même si des doutes demeurent encore sur le contrôle qui sera opéré tant par le juge communautaire que par le juge national.

En France, l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge a pu ainsi conduire à remettre en cause les limites d'âges très nombreuses qui existaient dans l'accès à la fonction publique. Les juges français ont par ailleurs déjà eu à connaître de litiges relatifs aux discriminations du fait de l'âge. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 avril 2009 (*n° 07-43.945, Bull. civ. V, n° 118*) a considéré que le plafonnement d'une indemnité de licenciement en raison de l'ancienneté ne constitue pas une discrimination indirecte du fait de l'âge. L'arrêt, rendu au visa de l'article L. 1132-1 du Code du travail, « *interprété à la lumière de la directive n° 2000/78* », montre la volonté de la Cour de se situer dans la lignée de la jurisprudence européenne. La Halde a rendu également plusieurs délibérations relatives aux discriminations du fait de l'âge et semble vouloir opérer un contrôle strict sur les objectifs et la proportionnalité de mesures instituant des différences de traitement fondées sur l'âge. Le Conseil d'État a rendu quelques décisions relatives à cette question et jusqu'à présent a toujours admis les conditions d'âge (*voir CE, 25 avr. 2006, n° 278105, qui admet la limite d'âge fixée à 55 ans pour le personnel navigant commercial à bord des avions; ou CE, 19 mai 2006, n° 274692 qui admet les mises à la retraite d'office, selon le statut alors en vigueur de la SNCF, dès lors que les agents remplissent les conditions d'âge et de durée de service*). On peut d'ailleurs se demander si le contrôle opéré par le CE, dans ces arrêts, répond véritablement aux exigences posées la Cour européenne. Le contentieux relatif aux discriminations fondées sur l'âge semble ainsi appelé à se développer. ■



## partie 2

# Libre circulation des personnes

- La notion de travailleur communautaire
- Le droit à l'égalité de traitement des travailleurs communautaires
- Le droit à l'égalité de traitement des citoyens de l'Union européenne
- Libre circulation et reconnaissance mutuelle des diplômes

**A** l'origine uniquement reconnu au bénéfice des travailleurs, le droit à la libre circulation a été étendu en 1990 aux étudiants, aux retraités et aux inactifs ne disposant d'aucun droit de séjour en vertu d'autres textes communautaires, pour être ensuite conçu comme une prérogative liée à la reconnaissance d'une citoyenneté européenne (*art. 17 CE devenu art. 20 TFUE*). Il est aujourd'hui de jurisprudence constante que « *le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres* » (voir *CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-184/99, Grzelczyk*). Deux prérogatives principales sont attachées à la qualité de citoyen européen : le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (*art. 18 CE devenu art. 21 TFUE*) et l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité (*art. 12 CE devenu art. 18 TFUE*).

La reconnaissance de l'effet direct de ces articles a ainsi permis de reconnaître, sous certaines conditions, un droit de séjour en la seule qualité de citoyen de l'Union, droit de séjour qui induit également l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité, ce qui peut fonder l'accès à certaines prestations sociales. Régulièrement depuis, et l'actualité de cette année ne le dément pas, la Cour est appelée à définir plus précisément la portée du droit de séjour et du principe de non-discrimination. Le statut de citoyen de l'Union contribue ainsi au développement d'une solidarité sociale qui n'est plus limitée aux frontières des États membres et la jurisprudence de la Cour montre la variété des réglementations nationales pouvant être contestées dès lors qu'elles peuvent être analysées comme portant entrave à la libre circulation des personnes. Dans l'arrêt *Grünkin (CJCE, 14 oct. 2008, aff. C-353-06, nos obs., Semaine sociale Lamy, 2009, suppl. 1389, p. 71)*, ce sont les règles allemandes régissant le nom patronymique d'une personne qui ont ainsi pu être contestées au nom de la libre circulation. Cette année, des citoyens de l'Union européenne ont pu demander, au nom de la libre circulation, à bénéficier de l'octroi d'une vignette d'autoroute gratuite pour les personnes handicapées (*CJCE, 1<sup>er</sup> oct. 2009, aff. C-103/08, Gottwald*) et de règles fiscales spécifiques (*CJCE, 2 avril 2009, aff. C-544/07, Rüffler*). Le critère, pour se voir reconnaître le droit à bénéficier de prestations sociales, reste celui de l'existence d'un lien de rattachement entre la société de l'État membre concerné et le bénéficiaire d'une prestation.

Pourtant, une approche catégorielle de la libre circulation perdure : les conditions d'entrée et de séjour continuent à être régies par des textes ou par des règles différentes selon la catégorie à laquelle appartient le ressortissant communautaire. La directive 2004/38/CE du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (*JOUE, 30 avr. 2004, n° L 158, p. 77*), qui est entrée en vigueur en avril 2006, constitue un progrès. Elle confirme l'importance du concept de citoyenneté de l'Union en reconnaissant que « *la citoyenneté européenne devrait constituer le statut de base des ressortissants des États membres lorsqu'ils exercent leur droit de circuler et de séjourner librement* ». À des fins de simplification, elle regroupe en un même texte les différents

directives et règlements qui ont réglementé le droit de séjour des ressortissants communautaires. Mais la directive ne remet pas en cause l'approche catégorielle, qui avait jusque-là prévalu, et elle maintient des régimes différents selon les catégories : travailleurs, étudiants ou inactifs. Cette approche catégorielle est source de complexités dans la mesure où les droits reconnus selon la catégorie restent différents et dans la mesure également où les frontières entre les différentes catégories présentent des porosités certaines. Une autre source de complexité tient à la relecture du droit dérivé, et notamment de la directive de 2004, à la lumière de ce statut de citoyen de l'Union européenne, relecture qui peut parfois conduire à limiter la portée des restrictions pourtant inscrites dans la directive de 2004. L'arrêt *Vatsouras* (CJCE, 4 juin 2009, aff. C-22/08 et C-23/8, *Vatsouras*) illustre les difficultés soulevées par cette approche catégorielle. Il démontre également que les personnes à la recherche d'un emploi restent une catégorie de citoyens de l'Union européenne aux droits incertains.

Un des instruments indispensables de la libre circulation des personnes a été l'adoption de règles relatives à la reconnaissance mutuelle des diplômes. Dès lors que l'accès à des professions est conditionné à l'obtention d'un diplôme national, les ressortissants d'autres États membres pourtant titulaires d'un diplôme national ne pourront accéder à ces professions. Si les États membres disposent toujours d'une grande liberté pour réglementer leurs formations professionnelles, ils doivent prendre en compte les qualifications acquises dans un autre État membre. Régulièrement, la Cour est donc appelée à examiner les mesures nationales intervenant dans ce champ. Les arrêts de cette année montrent néanmoins que ce contrôle strict ne conduit pas à une remise en cause du niveau des connaissances exigées par les États membres (CJCE, 10 déc. 2009, aff. C-345/08, *Pešla*) et que la reconnaissance mutuelle des diplômes ne doit pas non plus conduire à cautionner des pratiques abusives (CJCE, 29 janv. 2009, aff. C-311/06, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*). ■



# La notion de travailleur communautaire

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

L'arrêt Vatsouras illustre la complexité de la législation communautaire relative à la libre circulation, complexité qui découle de la persistance d'une approche catégorielle privilégiant les citoyens de l'Union européenne qui exercent une activité économique. La crainte d'un tourisme social, dont l'existence n'a pourtant jamais été réellement démontrée, a conduit à limiter l'accès à certaines prestations sociales aux citoyens qui ne seraient pas des travailleurs communautaires. D'où l'importance, l'arrêt le montre très nettement, de déterminer la catégorie à laquelle appartient le citoyen de l'Union européenne. Mais cet arrêt voit également la Cour opérer une relecture du droit dérivé et de la directive 2004/38 du 29 avril 2004 à la lumière du statut de citoyen de l'Union européenne, afin de dépasser certaines limites posées, par cette directive, dans l'accès aux prestations sociales.

## 1 L'AFFAIRE

M. Vatsouras, de nationalité grecque, est arrivé en Allemagne au mois de mars 2006 et il a exercé une activité professionnelle faiblement rémunérée. De ce fait, il demande le 10 juillet 2006, auprès des services sociaux (ARGE), l'octroi d'une prestation de base. Sa demande a été accueillie favorablement et il a pu bénéficier de cette prestation jusqu'au 31 mai 2007. En janvier 2007, il a perdu son emploi et le 18 avril 2007 l'ARGE a supprimé le bénéfice de cette prestation avec effet au 30 avril 2007. Il a alors formé un recours contentieux devant les juridictions compétentes. M. Vatsouras a trouvé un nouvel emploi en Allemagne le 4 juin 2007.

M. Koupatantze est, lui, entré sur le territoire allemand en octobre 2006. Le 1<sup>er</sup> novembre il

a commencé à travailler, avant d'être licencié le 21 décembre en raison des difficultés économiques rencontrées par son employeur. Dès son premier jour de chômage, il a demandé à bénéficier d'une prestation en faveur des demandeurs d'emploi. Cette prestation lui a été octroyée du 15 janvier 2007 jusqu'au 31 mai 2007. L'ARGE a supprimé le bénéfice des prestations octroyées, le 18 avril 2007, avec effet rétroactif au 28 février. Le requérant a alors introduit une réclamation contre cette décision puis un recours contentieux qui a donné lieu à des questions préjudicielles. À partir du 1<sup>er</sup> juin 2007, M. Koupatantze a exercé une nouvelle activité professionnelle.

Dans les deux cas, les décisions de l'ARGE sont fondées sur la législation allemande qui exclut du bénéfice des prestations de l'assistance sociale et du bénéfice des prestations de base en faveur des demandeurs d'emploi, les ressortissants étrangers dont le droit de séjour découle exclusivement de l'objectif de recherche d'un emploi et qui n'ont pas encore acquis le statut de travailleur communautaire. De telles exclusions semblent être admises par la directive 2004/38. Si l'article 24 § 1 reconnaît que tout citoyen de l'Union qui séjourne sur le territoire de l'État membre d'accueil bénéficie de l'égalité de traitement avec les ressortissants de cet État, des dérogations sont prévues par le paragraphe 2. L'État membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit à une prestation d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour et pendant toute la période où les citoyens de l'Union sont entrés sur le territoire de l'État membre pour y chercher un emploi et sont admis à y séjourner. Pour ces demandeurs d'emploi, ce droit de séjour subsiste tant qu'ils sont en mesure de faire la preuve qu'ils continuent à chercher un emploi et qu'ils ●●●

► CJCE, 4 juin 2009, aff. C-22/08 et C-23/8, Vatsouras et Koupatantze

Les ressortissants d'un État membre qui cherchent un premier emploi dans un autre État membre ont droit aux prestations de nature financière, qui indépendamment de leur qualification dans la législation nationale, sont destinées à faciliter l'accès au marché du travail.

●●● ont des chances réelles d'être engagés. En d'autres termes, il s'agit « *d'un droit de séjour sans droit à l'assistance sociale* » (J.-Ph. Lhernould, « *Quelles prestations sociales pour les chômeurs européens entrés dans un État membre pour y chercher un emploi ?* », RJS 11/09, p. 738, voir également P. Mavridis, « *Arrêt Vatsouras : fin du cauchemar du « tourisme social » dans l'Union européenne ?* », RDT, 2009, p. 671).

Si l'article 24 § 2 prévoit donc des exceptions importantes au principe d'égalité de traitement, la juridiction allemande posait directement la question de la conformité de cet article à l'article 12 CE (art. 18 TFUE) qui pose le principe d'une égalité de traitement découlant de la qualité de citoyen de l'Union européenne, lu en combinaison avec l'article 39 (art. 45 TFUE). Néanmoins, l'article 24 § 2 n'est applicable que si MM. Vatsouras et Koupantantze n'ont pas acquis la qualité de travailleur communautaire. Certes, la juridiction de renvoi n'interroge pas la Cour européenne sur ce point et les questions posées ne concernent que l'interprétation de l'article 24 § 2. Comme l'indique la Cour, les questions préjudicielles posées sont fondées sur la prémisse qu'à l'époque des faits MM. Vatsouras et Koupantantze n'avaient pas la qualité de travailleur au sens de l'article 39 CE (art. 45 TFUE). La Cour européenne ne va pas s'en tenir à la qualification retenue par la juridiction allemande et elle va rappeler la notion communautaire de travailleur communautaire.

## 2 MM. VATSOURAS ET KOUPATANTZE SONT DES TRAVAILLEURS COMMUNAUTAIRES

### ► La notion de travailleur communautaire

La jurisprudence allemande semblait considérer que MM. Vatsouras et Koupantantze n'avaient pas la qualité de travailleur, au sens de l'article 39 CE (art. 45 TFUE), pour l'un car sa rémunération était faible et ne permettait pas d'assurer sa subsistance, pour l'autre car l'activité n'avait été exercée que pendant une durée très réduite. Sur ce point, la réponse de

la Cour n'est pas dépourvue d'ambiguïté. En effet, si elle discute de la qualification retenue, elle renvoie l'appréciation de la situation à la juridiction nationale, alors même que l'on pouvait estimer que la qualité de travailleur s'imposait ici.

En effet, comme le rappelle la Cour, doit être considérée comme « *travailleur* » au sens de l'article 39 CE (art. 45 TFUE), « *toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires* ». La caractéristique de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération (voir notamment l'arrêt *Lawrie-Blum*, CJCE, 3 juill. 1986, aff. 66/85). Comme l'a déjà indiqué la Cour, le niveau limité de la rémunération et le fait que les revenus d'une activité salariée sont inférieurs au minimum d'existence ou qu'une activité salariée est de courte durée n'exclut pas la reconnaissance de la qualité de travailleur (voir notamment, CJCE, 23 mars 1982, aff. 53/81). La Cour a pu admettre qu'une personne exerçant une activité durant deux mois et demi au total peut être qualifiée de travailleur (CJCE, 6 nov. 2003, aff. C-431/01, *Ninni-Orasche*). Après une analyse approfondie de la jurisprudence communautaire, l'avocat général conclut donc : « *il apparaît manifeste que MM. Vatsouras et Koupantantze ont exercé une activité leur conférant la qualité de travailleur, conformément à l'article 39 CE* ». La Cour de Justice ne contredit pas sur ce point l'avocat général mais sa réponse demeure plus évasive, ce que l'on peut regretter (J.-Ph. Lhernould, *précit.*). Au vue des éléments fournis par la Cour, il serait néanmoins curieux que la juridiction de renvoi écarte une telle qualification.

### ► Les conséquences : l'accès aux prestations sociales

Si MM. Vatsouras et Koupantantze sont reconnus comme des travailleurs au sens du droit

communautaire, l'article 24 § 2 de la directive de 2004, qui concerne les personnes entrées sur le territoire de l'État membre d'accueil pour y rechercher un emploi, n'est pas applicable. Leur situation relève de l'article 39 CE et de l'article 7 § 3 c) de la directive de 2004. Selon ce dernier article, le travailleur qui a exercé la libre circulation durant moins d'un an et qui n'exerce plus d'activité salariée, conserve la qualité de travailleur pendant au moins six mois, notamment lorsqu'il se trouve involontairement au chômage et qu'il s'est fait enregistrer en qualité de demandeur d'emploi auprès du service de l'emploi compétent. En tant que travailleur, il est alors bénéficiaire du principe d'égalité de traitement et les prestations en cause doivent lui être accordées. MM. Vatsouras et Koupatantze se trouveraient donc dans cette situation et les prestations qu'ils demandaient ne pouvaient pas leur être refusées. Mais quand bien même MM. Vatsouras et Koupatantze ne seraient pas des travailleurs communautaires, la Cour parvient à une solution identique.

### **3** MM. VATSOURAS ET KOUPATANTZE NE SONT PAS DES TRAVAILLEURS COMMUNAUTAIRES

Si MM. Vatsouras et Koupatantze semblaient bien devoir être considérés comme des travailleurs, la Cour répond néanmoins aux questions préjudicielles et analyse donc la compatibilité de l'article 24 § 2 de la directive à l'article 12 CE (*art. 18 TFUE*) lu en combinaison avec l'article 39 CE (*art. 45 TFUE*). La Cour est ici en fait amenée à se prononcer sur la compatibilité de la jurisprudence antérieure à l'adoption de la directive 2004 avec les nouvelles dispositions de cette directive et notamment de son article 24 § 2 concernant la situation de citoyens de l'Union européenne étant admis à séjourner sur le territoire d'un État membre pour y rechercher un emploi.

Depuis l'arrêt Collins (*CJCE, 23 mars 2004, aff. C-138/02*), les ressortissants d'un État membre, qui cherchent un premier emploi dans un autre État membre, bénéficient d'un statut

que l'on peut qualifier d'intermédiaire, en application de l'article 39 CE (*art. 45 TFUE*). Ils bénéficient d'un droit de séjour le temps qu'ils cherchent un emploi et qu'ils ont des chances d'être engagés. S'ils ne peuvent prétendre à l'application générale du principe d'égalité de traitement, ils doivent recevoir les mêmes prestations sociales dès que ces prestations sont destinées à faciliter l'accès au marché de l'emploi d'un État membre et que les demandeurs d'emploi prouvent l'existence d'un lien réel avec le marché de l'emploi de l'État d'accueil. L'existence d'un tel lien peut être vérifiée notamment par la constatation que la personne en cause a, pendant une période d'une durée raisonnable, effectivement et réellement cherché un emploi dans l'État membre en question.

La question de l'articulation de cette jurisprudence avec l'article 24 § 2 de la directive de 2004 se posait donc. En effet, l'article 24 § 2, rappelons le, permet aux États membres de ne pas accorder le droit aux prestations d'assistance sociale pendant les trois premiers mois de séjour et pendant toute la période où les citoyens de l'Union sont entrés sur le territoire de l'État membre pour y chercher un emploi et sont admis à y séjourner.

La Cour parvient à concilier l'article 24 § 2 et sa jurisprudence par une interprétation restrictive de la notion de « *prestations d'assistance sociale* » utilisée par cet article. En effet, pour la Cour la dérogation prévue à l'article 24 § 2 doit être interprétée en conformité avec l'article 39 § 2 CE. Il en découle que « *les prestations de nature financière, qui indépendamment de leur qualification dans la législation nationale, sont destinées à faciliter l'accès au marché de travail* » ne peuvent être considérées comme des « *prestations d'assistance sociale* ».

L'arrêt n'est pas plus motivé et le dispositif conclut simplement à la validité de l'article 24 § 2. La formulation anodine de l'arrêt ne doit pas masquer sa portée. C'est la notion de « *prestation d'assistance sociale* » au sens de cet article qui est en jeu et l'arrêt ouvre la voie à une interprétation très restrictive de cette notion. Pour l'heure, les demandeurs d'emploi, ●●●

●●● qui n'ont pas encore accédé au marché du travail mais qui recherchent un emploi et ont établi des liens réels avec le marché du travail de cet État, ne peuvent prétendre qu'aux seules prestations de nature financière destinées à faciliter l'accès au marché de travail, ce qui semblaient être le cas des prestations en cause dans l'arrêt. Mais une interprétation restrictive de la notion de prestations d'assistance sociale pourrait à terme leur permettre d'accéder à d'autres prestations.

### **4** LA PORTÉE DE L'ARRÊT EN FRANCE

Comme le note Ph. Lhernould (*précit.*), le droit français ne semble pas conforme à la jurisprudence de la Cour. Les ressortissants communautaires qui entrent en France pour y chercher un emploi ne peuvent bénéficier d'une série de prestations comme le RSA qui pourtant est bien destiné à faciliter l'accès au marché du travail. Les conditions d'obtention de ces prestations devraient donc être revues à la lumière de la jurisprudence communautaire. ■

# Le droit à l'égalité de traitement des travailleurs communautaires

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

Une fois acquis le statut de travailleur communautaire, le règlement 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, a vocation à s'appliquer. Selon son article 7 § 2, les travailleurs communautaires doivent pouvoir bénéficier « *des mêmes avantages sociaux et fiscaux que les travailleurs nationaux* ». C'est l'application de ce principe à des travailleurs frontaliers qui est en cause dans cet arrêt à propos d'une réglementation fiscale constitutive d'une discrimination indirecte. L'arrêt démontre qu'en dépit de l'ancienneté de l'application de ce principe, des dispositions nationales peuvent toujours être condamnées car elles continuent à privilégier, ici de manière indirecte, les ressortissants nationaux.

## 1 L'AFFAIRE

La Commission européenne a engagé un recours en manquement contre l'Allemagne. Elle considère que trois aspects de la législation allemande relative à l'impôt sur le revenu, adoptée dans l'objectif d'encourager la constitution de pensions privées, ne sont pas conformes aux articles 39 CE (*art. 45 TFUE*) et à l'article 7 § 2 du règlement n° 1612/68. Selon le régime fiscal allemand, les affiliés au régime légal de l'assurance retraite peuvent bénéficier d'une prime d'épargne-pension à condition qu'ils soient intégralement assujettis à l'impôt en Allemagne. Il est également prévu que 10 000 euros du capital constitué par un contrat d'épargne-pension peut être utilisé pour l'acquisition ou la construc-

tion d'un logement situé sur le territoire national. Enfin, cette subvention doit être remboursée en cas de cessation de l'assujettissement intégral à l'impôt en Allemagne. Les travailleurs frontaliers travaillant en Allemagne ne peuvent donc pas bénéficier de ces dispositifs dans la mesure où, d'une part, ils sont exclusivement imposés dans leur État de résidence en vertu d'une convention préventive de la double imposition et, d'autre part, ils ne résident pas en Allemagne. Pour la Commission, il s'agirait donc de discriminations indirectes contraires au droit communautaire. La Cour va donc examiner chacun de ces avantages pour déterminer s'ils constituent des discriminations indirectes interdites par le droit communautaire.

## 2 UN AVANTAGE SOCIAL

La première question soulevée par l'affaire tient à la nature de l'avantage en cause. La prime doit-elle être analysée comme un avantage fiscal ? Faut-il au contraire y voir un avantage social soumis donc au principe de l'égalité de traitement ?

La Cour a toujours entendu très largement la notion d'avantage social. Doit ainsi être considéré comme avantage social « *tous les avantages qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux en raison, principalement de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence ordinaire sur le territoire national, et dont l'ex-tension aux travailleurs ressortissants d'autres États membres apparaît dès lors comme de* » ●●●

► CJCE, 10 septembre 2009, aff. C-269/07, Commission contre République Fédérale d'Allemagne

Des dispositions fiscales, réservant le bénéfice d'une prime aux personnes intégralement assujetties à l'impôt en Allemagne, interdisant l'utilisation du capital subventionné pour l'acquisition ou la construction d'un logement, dès lors que celui-ci n'est pas situé en Allemagne, et prévoyant que la subvention doit être remboursée en cas de cessation de l'assujettissement intégral à l'impôt, constituent des discriminations indirectes à l'égard des travailleurs frontaliers et sont interdites par le droit communautaire.

●●● *nature à faciliter leur mobilité à l'intérieur de la Communauté* » (voir notamment CJCE, 12 mai 1998, aff. C-86/96, *Martinez Sala*). Pour la Cour, il faut donc analyser l'objectif et les conditions d'octroi de l'avantage en cause, pour déterminer sa nature. Or, la prime est motivée par des considérations sociales; il s'agit de compenser la diminution future du niveau de retraite légale. Elle constitue une aide financière destinée à encourager les intéressés à se constituer une pension complémentaire tout au long de leur vie professionnelle. La Cour fait sur ce point un parallèle avec un arrêt précédent où elle avait reconnu que le revenu garanti aux personnes âgées par la législation d'un État membre constituait un avantage social (CJCE, 12 juill. 1984, aff. 261/83, *Castelli*). Or la prime constitue un encouragement pour garantir aux bénéficiaires la perception d'un revenu suffisant durant leur vieillesse.

Outre son objectif clairement social, cette prime est principalement accordée aux travailleurs salariés qui sont affiliés au régime légal de l'assurance retraite. L'octroi de la prime est donc bien un avantage social accordé aux travailleurs en raison de leur qualité objective de travailleurs. Peu importe que d'autres catégories de personnes puissent en bénéficier. Pour la Cour cela démontre simplement que l'objectif social poursuivi à l'égard des salariés a été étendu à d'autres catégories de personnes.

### 3 L'EXISTENCE D'UNE PREMIÈRE DISCRIMINATION INDIRECTE

Une fois reconnue que la prime constituait bien un avantage social, la Cour devait se prononcer sur l'existence d'une discrimination indirecte, ce qui ici ne posait pas de réelles difficultés. À moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même d'affecter davantage les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers. L'octroi de la prime

est conditionné à l'assujettissement intégral à l'impôt allemand, qui lui-même dépend de la résidence en Allemagne. Les travailleurs frontaliers sont eux exclusivement soumis à l'imposition dans leur État de résidence. Pour la Cour, cette condition équivaut à une clause de résidence et exclut les travailleurs frontaliers du bénéfice de cette prime d'épargne-pension. Ces travailleurs frontaliers sont le plus souvent des non-nationaux, l'existence de la discrimination indirecte est donc établie.

L'Allemagne soulevait un argument intéressant. Reprenant la jurisprudence communautaire, elle soutenait qu'en l'absence de rattachement suffisamment étroit à la société allemande, le refus d'octroi de la prime pouvait être justifié. Tel serait précisément l'objet de la condition d'assujettissement à l'impôt. L'argument est balayé par la Cour : pour pouvoir bénéficier de la prime d'épargne-pension, le travailleur doit être assuré au titre du régime légal de pensions de sécurité sociale allemand, ce qui démontre l'existence d'un lien de rattachement suffisamment étroit à la société allemande.

### 4 L'EXISTENCE D'UNE DEUXIÈME DISCRIMINATION INDIRECTE

La Cour devait ensuite se prononcer sur la deuxième mesure en cause relative à la possibilité d'utiliser le capital subventionné pour l'achat ou la construction d'un logement situé en Allemagne. Ici aussi, l'existence d'une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs frontaliers ne soulevait pas de difficulté particulière dans la mesure où l'avantage ne peut être utilisé pour un logement qui se situerait dans une région frontalière en dehors du territoire allemand. La Cour devait ensuite analyser si ce dispositif ne pouvait pas être justifié, l'Allemagne soutenant que la mesure visait à garantir une offre adéquate de logements et à préserver le régime de sécurité sociale national. Pour la Cour, les deux objectifs constituent bien des « *raisons impérieuse d'intérêt général* » pouvant éventuellement justifier une différence de traitement. Mais dans les deux cas, la mesure est disproportionnée et va au-delà de ce qui est

nécessaire pour parvenir à la réalisation de ces objectifs reconnus comme légitimes. Le premier objectif pourrait en effet être atteint si les travailleurs continuent d'établir leur résidence sur le territoire d'un autre État membre plutôt que sur le territoire allemand. Enfin, le risque d'atteinte à l'équilibre financier de sécurité sociale n'est pas démontré en l'espèce.

## **5** L'EXISTENCE D'UNE TROISIÈME DISCRIMINATION INDIRECTE

Enfin, la Cour devait se prononcer sur le troisième dispositif en cause : l'obligation de rembourser la prime d'épargne-pension en cas cessation de l'assujettissement intégral à l'impôt. La Commission évoquait sur ce point également la violation des articles 12 et 18 CE (*art. 18 et*

*21 TFUE*). Cet argument est écarté par la Cour dans la mesure où le principe de non-discrimination est ici mis en œuvre dans le domaine de la libre circulation des travailleurs. Seules les dispositions qui y sont relatives sont donc ici applicables et la Cour rappelle que les articles 12 et 18 CE n'ont vocation à s'appliquer de manière autonome que lorsque aucune autre disposition spécifique ne peut être mobilisée.

L'existence d'une discrimination indirecte est une nouvelle fois reconnue dans la mesure où les travailleurs migrants sont davantage susceptibles de quitter le territoire allemand pour aller travailler et établir leur résidence dans un autre État membre. Ce sont donc eux qui sont avant tout concernés par cette mesure. La Cour refuse également d'admettre les justifications avancées par l'Allemagne. ■

# Le droit à l'égalité de traitement des citoyens de l'Union européenne

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

► CJCE, 23 avril 2009, aff. C-544/07, Rüffler

L'article 18 CE (art. 21 TFUE) s'oppose à une réglementation d'un État membre qui lie l'octroi du droit à une réduction du montant de l'impôt sur le revenu en fonction des cotisations d'assurance maladie acquittées à la condition que ces cotisations aient été versées dans cet État membre.

► CJCE, 1 octobre 2009, aff. C-103/08, Gottwald

Le principe de non-discrimination fondée sur la nationalité ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui réserve l'octroi à titre gratuit d'une vignette routière annuelle aux personnes handicapées résidant sur le territoire de l'État membre concerné ou à celles qui se rendent régulièrement dans cet État pour des raisons de nature professionnelle ou personnelle.

Les dispositions relatives à la libre circulation des citoyens de l'Union européenne, et plus précisément les articles 12, 17 et 18 CE (*art. 18, 20 et 21 TFUE*) qui reconnaissent le droit des citoyens de l'Union à circuler librement au sein de l'Union et le principe d'égalité de traitement, ne s'appliquent que lorsque aucune autre disposition spécifique ne peut être mobilisée. Il n'en demeure pas moins, que comme le montrent les arrêts rendus cette année, l'approche communautaire des restrictions à la libre circulation des citoyens de l'Union reste similaire : une entrave est identifiée dès lors qu'une réglementation est de nature à restreindre des déplacements. Une telle restriction ne peut être admise que si elle poursuit un objectif légitime, si elle est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, si elle est proportionnée, c'est-à-dire apte à réaliser l'objectif poursuivi et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Les arrêts suivants illustrent encore une fois le contrôle ainsi opéré par la Cour de Justice sur les mesures nationales. Si la légitimité des objectifs poursuivis est rarement remise en cause, le contrôle assez strict de proportionnalité peut conduire à la remise en cause des conditions d'obtention d'une prestation dès lors qu'elle peut être de nature à limiter la liberté de se déplacer et séjourner dans un État membre.

## 1 LA DÉDUCTION DE COTISATIONS D'ASSURANCE MALADIE

► CJCE, 23 avril 2009, aff. C-544/07, Rüffler

### ► L'affaire

Après avoir vécu en Allemagne où il exerçait une activité salariée, M. Rüffler s'est installé en Pologne où il réside, depuis 2005, de façon permanente avec son épouse. Ses revenus se limitent à une pension de retraite et une pension d'invalidité perçues en Allemagne. Ces deux prestations sont versées en Allemagne où les cotisations d'assurance maladie sont également prélevées. M. Rüffler demande à l'administration fiscale polonaise que l'impôt sur le revenu, dont il est redevable en Pologne, soit réduit en fonction du montant des cotisations d'assurance maladie qu'il a versées en Allemagne. Cette déduction est refusée car les cotisations d'assurance maladie sont versées en Allemagne et non en Pologne comme l'exige la loi polonaise. La juridiction saisie interroge alors la Cour sur la compatibilité de ce dispositif aux articles 12 et 39 CE (*art. 18 et 45 TFUE*).

### ► L'inapplicabilité de l'article 39 CE (*art. 45 TFUE*)

La Cour relève tout d'abord que M. Rüffler ne peut prétendre à la qualité de travailleur communautaire. Il n'a jamais travaillé ou eu l'intention de travailler en Pologne. Il n'a donc pas fait usage de son droit à la libre circulation en tant que travailleur communautaire et ne

peut donc se prévaloir de l'article 39 CE (*article 45 TFUE*). En revanche, il jouit du statut de citoyen de l'Union et peut se prévaloir des droits liés à ce statut et notamment des droits de libre circulation et d'égalité de traitement. La situation de M. Rüffler doit, par conséquent, être examinée à la lumière du principe du droit de libre circulation et de libre séjour des citoyens de l'Union dans les États membres, énoncé à l'article 18 CE (*art. 21 TFUE*).

## ► Les droits des citoyens de l'Union européenne

La Cour rappelle les éléments clefs de sa jurisprudence. Il est de jurisprudence constante que « *le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres* » (*voir CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-184/99, Grzelczyk*). Deux prérogatives principales sont attachées à la qualité de citoyen européen : le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (*article 18 CE devenu art. 21 TFUE*) et l'interdiction de toute discrimination exercée en raison de la nationalité (*article 12 CE devenu art. 18 TFUE*). La reconnaissance de l'effet direct de ces articles a ainsi permis de reconnaître, sous certaines conditions, un droit de séjour en la seule qualité de citoyen de l'Union, droit de séjour qui induit également l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité, ce qui peut fonder l'accès à certaines prestations sociales.

On remarquera ici que la Cour préfère fonder son raisonnement sur l'article 18 CE (*art. 21 TFUE*) que sur l'article 12 CE (*article 18 TFUE*). Elle analyse donc si le dispositif en cause établit une différence de traitement défavorable à ceux qui ont exercé leur droit à la libre circulation. L'entrave étant établie sans pouvoir être justifiée, la Cour estimera inutile de se prononcer sur la compatibilité du dispositif à l'article 12 CE (*article 18 TFUE*). On peut estimer que « *par ce recentrage sur l'article 18 CE, la Cour semble vouloir dissocier la discrimination directe en raison de la nationalité de l'entrave. Si une restriction est constatée en raison du caractère entravant de la mesure nationale, il n'est effecti-*

*vement plus nécessaire de rechercher l'existence d'une discrimination* » (*A.-L. Mosbrucker, F. Kauff-Gazin, Europe n° 6, Juin 2009, comm. 214*).

## ► L'existence d'une restriction

Il résulte de l'article 18 CE (*art. 21 TFUE*) qu'un citoyen de l'Union doit se voir reconnaître, dans tous les États membres, le même traitement juridique que celui qui est accordé aux ressortissants de ces États membres se trouvant dans la même situation. Il serait également incompatible avec le droit de libre circulation qu'il puisse se voir appliquer, dans l'État membre d'accueil, un traitement moins favorable que celui dont il bénéficierait s'il n'avait pas fait l'usage de son droit à la libre circulation. Or c'est précisément ce qui est en cause avec ce dispositif. En effet, une différence de traitement est instaurée entre contribuables résidents selon que les cotisations d'assurance maladie, pouvant venir en déduction du montant de l'impôt sur le revenu dû en Pologne, ont ou non été versées dans le cadre du régime national d'assurance maladie obligatoire. La réglementation polonaise désavantage donc les résidents qui ont exercé leur liberté de circulation et elle constitue une restriction aux libertés reconnues par l'article 18 CE (*art. 21 TFUE*).

## ► Une restriction non justifiée

Une fois l'existence d'une restriction retenue, la Cour analyse si elle peut être justifiée et conclut négativement. Le gouvernement polonais n'avait avancé aucun argument tenant à la justification de la mesure. La Cour de renvoi se demandait néanmoins si le fait que les contribuables qui s'acquittent de leurs cotisations d'assurance maladie obligatoire auprès d'institutions étrangères ne participent pas au financement du régime d'assurance maladie polonais ne pourrait constituer une justification objective suffisante de la différence de traitement fiscal.

Pour la Cour, une telle analyse ne peut être retenue. Il résulte, en effet, de la réglementation communautaire concernant la coordination des régimes de sécurité sociale que les frais de prestations de santé servies à des ressortissants ●●●

●●● allemands résidant en Pologne sont remboursés au Fonds national de la santé polonais par l'institution d'assurance allemande compétente. Bien que les cotisations d'assurance maladie ne soient pas versées directement au Fonds national de la santé polonais, les frais médicaux ainsi exposés par M. Rüffler ne représentent pas une charge supplémentaire pour le système de santé polonais.

## 2 LE DROIT À LA GRATUITÉ D'UNE VIGNETTE D'AUTOROUTE

► CJCE, 1<sup>er</sup> octobre 2009, aff. C-103/08, Gottwald

Sans être novateur, l'affaire Gottwald illustre une nouvelle fois que le statut de citoyen de l'Union européenne peut fonder l'accès à certaines prestations sociales qui peuvent néanmoins demeurer soumises à des conditions de résidence, contrôlées par la Cour.

### ► L'affaire

M. Gottwald est un ressortissant allemand, domicilié à Hambourg et qui souffre d'un handicap. À ce titre, il s'est vu délivrer en Allemagne une carte pour personnes handicapées. Le 26 août 2006, M. Gottwald conduisait son véhicule sur le réseau routier autrichien soumis à péage afin de se rendre sur son lieu de vacances en Autriche. À l'occasion d'un contrôle routier, il a été constaté qu'il n'avait pas acquitté le péage à durée déterminée par l'achat d'une vignette à apposer sur son véhicule et il se voit infliger une amende de 200 euros. M. Gottwald introduit un recours contre cette amende. Etant titulaire d'une carte allemande pour personnes handicapées, il devait pouvoir bénéficier d'une vignette gratuite par application d'une disposition autrichienne qui prévoit que les personnes handicapées ayant leur domicile ou leur lieu de résidence habituel en Autriche peuvent bénéficier d'une telle gratuité. La juridiction autrichienne interroge alors la Cour sur la conformité de la clause de résidence à l'article 12 CE (*art. 18 TFUE*) qui reconnaît le principe de non-discrimination.

### ► Un rappel des principes

Comme toujours dans ces affaires, la Cour rappelle d'abord que « *selon une jurisprudence constante, le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique* ».

M. Gottwald a bien exercé sa liberté de circuler et de séjourner sur le territoire communautaire et peut donc se prévaloir de l'article 12 CE (*art. 18 TFUE*). La clause contestée constitue une discrimination indirecte. Le critère du domicile ou de la résidence risque de jouer principalement au détriment des ressortissants d'autres États membres, dans la mesure où les personnes non domiciliées sur le territoire national sont le plus souvent des non-nationaux. Il convient donc d'analyser alors si ce dispositif peut être justifié par des considérations objectives d'intérêt général, indépendantes de la nationalité des personnes concernées et est proportionné à l'objectif légitimement poursuivi.

### ► Une clause de résidence justifiée et proportionnée

Le gouvernement autrichien justifie la mesure par la promotion de la mobilité et de l'intégration sociale de personnes qui, en raison d'un handicap, ne peuvent avoir recours aux transports en commun. La mesure s'adresse donc à des personnes devant emprunter le réseau routier avec une certaine fréquence. L'exigence relative au domicile ou lieu de résidence habituel se justifie par la volonté d'accorder cette prestation aux bénéficiaires justifiant d'un certain degré d'intégration dans la société autrichienne. La Cour permet, en effet, aux États membres de limiter l'accès à certaines prestations sociales aux personnes démontrant d'un tel degré d'intégration.

La Cour ne peut alors que constater que l'objectif poursuivi est parfaitement légitime de même que les conditions d'octroi. La Cour analyse ensuite sa proportionnalité. Elle rappelle qu'à propos du degré de rattachement du bénéficiaire d'une prestation avec la société de

l'État membre concerné, les États membres jouissent d'une ample marge d'appréciation en ce qui concerne la fixation des critères d'évaluation d'un tel rattachement. Les clauses de résidence peuvent être admises car elles permettent de démontrer de l'existence de liens de rattachement avec l'État d'accueil (*CJCE, 15 mars 2005, aff. C-209/03, Bidar*). La Cour a néanmoins déjà contrôlé les clauses de résidence et a pu considérer que des législations conditionnant l'accès à certaines prestations à de longues périodes de résidence étaient disproportionnées (*CJCE, 22 mai 2008, aff. C-499/06, Nerkowska, nos obs. Semaine sociale Lamy, 2009, suppl. 1389, p. 73*). Ici, comme le remarque la Cour, la réglementation autrichienne ne soumet l'octroi de la vignette routière gratuite à aucune autre condition supplémentaire tenant à une période minimale durant laquelle la personne concernée doit avoir fixé son domicile ou son lieu de résidence habituel

en Autriche. Il semble également que d'autres facteurs de rattachement permettent d'établir un lien suffisant avec la société autrichienne. Ainsi une personne handicapée qui, tout en n'ayant pas établi sa résidence ou son domicile en Autriche, se rend régulièrement en Autriche pour des raisons professionnelles ou personnelles aurait également le droit de bénéficier de cette vignette. Dans l'appréciation de la Cour, ce point semble suffisamment important pour être repris dans le dispositif de l'arrêt. On peut voir là les réticences de la Cour européenne à l'égard des clauses de résidence ou de domicile. En l'espèce cependant, la mesure apparaît donc proportionnée et le simple fait de se retrouver sur les autoroutes autrichiennes pendant des vacances ne permet pas de bénéficier de la gratuité dans l'accès à l'autoroute. L'arrêt démontre le contrôle assez strict de la Cour sur les clauses de résidence qui peuvent limiter l'accès à des prestations sociales. ■

# Libre circulation et reconnaissance mutuelle des diplômes

Sylvaine Laulom, Maître de conférences à l'Université de Saint-Étienne, CERCRID

## ► CJCE, 29 janvier 2009, aff. C-311/06, Consiglio Nazionale degli Ingegneri

La simple homologation par un État membre d'un diplôme acquis dans un autre État membre ne constitue pas un « diplôme », au sens de la directive de 1989 sur la reconnaissance mutuelle des diplômes, qui permettrait d'accéder à une profession réglementée dans l'État où a été acquis le premier diplôme.

## ► CJCE, 10 décembre 2009, aff. C-345/08, Pešla

Si le droit communautaire exige que les qualifications et l'expérience d'un candidat ayant obtenu son diplôme de droit dans un autre État membre soient pleinement prises en considération, il n'impose pas de diminuer pour un tel candidat le niveau des connaissances du droit interne requises.

La reconnaissance mutuelle des diplômes est l'un des outils indispensable pour garantir l'effectivité de la libre circulation des travailleurs. Dès lors que l'accès à des professions est conditionné à l'obtention d'un diplôme national, les ressortissants d'États membres pourtant titulaires d'un diplôme ne pourront accéder au marché national du travail. C'est la raison pour laquelle, dès 1989, la directive 89/48 du 21 décembre 1989 exigeait des États membres qu'ils reconnaissent mutuellement les diplômes d'enseignement supérieur, qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans, acquis dans un autre État membre. La directive s'applique aux activités réglementées, c'est-à-dire aux activités « dont l'accès ou l'exercice est subordonné, directement ou indirectement, par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives à la possession d'un diplôme ». Les États membres disposent toujours d'une liberté entière pour réglementer leurs professions, mais ils doivent « prendre en compte les qualifications acquises dans un autre État membre ». Des différences significatives peuvent exister entre les formations nationales. C'est la raison pour laquelle l'État d'accueil peut exiger, si besoin est, au titre de mesures de compensation, une expérience professionnelle s'ajoutant au diplôme. Lorsque la formation d'origine a porté sur des matières substantiellement différentes de celles qui sont couvertes par leurs diplômes, les États d'accueil peuvent également imposer soit un stage d'adaptation (trois ans maximum), soit une épreuve d'aptitude. Evidemment la marge de manœuvre laissée ici aux États membres a fait l'objet d'un contentieux significatif, la Cour de Justice contrôlant

si le stage ou les épreuves d'aptitude exigés ne remettent pas en cause le principe même de la reconnaissance mutuelle.

## 1 UNE UTILISATION ABUSIVE DE LA RECONNAISSANCE MUTUELLE DES DIPLOMÉS

► CJCE, 29 janvier 2009, aff. C-311/06, Consiglio Nazionale degli Ingegneri

C'est une affaire quelque peu particulière dont la Cour a eu à juger ici. En effet, n'étaient pas en cause des mesures nationales exigeant des ressortissants communautaires des épreuves d'aptitude particulières mais une utilisation, clairement détournée de leur objet par un ressortissant communautaire, des règles relatives à la reconnaissance mutuelle des diplômes. Ce dernier avait, en effet, utilisé la libre circulation pour ne pas passer une épreuve nationale d'aptitude.

### ► L'affaire

M. Cavallera, ressortissant italien, est titulaire d'un titre d'études d'ingénieur mécanicien délivré le 9 mars 1999 par l'Université de Turin au terme d'une formation d'une durée de trois ans. Ce diplôme ne donne pas directement accès à la profession réglementée d'ingénieur mécanicien qui suppose de réussir un examen d'État. Une fois cet examen passé avec succès, les personnes sont habilitées à s'inscrire au tableau des ingénieurs de province. L'accès à cette profession est en revanche plus facile en Espagne car elle est subordonnée à la seule possession du diplôme universitaire officiel ainsi qu'à l'affiliation à l'ordre professionnel des ingénieurs. M. Cavallera va alors faire une utilisation astucieuse si ce n'est frauduleuse des règles communautaires. Une fois obtenu son diplôme en Italie, il a sollicité

en Espagne l'homologation de son titre d'études italien afin que ce dernier soit assimilé au titre universitaire espagnol correspondant. Cette homologation peut être faite en application des dispositions espagnoles de transposition de la directive de 1989. Une fois l'homologation obtenue, M. Cavallera a pu s'affilier à l'ordre professionnel espagnol des ingénieurs sans avoir ni suivi de formation ni passé les examens espagnols. Il n'a également jamais exercé son activité professionnelle en Espagne. En revanche, une fois son inscription à l'ordre espagnol acquise, il a demandé en Italie la reconnaissance de ses qualifications espagnoles afin de s'inscrire, en Italie, au tableau des ingénieurs, toujours sans avoir passé bien sûr l'examen italien, qui dans ce pays, permet cette inscription. Le ministère italien de l'éducation, compétent en ce domaine, a admis la demande de M. Cavallera. C'est alors le Conseil national des ingénieurs qui a attaqué la légalité du décret.

#### ► La définition d'un diplôme au sens de la directive 89/48

Pour la Cour, il convient d'analyser si « les dispositions de la directive 89/48 peuvent être invoquées, afin d'accéder à une profession réglementée dans un État membre d'accueil, par le titulaire d'un titre délivré par une autorité d'un autre État membre qui ne sanctionne aucune formation relevant du système éducatif de cet État membre et ne repose ni sur un examen ni sur une expérience professionnelle acquise dans cet État membre ». En d'autres termes, l'homologation espagnole peut-elle être assimilée à un diplôme au sens de la directive. En effet, l'homologation permet ici la reconnaissance du diplôme acquis en Italie dans le système espagnol, mais elle ne vient sanctionner aucune formation universitaire ni une expérience professionnelle.

La Cour rappelle qu'un diplôme au sens de la directive peut être constitué par un ensemble de titres, délivrés par une autorité compétence. Il ne peut y avoir de diplôme sans qu'il existe une acquisition de qualifications dans le cadre du système éducatif de l'État membre qui délivre ce titre. L'homologation espagnole ne peut être qualifiée de diplôme au sens de la directive car

elle ne porte témoignage d'aucune qualification supplémentaire. Le raisonnement de la Cour permet ainsi d'aboutir à un résultat acceptable. L'homologation espagnole peut permettre à un ressortissant communautaire de voir son diplôme, acquis dans un autre État membre, reconnu dans le système espagnol. En revanche, l'homologation qui ne sanctionne aucune qualification supplémentaire ne peut être assimilée à un diplôme, au sens de la directive, qui ouvrirait la voie à une reconnaissance d'une qualification qui ne pouvait pas être acquise autrement.

#### ► L'existence d'un abus ?

Si l'on peut comprendre le raisonnement de la Cour, on peut se demander, avec d'autres commentateurs de l'arrêt, s'il n'aurait pas été préférable de simplement reconnaître et sanctionner ici un abus de droit (*L. Driguez, « Reconnaissance des diplômes : réaction a minima contre une pratique abusive », Europe n° 3, Mars 2009, comm. 126 ; J. Cavallini, « Reconnaissance sur reconnaissance ne vaut », JCP Éd. S, 2009 1133*). C'était le sens des conclusions de l'avocat général, Miguel Poiares Maduro, qui recommandait d'admettre qu'une décision d'homologation peut constituer un diplôme au sens de la directive. Pour lui, la directive ne pouvait néanmoins être invoquée lorsque la demande de reconnaissance d'un diplôme est constitutive d'une pratique abusive. C'est d'ailleurs ce que semble indirectement admettre la Cour lorsqu'elle énonce : « accepter, dans de telles circonstances, que la directive 89/48 puisse être invoquée afin de bénéficier d'un accès à la profession réglementée en cause au principal en Italie aboutirait à permettre à une personne n'ayant obtenu qu'un titre délivré par cet État membre, qui, en soi, ne donne pas accès à ladite profession réglementée, d'accéder néanmoins à cette dernière, sans que le titre d'homologation obtenu en Espagne témoigne toutefois de l'acquisition d'une qualification supplémentaire ou d'une expérience professionnelle. Un tel résultat serait contraire au principe consacré par la directive 89/48 et énoncé au cinquième considérant de cette dernière, selon lequel les États membres conservent la faculté de fixer le niveau minimal de qualification nécessaire dans le ●●●

●●● *but de garantir la qualité des prestations fournies sur leur territoire.* » Ici, en effet, la demande d'homologation n'avait pas pour objectif de pouvoir exercer en Espagne, mais simplement d'éviter de passer l'examen d'État italien, qui aurait été singulièrement menacé si une telle pratique avait été admise. La reconnaissance d'une pratique abusive semblait effectivement le meilleur moyen de sanctionner de telles pratiques. Peut-être la Cour a-t-elle préféré ne pas avoir à définir ce qu'il convenait d'entendre par pratique abusive. Elle parvient ainsi à un même résultat en restant sur le terrain de la directive 89/48 par une définition, il est vrai pas vraiment convaincante de la notion de diplôme.

## 2 UNE PROTECTION DES DIPLÔMES NATIONAUX

► CJCE, 10 décembre 2009, aff. C-345/08, Pešla

Comme dans le précédent arrêt, le requérant dans l'arrêt Pešla développait une interprétation de la jurisprudence communautaire relative à la reconnaissance mutuelle des qualifications de nature à remettre en cause le niveau des connaissances requises par le droit interne.

### ► L'affaire

En Allemagne, l'exercice de toutes les professions juridiques réglementées nécessite la réussite du premier examen d'État à l'issue d'études de droit ainsi que du second examen juridique d'État à l'issue d'un stage préparatoire de deux ans. En vertu du droit allemand, si un ressortissant d'un autre État membre a acquis, dans celui-ci, un diplôme universitaire en droit lui permettant d'accéder, dans cet État membre, à une formation postuniversitaire d'avocat, il peut demander à ce que ses connaissances et capacités soient déclarées équivalentes à celles certifiées par la réussite du premier examen d'État dans les matières dites obligatoires. Cette possibilité a été introduite en Allemagne suite à un arrêt de la Cour européenne de 2003 (CJCE, 13 nov. 2003, aff. C-313/01, *Morgenbesser*). Cette déclaration d'équivalence prend en compte le diplôme universitaire et les

attestations produites, les résultats d'examens ou toute autre pièce attestant des capacités et d'une expérience pertinente. Si l'examen de ces documents ne fait pas apparaître une équivalence, un examen d'aptitude peut être effectué sur demande. Cet examen d'aptitude est un examen d'État qui doit être passé en langue allemande, qui vise les connaissances nécessaires en droit allemand et qui a pour but d'apprécier la capacité du candidat à effectuer avec succès le stage préparatoire juridique. Les matières examinées sont le droit civil, le droit pénal et le droit public, avec les droits procéduraux respectifs.

M. Pešla a terminé, au cours du mois de décembre 2003, ses études universitaires à la faculté de droit de Poznań en Pologne, en obtenant le diplôme de maîtrise. Il a également obtenu, en 2005, les titres de « *Master of German and Polish Law* » et de « *Bachelor of German and Polish Law* » à la Faculté de droit de l'Université de Francfort-sur-l'Oder. Le ministère de la justice du land de Mecklembourg-Poméranie-Occidentale a refusé l'admission de M. Pešla au stage préparatoire sans passer l'examen d'aptitude. Ce dernier engage alors un recours contre cette décision.

### ► L'obligation de prendre en compte les qualifications acquises dans un autre État

M. Pešla appuie sa demande sur la jurisprudence de la Cour de Justice. Comme le note la Cour, sa situation ne relève pas de la directive 98/5 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise. La directive s'applique, en effet, aux avocats qualifiés, ce qui n'est pas ici le cas, M. Pešla n'ayant pas obtenu la qualification professionnelle requise pour accéder à la profession d'avocat en Pologne.

Sa situation relève donc de l'article 39 et 43 CE. La Cour de Justice a admis, au nom d'une application effective des principes de libre circulation, que les États membres doivent prendre en considération les diplômes et autres titres acquis dans un autre État membre en

procédant à une comparaison entre les compétences attestées par ces diplômes et les connaissances et qualifications requises par les règles d'accueil (*CJCE, 7 mai 1991, C-340/89, Vlassopoulos*), et ce en dehors même des hypothèses couvertes par les directives. Pour la Cour, des règles nationales établissant des conditions de qualifications, même appliquées sans discrimination tenant à la nationalité, peuvent avoir pour effet d'entraver l'exercice desdites libertés fondamentales si les règles nationales en question font abstraction des connaissances et qualifications déjà acquises par l'intéressé dans un autre État membre. Les autorités d'un État membre sont tenues, lorsqu'elles examinent la demande d'un ressortissant d'un autre État membre tendant à obtenir l'accès à une période de formation pratique, en vue de l'exercice ultérieur d'une profession réglementée, de prendre en considération la qualification professionnelle de l'intéressé en procédant à une comparaison entre d'une part, la qualification attestée par ses diplômes, certificats et autres titres ainsi que par son expérience professionnelle pertinente et, d'autre part, la qualification professionnelle exigée par la législation nationale.

La Cour contrôle assez strictement la comparaison qui doit ainsi être effectuée. La procédure d'examen comparatif doit permettre aux autorités de l'État membre d'accueil de s'assurer objectivement que le diplôme étranger atteste, dans le chef de son titulaire, de connaissances et de qualifications sinon identiques du moins équivalentes à celles attestées par le diplôme national. Si la comparaison ne révèle qu'une correspondance partielle entre ces connaissances et qualifications, l'État membre d'accueil est en droit d'exiger que l'intéressé démontre qu'il a acquis les connaissances et les qualifications manquantes.

#### ► Il faut connaître le droit allemand pour pouvoir accéder au stage préparatoire aux professions juridiques en Allemagne

C'est en se fondant sur les principes définis par cette jurisprudence que M. Pešla conteste la décision qui le frappe. Il faudrait, en effet,

prendre en compte les connaissances acquises dans l'État d'origine et non dans l'État d'accueil. Il considère que si les connaissances et capacités en droit allemand étaient l'élément de référence aux fins de la comparaison à effectuer, un diplôme étranger ne pourrait en aucun cas satisfaire aux conditions exigées, étant donné que le droit allemand n'est généralement pas enseigné dans les autres États membres. Curieux raisonnement pour un juriste que de considérer ainsi que les connaissances du droit polonais devraient permettre d'accéder directement à un stage supposant acquis les connaissances du droit allemand. La juridiction de renvoi interrogeait donc la Cour afin de déterminer quelles étaient les connaissances à prendre comme élément de référence pour admettre ou non une équivalence.

La Cour ne pouvait admettre le raisonnement du requérant qui aurait pu aboutir, comme le constate la Cour, à ce qu'un candidat accède au stage préparatoire sans posséder les moindres connaissances tant du droit allemand que de la langue allemande. La Cour conclut donc que les connaissances à prendre comme élément de référence aux fins d'effectuer une appréciation de l'équivalence des formations sont celles attestées par la qualification exigée dans l'État membre d'accueil.

#### ► Le niveau des connaissances requis ne doit pas être diminué

La dernière question préjudicielle portait sur le niveau de connaissances requis. Ces connaissances ne doivent-elles pas être abaissées pour conférer un effet utile à l'article 39 CE (*art. 45 TFUE*) ? Exiger des connaissances identiques ne reviendrait-il pas à rendre pratiquement impossible la reconnaissance des connaissances acquises dans un État autre que l'État dans lequel cette équivalence est demandée ? C'est ce que soutenait ici encore M. Pešla, selon qui l'article 39 serait vidé de son sens si l'État membre d'accueil pouvait exiger du candidat le même niveau de connaissances de son droit national que celui attesté par la qualification professionnelle requise dans cet État pour l'accès aux professions juridiques. ●●●

●●● Pour la Cour, il faut effectivement concilier l'exigence des qualifications requises pour l'exercice d'une profession déterminée avec les impératifs de l'exercice effectif des libertés fondamentales garanties par les articles 39 CE et 43 CE. Le fait qu'un État membre d'accueil doit tenir compte des connaissances qui ne correspondent que partiellement à celles attestées par la qualification professionnelle exigée par la législation nationale de cet État membre contribue d'ores et

déjà à faciliter la libre circulation. Toutefois, l'article 39 CE (*art. 45 CE*) n'impose pas une diminution du niveau des connaissances du droit de l'État membre d'accueil. La Cour prend néanmoins la peine de rappeler que la possibilité d'une reconnaissance partielle des connaissances et des qualifications déjà acquises par le candidat ne doit pas être fictive. La Cour estime que tel ne semble pas être le cas en l'espèce même si l'appréciation finale de ce point doit revenir à la juridiction nationale. ■



## Semaine sociale Lamy

- Président directeur général  
de Wolters Kluwer France – Directeur  
de la publication  
Xavier Gandillot
- Directeur général  
du Pôle Entreprises  
Isabelle Bussel
- Rédactrice en chef  
Françoise Champeaux  
Case postale 704  
fchampeaux@wolters-kluwer.fr
- Secrétariat de rédaction unique/maquette  
Catherine Ducroux  
Case postale 704  
cducroux@wolters-kluwer.fr
- Internet  
www.wk-rh.fr  
www.2lreflex.fr
- Édité par :  
Wolters Kluwer France,  
Immeuble Le Corosa,  
1, rue Eugène  
et Armand Peugeot,  
92856 Rueil-Malmaison Cedex
- SAS au capital de 300 000 000 euros
- Associé unique :  
Holding Wolters Kluwer France
- CPPAP 0213 T 82710
- RCS Nanterre 480 081 306
- Siret 480 081 306 00023
- TVA FR 55 480 081 306
- APE 221 E
- N° Indigo 0 825 08 08 00
- Fax 01 76 73 48 09
- Abonnement annuel  
464,56 euros TTC
- Prix du numéro  
33,70 euros TTC
- Prix du supplément  
35,74 euros TTC
- Prix des reliures  
26,55 euros TTC
- Périodicité hebdomadaire
- Dépôt légal à parution
- ISSN 0223-4637
- Imprimerie Delcambre,  
BP 389, 91959 Courtabœuf cedex

Toute reproduction  
ou représentation intégrale  
ou partielle par quelque procédé  
que ce soit, des pages publiées  
dans la présente publication,  
faite sans autorisation de l'éditeur  
est illicite et constitue une contrefaçon.  
Les noms, prénoms et adresses  
de nos abonnés sont communiqués  
à nos services internes et organismes  
liés contractuellement avec  
la publication, sauf opposition motivée.  
Dans ce cas, la communication  
sera limitée au service abonnement.  
Conformément à la loi du 6 janvier 1978,  
ces informations peuvent donner lieu à  
l'existence d'un droit d'accès  
et de rectification auprès  
de Wolters Kluwer France –  
Direction commerciale.