

DROIT SOCIAL EUROPÉEN

Extraits de décisions sélectionnés et commentés par Michèle BONNECHÈRE,
Professeur à l'Université d'Evry - Val d'Essonne

CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (article 11) – Droit de grève – Droit indissociable de la liberté syndicale – Restrictions limitées par la convention.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (3^e section) 21 avril 2009

S. contre **Turquie** (req. n° 68959/01)

« En l'espèce, la Cour estime à l'aune de ces principes que le syndicat requérant a subi directement les effets de la circulaire litigieuse et qu'il peut en conséquence se prétendre victime d'une ingérence dans l'exercice de son droit à la liberté syndicale. En effet, la Cour observe que la circulaire n° 1996/21 interdisait aux fonctionnaires de participer à une journée nationale de grève organisée dans le cadre des actions programmées par la Fédération des syndicats du secteur public pour la reconnaissance du droit à une convention collective des fonctionnaires. Les personnes ayant participé à cette journée se sont vues infliger des sanctions disciplinaires (§ 9 ci-dessus). Or ce qu'exige la Convention, c'est que la législation permette aux syndicats, selon les modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres (*Schmidt et Dahlström c. Suède*, 6 février 1976, §§ 34 et 36, série A n° 21 ; *Syndicat national de la police belge c. Belgique*, 27 octobre 1975, § 39, série A n° 19 ; *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives c. Suède*, 6 février 1976, § 40, série A n° 20). La grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts (*Schmidt et Dahlström*, précité, § 36). La Cour note également que le droit de grève est reconnu par les organes de contrôle de l'Organisation internationale du travail (OIT) comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la Convention 87 de l'OIT sur la liberté

syndicale et la protection du droit syndical (pour la prise en compte par la Cour des éléments de droit international autres que la Convention, voir *Demir et Baykara*, précité). Elle rappelle que la Charte sociale européenne reconnaît aussi le droit de grève comme un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective. Partant, la Cour rejette l'exception du gouvernement. (...)

La Cour reconnaît que le droit de grève n'a pas de caractère absolu. Il peut être soumis à certaines conditions et faire l'objet de certaines restrictions. Ainsi, le principe de la liberté syndicale peut être compatible avec l'interdiction du droit de grève des fonctionnaires exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'Etat. Toutefois, si l'interdiction du droit de grève peut concerner certaines catégories de fonctionnaires (voir, *mutatis mutandis*, *Pellegrin c. France* [GC], n° 28541/95, §§ 64-67, CEDH 1999-VIII), elle ne peut pas s'étendre aux fonctionnaires en général, comme en l'espèce, ou aux travailleurs publics des entreprises commerciales ou industrielles de l'Etat. Ainsi, les restrictions légales au droit de grève devraient définir aussi clairement et étroitement que possible les catégories de fonctionnaires concernées. De l'avis de la Cour, en l'espèce, la circulaire litigieuse était rédigée en des termes généraux qui interdisaient de manière absolue à tous les fonctionnaires le droit de grève, sans procéder à une mise en balance des impératifs des fins énumérées au paragraphe 2 de l'article 11 de la Convention. »

Note : Réflexions sur le droit de grève en droit européen et international.

Cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, claire pour la première fois sur le droit de grève (I), illustre assez bien le conflit et la complémentarité des ordres juridiques en Europe et, au-delà, de l'OIT. C'est la raison pour laquelle, bien qu'il soit daté du 21 avril 2009, il trouve place dans cette chronique, qui voudrait souligner la montée en puissance très progressive de l'intercomplémentarité des normes relatives aux droits sociaux fondamentaux (II).

I. Le droit de grève est protégé par la Convention européenne des droits de l'Homme

Que nous dit la Cour de Strasbourg ? D'abord que la Convention européenne des droits de l'Homme (article 11) exige que les syndicats puissent lutter pour la défense des intérêts de leurs membres, et que la grève « constitue un aspect important » de cette défense. Ensuite que le droit de grève est reconnu comme le « corollaire indissociable du droit d'association syndicale » protégé par la Convention 87 de l'OIT sur la liberté syndicale, par les organes de contrôle de l'OIT.

Reconnaissance du droit de grève

La Cour estime que la Turquie a violé l'article 11 de la Convention, accueillant ainsi la requête de trois syndicalistes fonctionnaires qui s'étaient vu infliger des sanctions disciplinaires pour n'avoir pas respecté une circulaire leur interdisant la grève au nom de la continuité des services publics. La Cour EDH avait déjà en 2007 (arrêts *Karaçay c. Turquie* du 27 mars 2007, n° 6615/03, et *Satilmis c. Turquie* du 17 juillet 2007, n° 74611/01),

rattaché le droit de grève à l'article 11, mais tout en précisant que les Etats ont le choix des moyens juridiques à employer pour garantir la liberté syndicale. Le droit de grève était « reconnu sans l'être » (1). Cette fois-ci, convention 87 de l'OIT à l'appui, la Cour affirme que droit de grève et liberté syndicale vont de pair. Le droit de grève a bien fait son entrée dans le champ des droits protégés par la Convention EDH.

Comme on le sait, les droits reconnus par la Convention ne sont pas absolus (2). Indissociable de la liberté syndicale, le droit de grève peut donc être soumis à des « restrictions » prévues par la loi et constituant des « mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » (article 11).

Limitation des restrictions

On notera que « la protection des droits et libertés d'autrui » pourrait donner lieu à diverses interprétations. L'on songe aux libertés économiques dont pourrait se prévaloir un employeur. Mais il faut souligner la méthode des juges de Strasbourg : la convention 87 de l'OIT étant silencieuse (autant que l'article 11 CEDH) sur la grève, c'est à l'interprétation de « l'organe de contrôle de l'OIT » que l'arrêt fait référence. Or il est clair que la Commission d'experts chargée de se prononcer sur l'application des conventions et recommandations de l'OIT n'a jamais inclus parmi les restrictions « admissibles » au droit de grève (un service minimum sous certaines conditions) les libertés économiques, et son rapport 2010 indique que sa position est inchangée après les arrêts *Laval* et *Viking* rendus par la CJCE dans l'ordre juridique de l'Union Européenne. Sans qu'elle le dise expressément, la Cour de Strasbourg se range, compte tenu de sa démarche, sur cette position de l'OIT, et il faut tenter d'évaluer la portée d'une telle jurisprudence.

Positions respectives des Cours européennes

Les nombreux commentaires des arrêts *Viking* et *Laval* (3) de la Cour de Justice de Luxembourg ont mis en évidence qu'après avoir reconnu le droit d'action collective en anticipant sur le traité de Lisbonne (4), et rattaché en particulier le droit de grève, comme « droit fondamental », aux principes généraux du droit communautaire, la Cour de Justice de l'Union a considéré qu'il n'échappait pas à une nécessité de « conciliation » (5) avec les « libertés fondamentales » que sont la liberté d'établissement ou de prestation de services, cette conciliation faisant intervenir le principe de proportionnalité.

La CJUE avait fait échapper les conventions collectives au droit de la concurrence, jugeant inhérent à la négociation collective de restreindre la concurrence (6). Considérant par contre qu'il n'est pas inhérent à la liberté syndicale et à la grève de restreindre les libertés économiques de circulation, elle a raisonné différemment pour l'action collective, jugeant qu'elle n'était pas en dehors du champ d'application desdites libertés. Comme le relève P. Rodière, la ligne de partage se situe entre droit de la concurrence et libertés de circulation (7).

En faisant référence à la position des organes de contrôle de l'OIT, et aux seules exigences de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour EDH quant à elle n'est pas concernée par la question de la conciliation du droit de grève avec les libertés économiques de circulation.

II. Le droit de grève, droit fondamental, est protégé par l'intercomplémentarité des sources

L'idée d'une interdépendance des normes relatives aux droits sociaux fondamentaux s'impose progressivement, la jurisprudence ayant précédé ici la doctrine.

Une pratique s'est instaurée de la part des instances européennes de contrôle de prendre en compte des règles découlant d'un instrument de protection des droits fondamentaux autre que celui dont elles assurent la mise en oeuvre.

(1) V. M. Bonnechère, « La production des Cours européennes en droit social, éléments de réflexion », Dr. Ouv. 2008.552.

(2) Sont absolues par contre les interdictions de la torture, des traitements inhumains et dégradants, de l'esclavage et du travail forcé, énoncées aux articles 3 et 4.

(3) CJCE 11 décembre 2007, *Viking line (International Transport Workers' Union)*, aff. C-483/05 ; CJCE 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05.

(4) Entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, le traité (traité sur l'Union européenne, version consolidée, article 6) rattache la Charte des droits fondamentaux au droit primaire de l'Union, et l'on sait que la Charte (article 28) reconnaît le droit de grève.

(5) Conciliation s'imposant selon la CJCE à tous les droits de l'Homme : « Comme la Cour l'a jugé dans les arrêts...

Schmidberger et Omega, l'exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d'expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité. Cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et être conforme au principe de proportionnalité » (arrêt Viking précité §46 ; arrêt Laval §94).

(6) CJCE 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C67/96, et *Brentjens*, aff. C-115 à 117/97, Dr. Ouv. 2000.137 ; C. Vigneau, « De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de la concurrence », JCP ed. E, 2001.1032.

(7) P. Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, LGDJ 2008, n° 447-2.

Ainsi la Cour européenne des droits de l'Homme, pour traiter de la liberté syndicale, avait-elle cité l'interprétation des articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne par le Comité d'experts indépendants (aujourd'hui « Comité européen des droits sociaux ») chargé de vérifier la bonne application de ladite Charte. Ceci pouvait concerner, il est vrai, la dimension négative de la liberté syndicale (droit de ne pas adhérer... CEDH, 30 juin 1993 *Sigurður Sigurjónsson c. Islande*). La réciproque était vraie.

De son côté la CJCE a clairement situé sa propre interprétation dans le prolongement de celle de la Cour de Strasbourg dans son arrêt *Schmidberger* du 12 juin 2003 (8), où elle a inauguré sa conception de la conciliation entre un droit de l'Homme (en l'occurrence, liberté d'expression) et les libertés économiques de circulation.

La référence de la Cour EDH à la position des « organes de contrôle de l'OIT » sur le rattachement du droit de grève à la liberté syndicale, ainsi qu'à la reconnaissance du droit de grève par la Charte sociale européenne, poursuit cette approche. L'arrêt *Demir et Baykara* de la Grande Chambre avait déjà admis avec éclat cette interaction normative, aboutissant à une lecture de l'article 11 CEDH à la lumière des conventions de l'OIT, des chartes européennes, ainsi que des pactes des Nations-Unies (9).

En doctrine, peu d'auteurs ont d'abord souligné l'importance du mouvement. Tandis que F. Sudre étudiait « la perméabilité de la Convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux » (10), J.F. Flauss parlait d'interprétation intertextuelle (11). Il y a quelques années, parler de « droit commun » en matière de droits sociaux fondamentaux était encore aventuriste... (12), malgré la clairvoyance de pionniers comme F. Rigaux (13). Les rapports entre l'ordre juridique communautaire et les normes de l'OIT, objet d'un avis de la CJCE émis en 1993, n'ont suscité que deux commentaires, dont l'un au *Droit Ouvrier* (14).

Il n'y a pas d'autre voie pourtant que celle de l'intercomplémentarité des normes relatives aux droits fondamentaux. Le fait que la Cour de Strasbourg situe son interprétation de la liberté syndicale et du droit de grève dans le prolongement de celle que donne l'OIT de la convention n° 87 et de la Charte sociale européenne doit être évidemment rapproché de la même référence par la CJCE à la Charte sociale européenne (« d'ailleurs expressément mentionnée à l'article 136 CE » relève-t-elle) du Conseil de l'Europe, puis à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux et, enfin, à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 à Nice, dans ses décisions *Viking* et *Laval* (9). Certes ces visas, sur le fondement desquels le droit de grève est rattaché aux principes généraux du droit communautaire, n'ont pas empêché la Cour de Justice d'affirmer, par référence au traité CE, la nécessaire confrontation des droits d'action collective (comme de tous les droits fondamentaux, sociaux ou « civils et politiques ») avec les libertés économiques de circulation et d'avoir recours au principe de proportionnalité. Mais depuis lors, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (1^{er} décembre 2009) pourrait avoir changé la donne.

Dans son article 6, le traité sur l'Union européenne donne à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « la même valeur juridique que les traités ». S'agissant de la reconnaissance du droit de grève, cette évolution, pour importante qu'elle soit par ailleurs, n'est pas l'élément majeur : les principes généraux du droit communautaire avaient déjà cette valeur. Par contre, le même article 6 du traité précise que l'Union adhère à la Convention européenne des droits de l'Homme, et cela emportera des conséquences.

De manière formelle, en effet, la Cour de Justice sera désormais (14 bis) tenue de se conformer à l'interprétation donnée de la Convention EDH par la Cour de Strasbourg. S'agissant de la liberté syndicale (article 11) et de sa portée en ce qui concerne les droits d'action collective, l'arrêt ci-dessus prend toute son importance.

(8) CJCE 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, Dr. Ouv. 2004 p. 393 (les chroniques de droit social européen du Droit Ouvrier sont disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>).

(9) Cour EDH, Grande chambre, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, Dr. Ouv. 2009.352, note M. Bonnechère.

(10) F. Sudre « La perméabilité de la convention européenne des droits de l'Homme aux droits sociaux », RTDE 2001, p. 467. Consulter également sur le site de l'AFDT la conférence (21 mars 2008) de J.P. Marguénaud et J. Mouly, « La convention européenne des droits de l'Homme et le droit du travail ».

(11) J.F. Flauss, « Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux », Les petites affiches, 2001 n° 148, p. 9 ; voir aussi D. Simon, « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH, "je t'aime, moi non plus ?" », Pouvoirs, 2001, n° 96, p.31-49.

(12) M. Bonnechère, « Droits fondamentaux vers un droit commun pour l'Europe », SSL 2004, n° 1187 et 1188 ; « Droit

international du travail, droit social européen : réflexion sur quelques enjeux actuels », Dr. Ouv. 1989 p. 249 (n° spécial « Le droit international du travail »).

(13) F. Rigaux, conclusions de la journée d'étude du 15 décembre 2000 sur *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, dir. J.Y. Carlier et O. de Schutter, Bruylant 2001 : « le droit ne sera réalisé que par la concertation d'acteurs multiples appartenant à des ordres juridiques différents ».

(14) Avis CJCE 2/91 du 19 mars 1993 sur les compétences. Chron. D. Marchand, « Rivalités entre normes européennes et normes internationales du travail », Dr. soc. 1993.702 ; Commentaire M. Bonnechère, « Ratification des conventions de l'OIT et droit communautaire », Dr. Ouv. 1993.275. Pour ce que l'on peut en dégager aujourd'hui, v. P. Rodière, *op. cit.* n° 40.

(14 bis) Le principe de l'adhésion à la CEDH est acquis, même si est nécessaire la négociation d'un traité devant en préciser le champ d'application (quels protocoles ?) et divers aspects institutionnels. Des conséquences doivent d'ores et déjà en être tirées.

Il faut le dire avec force : c'est dans l'intercomplémentarité des normes européennes et universelles que s'affirmeront les droits sociaux fondamentaux et que s'infléchira nécessairement la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, un renversement hiérarchique devant progressivement se réaliser, et cette perspective est autrement plus solide que celle de l'hypothétique adoption d'un protocole social additionnel aux traités (15).

Fustiger l'Europe des marchands est vain si l'on ne voit pas qu'elle ne saurait échapper à l'Europe des droits de l'Homme, du moins si les énergies se mobilisent en ce sens.

(15) La Confédération européenne des syndicats réclame un tel protocole, mais le patronat européen notamment n'en veut pas. cf. le document du 19 mars 2010, « Report on joint work of the

European social partners on the ECJ rulings in the Viking, Laval, Ruffert and Luxembourg cases » (CES, Business Europe, UEAPME, CEEP).

PROTECTION DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL CONTRE LE LICENCIEMENT – Directive 2002/14 du 11 mars 2002 sur l'information et la consultation des travailleurs – Transposition possible par accords collectifs d'application générale – Seuil minimal de protection.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 11 février 2010

H. (aff. C-405/08)

1) La directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une transposition de cette directive par la voie conventionnelle qui a pour effet qu'une catégorie de travailleurs est couverte par la convention collective en cause, alors même que les travailleurs relevant de cette catégorie ne sont pas membres de l'organisation syndicale signataire de cette convention et que leur secteur d'activité n'est pas représenté par ladite organisation, pour autant que la

convention collective est de nature à garantir aux travailleurs relevant de son champ d'application une protection effective des droits que leur confère cette même directive.

2) L'article 7 de la directive 2002/14 doit être interprété en ce sens qu'il n'exige pas qu'une protection renforcée contre le licenciement soit accordée aux représentants des travailleurs. Toutefois, toute mesure prise pour transposer cette directive, qu'elle soit prévue par une loi ou par une convention collective, doit respecter le seuil minimal de protection prévu audit article 7.

Note.

Selon l'article 7 de la directive 2002/14 du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, « *les Etats veillent à ce que les représentants des travailleurs jouissent, dans l'exercice de leur fonctions, d'une protection et de garanties suffisantes leur permettant de réaliser d'une façon adéquate les tâches qui leur ont été confiées* » (directive reproduite au Dr. Ouv. 2002 p. 492). Le litige ayant donné lieu à la question préjudicielle concernait le Danemark. M. H., ingénieur de la société BMW et élu au conseil d'entreprise, avait été licencié dans le cadre d'une compression d'effectifs. Contestant le motif du licenciement, il se prévalait de la directive, estimant qu'elle lui permettait, en tant qu'élu des travailleurs de son entreprise, d'exiger « *une protection renforcée* » contre le licenciement. En fait l'espèce concernait un conflit entre la loi danoise de transposition de la directive, prévoyant le contrôle par le juge de l'existence d'un motif impérieux de licenciement du délégué, et l'accord collectif ayant institué le conseil d'entreprise, réservé par la loi elle-même, et moins exigeant (préavis plus long, mais simple contrôle de l'abus de droit)

Après avoir répondu à la juridiction danoise, qui l'interrogeait sur la portée d'une transposition de la directive par voie d'accords collectifs, que celle-ci est possible sous réserve que l'accord, d'application générale, assure la garantie de l'article 7, celle-ci devant résulter subsidiairement de la loi nationale, la CJUE est amenée à préciser ce que signifie la protection de l'article 7.

Selon elle, une « *protection renforcée* » (laquelle n'est pas définie) n'est pas exigée par la directive. Mais celle-ci impose un seuil minimal de protection. Et la Cour renvoie au juge danois le soin de vérifier si celui-ci est atteint et si la protection de l'accord est équivalente à celle de la loi...

L'arrêt apporte au moins quelques précisions sur ce minimum. « *Un représentant des travailleurs faisant l'objet d'une décision de licenciement doit... être en mesure de vérifier, dans le cadre de procédures administratives ou juridictionnelles appropriées, que cette décision n'est pas motivée par sa qualité ou l'exercice de ses fonctions... (et) les sanctions adéquates doivent être applicables dans l'occurrence où il s'avérerait qu'il existe une relation entre lesdites qualité ou fonctions et la mesure de licenciement...* ».

PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION DANS L'EMPLOI À RAISON DE L'ÂGE

(deux espèces) – Justification d'un âge maximum par une exigence professionnelle essentielle et déterminante (première espèce) – Non-prise en compte des périodes de travail accomplies avant l'âge de 25 ans pour le calcul du délai de préavis – Disposition contraire au principe de non-discrimination en fonction de l'âge concrétisé par la directive 2000/78, devant rester inappliquée (deuxième espèce).

Première espèce :

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 12 janvier 2010, **W.** (aff. C-229/08)

« ...il convient de relever que, selon les termes mêmes de l'article 4, paragraphe 1, de la directive, *«une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1^{er} [de cette directive] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée»*. Il en ressort que c'est non pas le motif sur lequel est fondée la différence de traitement, mais une caractéristique liée à ce motif qui doit constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

36. Afin de rechercher si la différence de traitement fondée sur l'âge contenue dans la réglementation nationale en cause

au principal est justifiée, il y a lieu de vérifier si l'aptitude physique est une caractéristique liée à l'âge et si elle constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour l'activité professionnelle en cause ou pour son exercice, pour autant que l'objectif poursuivi par cette réglementation est légitime et que cette exigence est proportionnée. (...)

L'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui fixe à 30 ans l'âge maximal pour le recrutement dans le cadre d'emplois du service technique intermédiaire des pompiers. »

Deuxième espèce :

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 19 janvier 2010, **K.** (aff. C-555/07)

« 1) Le droit de l'Union, et plus particulièrement le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit que les périodes de travail accomplies par le salarié avant qu'il ait atteint l'âge de 25 ans ne sont pas prises en compte pour le calcul du délai de préavis de licenciement.

2) Il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige entre particuliers, d'assurer le respect du principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, en laissant au besoin inappliquée toute disposition contraire de la réglementation nationale, indépendamment de l'exercice de la faculté dont elle dispose, dans les cas visés à l'article 267, deuxième alinéa, TFUE, d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne à titre préjudiciel sur l'interprétation de ce principe. »

Note.

Les deux arrêts cités sont intéressants d'abord en ce qu'ils confirment que la non-discrimination à raison de l'âge est considérée par la Cour de Justice comme un principe général du droit de l'Union. Pour la CJUE, la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 (cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail) ne consacre pas elle-même ce principe, qui relève du droit primaire de l'Union, elle le concrétise. Ce qui était amorcé par l'arrêt *Sudre* (CJCE 2 novembre 2005, aff. C-144/04). Dans la mesure où la directive appréhende notamment les conditions de licenciement, il ne fait aucun doute qu'une législation comme le Code civil allemand, qui exclut la prise en compte des périodes d'emploi des jeunes travailleurs avant 25 ans pour le calcul d'un droit défavorise ceux-ci directement. L'intérêt de la deuxième espèce était de concerner une législation fondée sur une vision de la « flexicurité » censée protéger l'ancienneté des travailleurs en réduisant les droits des jeunes, peut-être en prétendant favoriser l'embauche de ceux-ci. L'on relève que la Cour de Justice, malgré la grande souplesse de la directive 2000/78 en matière de dérogations au principe (fondées sur des objectifs légitimes tirés des politiques nationales de l'emploi) ne juge ni approprié ni nécessaire au sens de la directive ce type de mesure. A noter toutefois, en lisant l'arrêt 555/07, que la Cour se situe sur le terrain de la proportionnalité beaucoup plus que sur celui de l'absence d'objectif légitime.

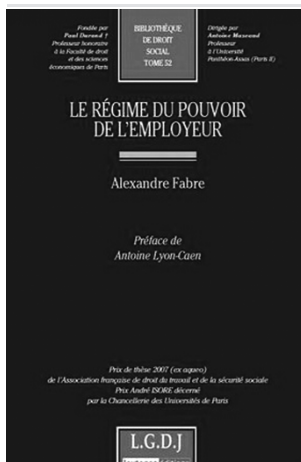
Le troisième apport de ces arrêts résulte de l'interprétation donnée dans la première espèce des « exigences professionnelles déterminantes » qui peuvent, selon l'article 6 §1 de la directive 2000/78, fonder une différence de traitement en fonction de l'âge. C'est en effet en choisissant ce terrain-là que la CJUE se prononce sur l'instauration

en Allemagne (Land de Hesse) d'un âge limite de recrutement (30 ans) dans le service technique intermédiaire des pompiers. Elle ne s'estime pas tenue par le cadre de la question des juges allemands, qui visaient plutôt la structure des âges dans la profession et l'exigence d'une période minimale d'activité avant la retraite. La Cour précise que l'exigence professionnelle essentielle et déterminante visée par la directive ne correspond pas au motif de la différence de traitement, mais à une caractéristique liée à ce motif. Il faut donc chercher les caractéristiques associées à cette limite d'âge. C'est l'aptitude physique surtout : et cette caractéristique est bien pour les pompiers une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Reste ensuite à vérifier l'existence d'un objectif légitime dans la législation en cause et le respect dans l'exigence légale du principe de proportionnalité.

Enfin, un quatrième apport se dégage des arrêts cités en matière d'invocabilité des directives. La position de la Cour de Justice est connue : « *Les dispositions d'une directive non transposée ou mal transposée, fussent-elles claires, précises, inconditionnelles, ne sauraient être invocables que dans un litige vertical contre l'Etat ou ses démembrements, mais pas dans un litige entre particuliers* » (1). Cette jurisprudence, qui écarte l'invocabilité horizontale des directives, parce qu'elles sont différentes des règlements, est en partie corrigée par l'obligation d'interprétation conforme du droit national à la lumière du droit communautaire, fondée sur la primauté de celui-ci. Mais si la norme nationale est clairement incompatible avec les dispositions d'une directive, cette obligation n'est d'aucun secours pour le justiciable. Pour cette raison, dans l'affaire *K.* (C-555/07), l'avocat général Yves Blot avait tenté de faire accepter à la CJUE une distinction entre l'effet direct de substitution (demeurant impossible dans un litige horizontal) et l'invocabilité d'exclusion, conduisant le juge national à écarter les dispositions de son droit national incompatibles avec une directive. La Cour de Justice n'est pas allée jusque-là, mais on note qu'elle a admis l'invocabilité d'exclusion non pour la directive 2000/78, mais pour le principe général d'interdiction des discriminations selon l'âge, « concrétisé » dans la directive.

Michèle Bonnechère

(1) A lire : D. Simon « L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou inflexion ? » Europe, mars 2010, n° 3, p. 4 à 7.



Le régime du pouvoir de l'employeur

par Alexandre FABRE

Le pouvoir de l'employeur est une figure centrale du rapport de travail, qui a toujours fasciné la doctrine. D'où vient ce pouvoir qui structure le travail-salarié ? Du contrat qui le génère, du droit de propriété qui le fonde, de la loi qui l'encadre, de la jurisprudence qui le découvre ? Et si cette question n'était finalement plus d'actualité. Maintenant que le pouvoir de l'employeur n'est plus contesté dans son existence même, l'heure n'est-elle pas à la compréhension des règles qui le prennent pour objet ? C'est précisément à cette question que la présente étude s'est efforcée de répondre en examinant comment le droit du travail crée, façonne, limite, en un mot, régit le pouvoir de l'employeur.

Il en ressort principalement que ces règles, loin de former un ensemble unique, se divisent en deux grandes catégories selon qu'elles portent sur le pouvoir général de l'employeur ou sur les pouvoirs spécifiques que ce dernier se voit attribuer par le contrat ou l'accord collectif de travail.

Le pouvoir général fait l'objet d'un régime pluriel, aussi varié que les actions unilatérales de l'employeur sont nombreuses : licenciement, sanction disciplinaire, changement des conditions de travail, décision de gestion, discrimination, différence de traitement, etc. Malgré sa grande diversité, ce régime a pour trait essentiel de rationaliser le pouvoir de l'employeur, en lui assignant des finalités légitimes et en appréciant son caractère adéquat.

Les pouvoirs spécifiques que l'employeur tient du contrat ou de l'accord collectif font généralement l'objet d'une analyse ambivalente, partagée entre la tentation d'y voir de simples déclinaisons du pouvoir général et celle de les considérer comme une stricte application de la volonté des parties. Et si le régime de ces pouvoirs résidait plutôt dans la combinaison de ces deux logiques ? Puisqu'il s'agit d'une forme hybride de négocié et d'unilatéral, ne conviendrait-il pas, en effet, que ce soit l'accord de volontés des parties qui fixe les conditions dans lesquelles l'employeur se voit attribuer, donc peut exercer, ces pouvoirs ?

Prix de thèse 2007 (ex aequo) de l'Association française de droit du travail et de la sécurité sociale - Prix André Isoré décerné par la Chancellerie des Universités de Paris

L.G.D.J. Bibl. de droit social t. 52
ISBN : 978-2-275-03573-4
432 pages - 2010 - 38 euros