

# DROIT SOCIAL EUROPÉEN

*Extraits de décisions sélectionnées et commentées*

par **Valérie LACOSTE-MARY**,

*Maître de Conférences, Université Montesquieu-Bordeaux IV,*

*Directrice de l'Institut du travail de Bordeaux, COMPTRASEC UMR CNRS 5114*

## **CONTRAT DE TRAVAIL – Contrat à durée déterminée (Directive 99/70 et accord cadre du 18 mars 1999) – Transformation en CDI – Secteur public (loi n° 2005-843) – Condition – Reprise à l'identique des clauses principales figurant dans le contrat précédent – Limites.**

CJUE 8 mars 2012, aff. C-251/11,

**Huet contre Université de Bretagne Occidentale**

33 ...il y a lieu de considérer que la juridiction de renvoi cherche, en substance, à savoir si [la clause 5 de l'accord-cadre] doit être interprétée en ce sens qu'un État membre, qui prévoit dans sa réglementation nationale la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée lorsque les contrats de travail à durée déterminée ont atteint une certaine durée, est tenu d'imposer, dans le contrat de travail à durée indéterminée, la reprise à l'identique des clauses principales figurant dans le contrat précédent.

34 Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, la clause 5, point 1, de l'accord-cadre a pour objet de mettre en œuvre l'un des objectifs poursuivis par l'accord-cadre, à savoir encadrer le recours successif aux contrats ou aux relations de travail à durée déterminée, considéré comme une source potentielle d'abus au détriment des travailleurs, en prévoyant un certain nombre de dispositions protectrices minimales destinées à éviter la précarisation de la situation des salariés (voir arrêts du 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, C212/04, Rec. p. I6057, point 63 ; *Angelidaki e.a.*, précité, point 73, ainsi que du 26 janvier 2012, *Küçük*, C586/10, non encore publié au Recueil, point 25).

35 Il résulte du deuxième alinéa du préambule de l'accord-cadre, des points 6 et 8 des considérations générales dudit accord-cadre et de la jurisprudence de la Cour que le bénéfice de la stabilité de l'emploi est conçu comme un élément majeur de la protection des travailleurs, alors que ce n'est que dans certaines circonstances que des contrats de travail à durée déterminée sont susceptibles de répondre aux besoins tant des employeurs que des travailleurs (arrêts précités *Mangold*, point 64, ainsi que *Adeneler e.a.*, point 62).

36 Dès lors, la clause 5, point 1, de l'accord-cadre impose aux États membres, en vue de prévenir l'utilisation abusive de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs, l'adoption effective et contraignante de l'une au moins des mesures qu'elle énumère, lorsque leur droit interne ne comporte pas de mesures légales équivalentes. Les mesures ainsi énumérées au point 1, sous a) à c), de ladite clause, au nombre de trois, ont trait, respectivement, à des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail, à la durée maximale totale de ces contrats ou relations de travail successifs, et au nombre de renouvellements de ceux-ci (voir arrêt *Angelidaki e.a.*, précité, points 74 et 151, ainsi que ordonnance du 1<sup>er</sup> octobre 2010, *Affatato*, C3/10, points 43 et 44 et jurisprudence citée). (...)

38 Cela étant, la Cour a également relevé, à maintes reprises, que l'accord-cadre n'édicte pas une obligation générale des États membres de prévoir la transformation en un contrat à durée indéterminée des contrats de travail à durée déterminée (voir, notamment, arrêt *Adeneler e.a.*, précité, point 91). (...)

42 En prescrivant l'adoption effective et contraignante de l'une au moins des mesures qu'elle énumère, et qui visent à prévenir l'utilisation abusive de contrats à durée limitée successifs, dès lors que le droit national ne comporte pas déjà des mesures équivalentes, la clause 5, point 1, de l'accord-cadre assigne aux États membres un objectif général, consistant en la prévention de tels abus, tout en leur laissant le choix des moyens pour y parvenir (arrêt *Impact*, précité, point 70).

43 Certes, la marge d'appréciation laissée aux États membres par l'accord-cadre n'est pas sans limites, puisqu'elle ne saurait, en aucun cas, aller jusqu'à remettre en cause l'objectif ou l'effet utile de l'accord-cadre (arrêts précités *Adeneler e.a.*, point 82, ainsi que *Angelidaki e.a.*, point 155).

44 Ainsi que le gouvernement français l'a fait valoir à ce propos, si un État membre permettait que la transformation d'un contrat de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée s'accompagne de modifications substantielles des clauses principales du contrat précédent, dans un sens globalement défavorable à l'agent contractuel lorsque l'objet de la mission de celui-ci et la nature de ses fonctions demeurent les mêmes, il ne saurait être exclu que ce dernier pourrait être dissuadé de conclure le nouveau contrat qui lui est proposé, perdant ainsi le bénéfice de la stabilité de l'emploi conçu comme un élément majeur de la protection des travailleurs.

45 Il appartient, toutefois, aux autorités compétentes de vérifier, conformément à la législation, aux conventions collectives et/ou aux pratiques nationales, si les modifications apportées aux clauses principales du contrat de travail en cause au principal peuvent être qualifiées de modifications substantielles de celles-ci.

(...)

Par ces motifs, la Cour (sixième chambre) dit pour droit :

**La clause 5 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999, qui figure en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, doit être interprétée en ce sens qu'un État membre, qui prévoit dans sa réglementation nationale la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée lorsque les contrats de travail à durée déterminée ont atteint une certaine durée, n'est pas tenu d'imposer, dans le contrat de travail à durée indéterminée, la reprise à l'identique des clauses principales figurant dans le contrat précédent. Toutefois, afin de ne pas porter atteinte aux objectifs poursuivis par la directive 1999/70 et à son effet utile, cet État membre doit veiller à ce que la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée ne s'accompagne pas de modifications substantielles des clauses du contrat précédent dans un sens globalement défavorable à la personne intéressée lorsque l'objet de la mission de celui-ci et la nature de ses fonctions demeurent les mêmes.**

(M. Löhmus, prés. - Mme Kokott, av. gén.)

## NOTE.

### **Du bon usage des CDD, rappel en demi-teinte de quelques principes de stabilité de l'emploi.**

La décision rendue par la sixième Chambre de la Cour de Justice le 8 mars 2012, intéresse directement le droit français du secteur public, singulièrement la conformité de la loi n°2005-843 du 26 juillet 2005 (1) à la directive 99/70 (2) concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.

Certaines dispositions de la loi française visent en effet à cristalliser les emplois dans la fonction publique en vue, notamment, de lutter contre la précarité dans ce secteur. Il est ainsi prévu qu'un agent reconduit par CDD depuis six ans sur le même poste de travail de manière continue doit bénéficier, en cas de poursuite de relations contractuelles, d'un contrat à durée indéterminée (3). L'interrogation que suscite le texte concerne en réalité les conditions du passage du CDD au CDI au regard de la directive.

En l'espèce, Huet a bénéficié pendant 6 années consécutives d'un poste de chercheur sous

contrat à durée déterminée au sein de l'Université de Bretagne-Ouest (UBO). L'UBO lui propose, le 26 mars 2008, un CDI, conformément à la loi, mais avec une qualification moindre et la baisse de rémunération y afférente. L'agent proteste et conteste ces nouvelles modalités contractuelles, dans la mesure, et ce n'est pas démenti, où les tâches qu'il effectue sont identiques. Ce point est d'ailleurs le fondement de son argumentation, qui le conduit à réclamer la reconduction de son statut de chercheur et le rétablissement de sa rémunération. L'UBO rejette implicitement la demande. Le Tribunal administratif de Rennes est saisi aux fins d'obtenir l'annulation de la décision implicite de rejet par un recours pour excès de pouvoir.

Le tribunal de Rennes décide de poser à la Cour de justice une question préjudicielle sur la conformité de la loi française à la directive 99/70 mettant en œuvre l'accord-cadre qui figure en annexe de celle-ci. La question n'ayant pas été suffisamment précise, la CJUE la reformula en recherchant, au vu des éléments fournis par la juridiction administrative, les éléments de la directive qui étaient en cause (4)

(1) Loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005, portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique, JORF, 27 juillet 2005, p. 12183.

(2) Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée ; sur les recours relatifs à l'application de cette directive : CJUE 8 septembre 2011, aff. C-177/10, *Rosado Santana* ; CJUE 10 mars 2011, aff. C-109/09 *Deutsche Lufthansa*, note S. Laulom, « La protection des salariés en CDD », *Semaine Sociale Lamy*, 26 mars 2012, p. 28 ; S. Robin-Olivier, RTDE 1/04/2012, pp. 476-497 ; L. Driguez, *Rev. Europ.* 01/11/2011, pp. 39-40.

(3) Articles 12 et 13 du Chapitre III concernant la lutte contre la précarité ; Article 12, 2° : Sont ajoutés deux alinéas ainsi rédigés : « Si, à l'issue de la période maximale de six ans mentionnée à l'alinéa précédent, ces contrats sont reconduits, ils ne peuvent l'être que par décision expresse et pour une durée indéterminée. » ; Article 13, II al. 2 : « Lorsque, à la date de publication de la présente loi, l'agent est en fonction depuis six ans au moins, de manière continue, son contrat ne peut, à son terme, être reconduit que par décision expresse et pour une durée indéterminée ».

(4) La position de la jurisprudence communautaire est ainsi de ne pas repousser les questions qui lui sont posées. Cette accessibilité est à noter. Voir : CJUE, 10 février 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel et Österreichische Salinen*, C-436/08 et C-437-08.

(point 27). En substance, la CJUE répond à la question de savoir si, lors de la transformation du CDD en CDI, la réglementation interne doit prévoir que les clauses principales du contrat soient reprises à l'identique. Au fond, cette exigence imposée par l'article 13 §1 de la loi n°2005-843 constitue-elle une mesure préventive d'abus au sens de la clause 5 de l'accord CES, UNICE et CEEP visant à prévenir l'utilisation abusive des CDD (5) ?

La Cour répond en deux temps. Elle s'appuie, d'une part, sur une lecture littérale de la directive 99/70. Elle constate, en effet, que ni l'accord-cadre, ni la directive qui le met en œuvre n'obligent les droits des États membres à envisager la transformation d'un CDD en CDI comme mesure de stabilisation de l'emploi. Elle en déduit, par conséquent, que la reconduction à l'identique des termes du CDD dans le CDI qui lui succède ne peut être une obligation tirée de la directive. L'employeur, ici l'Université, est donc théoriquement fondé à proposer un passage du CDD en CDI dans des termes différents du contrat de travail initial.

Dans un second temps, elle poursuit, toutefois, par une lecture finalisée du texte communautaire, de façon plus volontariste. En se fondant sur l'*effet utile* de la directive, la Cour estime, en effet, que les législations internes doivent veiller à ce que la transformation des CDD en CDI ne s'accompagne pas de modifications substantielles des clauses dans un sens défavorable au travailleur quand l'objet de sa mission et la nature de ses fonctions demeurent les mêmes (point 46, repris dans le « dit pour droit »). La CJUE, par une interprétation téléologique du texte communautaire, construit une jurisprudence fondée sur sa finalité (6).

Au fond, dans la solution préconisée par la Cour, la transposition de la directive ne contraint pas à une reprise à l'identique des *clauses principales figurant*

*dans le contrat précédent* en cas de transformation des CDD en CDI. En revanche, sans l'imposer pour autant, il faut *veiller à ce que la transformation des CDD en CDI ne s'accompagne pas de modifications substantielles des clauses du contrat précédent dans un sens défavorable au salarié* dans la mesure où les fonctions demeurent les mêmes.

Il semble que la Cour fasse une distinction subtile entre les clauses principales et les modifications substantielles du contrat de travail. Ainsi, il est possible de proposer un CDI ne reprenant pas les clauses principales des CDD qui l'ont précédé, sans que cela constitue une *modification substantielle* du contrat. En revanche, dès que le travailleur est reconduit dans des fonctions identiques, il convient de veiller au maintien des clauses substantielles (7).

Il faut saluer la position délicate de la CJUE, qui doit protéger les intérêts des salariés contre la précarisation en utilisant un texte dont beaucoup s'accordent à dire qu'il est flou (8) et peu contraignant. Dépasant la lettre du texte, invoquant l'article 5 de la clause de l'accord, alors même qu'il n'a pas d'effet direct, la Cour de Justice convoque l'ensemble des moyens techniques à sa disposition afin de conférer un intérêt pratique à ce texte. Une lecture littérale de la directive aurait, en effet, des conséquences désastreuses pour les salariés ou les agents de la fonction publique, comme en l'espèce. Tout en laissant aux tribunaux le soin de définir le contenu de la modification substantielle de la relation, les pistes qu'elle donne permettent de penser que la reconduction à l'identique est une voie nécessaire à la lutte contre la précarité.

Gageons que les fonctions et la rémunération en font partie et que le tribunal de Rennes sera conduit à rétablir le chercheur dans ses droits dans son statut et dans son traitement (9).

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

- a) des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail ;
- b) la durée maximale totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs ;
- c) le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail.

(6) CJUE aff. C-307/05 *del Cerro Alonzo v. Osakidetza Servicio Vasco de Calud* et CJUE aff. C-268/06, *Impact v. Minister*

*for agriculture and Food an others*. Pour une analyse de la jurisprudence de la CJUE et de la directive 99/70 : P. Lorber, « La protection des travailleurs en CDD ; l'utilisation délibérée de la directive européenne », *Revue de Droit comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2012/1, pp. 71-79.

(7) Cette terminologie reprend celle de la directive (CE) 91/533 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, qui fait référence aux clauses essentielles du contrat de travail : 3<sup>e</sup> considérant et article 2 point 1.

(8) J. Murray, « Normalising Temporary Work », *Industrial law Journal*, 28, 1999, p. 275.

(9) Il n'est pas certain que cette position soit transposable dans le secteur privé : CJUE 26 janvier 2012 aff. C-586/10 *Kückük c/land Nordrhein-Westfaln*, RJS 4/12, p. 263, note J.Ph. Lhernould ; RJS 7/12, note A. Gardin sous CJUE 8 mars 2012, *Huet c/UBO*, pp. 522-523.

## **DISCRIMINATION – Régime de la preuve – Accès de la personne s'estimant discriminée aux informations nécessaires au succès de sa prétention – Refus du détenteur – Portée.**

CJUE, 19 avril 2012, aff. C-415/10,

### **Galina Meister contre Speech Design Carrier Systems GmbH**

34 Ces mêmes directives prévoient, en substance, aux articles 8, § 1, de la directive 2000/43, 10, § 1, de la directive 2000/78 et 19, § 1, de la directive 2006/54, que les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établi, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation dudit principe.

35 Il convient de constater que le libellé de ces dispositions est quasi identique à celui de l'article 4, § 1, de la directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (JO 1998, L 14, p. 6), disposition que la Cour a eu l'occasion d'interpréter, notamment, dans son arrêt du 21 juillet 2011, *Kelly* (C-104/10, non encore publié au Recueil). En effet, cet article 4, p. 1, qui a été abrogé par la directive 2006/54 avec effet au 15 août 2009, ainsi que la directive 97/80 dans sa totalité, soumettait les cas de discrimination fondée sur le sexe au même régime juridique, en ce qui concerne la charge de la preuve, que les directives en cause au principal.

36 En interprétant l'article 4, § 1, de la directive 97/80, dans son arrêt *Kelly* précité, la Cour a, au point 30 de celui-ci, jugé que c'est à la personne qui s'estime lésée par le non-respect du principe d'égalité de traitement qu'il incombe, dans un premier temps, d'établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. C'est uniquement dans le cas où cette personne a établi de tels faits qu'il revient à la partie défenderesse, dans un deuxième temps, de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de non-discrimination.

37 La Cour a également jugé qu'il appartient à l'instance juridictionnelle nationale ou à une autre instance compétente d'apprécier, conformément au droit national et/ou aux pratiques nationales, les faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte (arrêt *Kelly* précité, point 31), comme le prévoient le quinzième considérant des directives 2000/43 et 2000/78, ainsi que le trentième considérant de la directive 2006/54.

38 La Cour a, en outre, précisé que la directive 97/80, conformément à son article 1<sup>er</sup>, visait à garantir que soient rendues plus efficaces les mesures prises par les États membres, en application du principe d'égalité de traitement, qui permettent à toute personne qui s'estime lésée par la non-application à son égard de ce principe, de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes (arrêt *Kelly* précité, point 33). À cet égard, il convient de relever que les articles 7, § 1, de la directive 2000/43, 9, § 1, de la directive 2000/78 et 17, § 1, de la directive 2006/54 se réfèrent au même principe.

39 Dans ces conditions, la Cour, au point 34 de l'arrêt *Kelly* précité, a conclu que, si l'article 4, § 1, de la directive 97/80 ne prévoit pas un droit spécifique en faveur d'une personne qui s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe d'égalité de traitement d'accéder à des informations afin qu'elle soit en mesure d'établir des « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » conformément à cette disposition, il n'en demeure pas moins qu'il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part de la partie défenderesse, dans le cadre de l'établissement de tels faits, est susceptible de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive et, notamment, de priver ladite disposition de son effet utile.

40 Ainsi qu'il a été rappelé au point 35 du présent arrêt, la directive 97/80 a été abrogée et remplacée par la directive 2006/54. Toutefois, eu égard au libellé ainsi qu'à l'économie des articles faisant l'objet du présent renvoi préjudiciel, aucun élément ne permet de penser que, en adoptant les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54, le législateur de l'Union a entendu modifier le régime relatif à la charge de la preuve instauré par l'article 4, § 1, de la directive 97/80. Par conséquent, dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il y a lieu de s'assurer qu'un refus d'information de la part de la partie défenderesse ne risque pas de compromettre la réalisation des objectifs poursuivis par les directives 2000/43, 2000/78 et 2006/54.

(...)

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit:

**Les articles 8, § 1, de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, 10, § 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, et 19, § 1, de la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne prévoient pas le droit, pour un travailleur alléguant de façon plausible qu'il remplit les conditions énoncées dans un avis de recrutement et dont la candidature n'a pas été retenue, d'accéder à l'information précisant si l'employeur, à l'issue de la procédure de recrutement, a embauché un autre candidat.**

**Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un refus de tout accès à l'information de la part d'une partie défenderesse peut constituer l'un des éléments à prendre en compte dans le cadre de l'établissement des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il incombe à la juridiction de renvoi, en prenant en considération toutes les circonstances du litige dont elle est saisie, de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal.**

(M. Cunha Rodrigues, prés. - M. Mengozzi, av. gén.)

## NOTE.

### La discrimination à l'embauche ou les difficultés de la charge de la preuve.

La lutte contre les discriminations, notamment eu égard aux origines, est l'un des fers de lance de l'Union européenne (10). Son influence sur le droit français est loin d'être négligeable (11), qui a introduit la notion de discrimination indirecte (12) et fait bouger les lignes du droit de la preuve (13). La CJUE tisse sa position au fil des affaires, notamment en précisant, décision après décision, les armes à disposition du travailleur discriminé, notamment lors du recrutement. L'affaire à l'origine de la décision du 19 avril 2012 prolonge, en la précisant, la jurisprudence communautaire sur cette question très précise.

En l'espèce, une candidate d'origine russe postule à un emploi dans une société allemande, Speech Design, au poste d'ingénieur système ; ses qualifications professionnelles sont reconnues en Allemagne. Elle répond par deux fois à des annonces diffusées par la presse et sur internet, sans que la société ne donne suite en la convoquant à un entretien d'embauche. S'estimant lésée, elle engage un recours contre la société et réclame, d'une part, des indemnités pour discrimination à l'emploi et, d'autre part, que la société remette le dossier du candidat recruté. Les demandes de la postulante furent rejetées en première instance, puis en appel. Le Bundesarbeitsgericht, saisi sur « recours », sursoit à statuer et pose à la CJUE deux questions préjudicielles relatives à l'application des directives 2006/54 (14) et 2000/43 (15), ainsi que 2000/78 (16). Il s'agit de savoir si l'employeur peut être contraint de dévoiler des informations sur un recrutement et sur les critères qui y ont présidé. Dans l'affirmative, il conviendra de dire si le refus de l'employeur de

communiquer l'ensemble de ces éléments constitue un fait susceptible de présumer l'existence d'une discrimination à l'embauche. Cette question n'est pas totalement inédite. La Cour y a déjà répondu partiellement, dans sa jurisprudence *Kelly*, sur laquelle elle s'appuie d'ailleurs pour fonder sa décision (17).

Ainsi, elle réaffirme (point 39) qu'il n'existe pas un *droit spécifique* à accéder à des informations laissant présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. En revanche, à l'instar de l'arrêt *Kelly*, elle estime que l'établissement des faits qui vont faire présumer l'existence de la discrimination pourra s'enrichir de ce refus de l'employeur. Cette interprétation se justifie au nom du principe de la réalisation des objectifs poursuivis par les directives précitées. Ce point est à souligner, car la Cour relève que, dans les directives de 2000 et de 2006, le régime juridique relatif à la charge de la preuve n'a pas été modifié. L'apport principal de la décision est, par conséquent, d'affirmer que le droit de la preuve de la discrimination embrasse l'ensemble des cas de discriminations, et plus seulement ceux relatifs au sexe.

On peut, dès lors, résumer la position de la Cour de la manière suivante : le candidat à l'emploi, dont les capacités et le niveau de qualification correspondent au poste proposé, ne peut exiger de l'employeur la communication d'éléments concernant le recrutement et les critères de celui-ci pour l'emploi proposé. Mais le refus de l'employeur pourra, à l'instar d'autres éléments appréciés par le juge, constituer l'un des éléments faisant présumer la discrimination. La Cour, sans autre indication, invite la juridiction de renvoi à examiner l'ensemble des éléments.

(10) P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, Traité, LGDJ Paris 2008, sp., pp. 273 et s. notamment sur l'égalité hommes/femmes ; B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, Paris, 4<sup>e</sup> éd., 2010.

(11) M.-A. Moreau, « Les justifications des discriminations », *Dr. Soc.* 2002, p. 1112 ; J. Porta, « Égalité, discrimination, égalité de traitement. A propos des sens de l'égalité dans le droit de l'égalisation », *RD trav.* 2011, p. 290 ; M.-Th. Lanquetin, « Discriminations : la loi d'adaptation au droit communautaire du 27 mai 2008 », *Dr. Soc.* 2008, pp. 778-788 ; C. Minet, « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », *JCP E*, 2003, pp. 894-897.

(12) Y. Leroy, « Les éléments d'appréciation de la discrimination indirecte en matière d'égalité homme/femme », *Dr. Ouvrier* mai 2001, pp. 229-236, disp. sur le site de la Revue.

(13) CJCE 27 octobre 1993, aff. C-127/92 *Enderby*, RJS 1/94 n°97 ; note M. Miné, *Semaine Sociale Lamy* 2001, pp. 6-12.

(14) Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

(15) Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

(16) 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.

(17) L'arrêt *Kelly* ne concernait que la directive 97/80 relative à la discrimination sur le sexe : Ph. Martin, « Égalité de traitement dans l'emploi : discrimination en raison du sexe, de l'âge ou de l'orientation sexuelle » in *Chroniques jurisprudentielles de droit social européen*, *Dr. Ouvrier* 2012, pp. 307-309. L'arrêt commenté élargit les propositions à d'autres cas de discrimination, notamment en raison de l'origine. CJUE, 21 juillet 2011, aff. C-104/10, note A. Gardin, RJS 11/11, pp. 755-756 ; L. Driguez, *Europe*, 2011, pp. 40-41.

Le droit positif français du recrutement ne semble pas devoir être modifié, car il peut s'accommoder sans difficulté, voire s'enrichir, de la solution prônée par la Cour. Aussi la personne qui invoque une discrimination (18) pourra opportunément saisir l'occasion de porter l'affaire devant les tribunaux en demandant des explications sur le recrutement opéré (ou son absence) par l'employeur. Ce dernier devra ainsi justifier, notamment, des raisons pour

lesquelles ce candidat n'a pas été convoqué. Le défaut de réponse de l'employeur risque fort en effet de se traduire en dommages et intérêts dans la mesure où son refus peut, avec d'autres éléments, être constitutif de la discrimination. La Cour fait en quelque sorte peser sur l'employeur une obligation de faire. Il n'empêche, volonté et ténacité seront nécessaires aux candidats à l'emploi pour aller contester la décision de l'employeur.

(18) Cette solution est particulièrement intéressante pour la discrimination en raison des origines, qui est l'une des plus frappantes : lire le rapport éditant du BIT sur *Les discriminations à raison de l'origine dans les embauches*

en France. Une enquête nationale par les tests de discrimination selon la méthode du Bureau international du travail, 2007.

## **DISCRIMINATION – Âge – Mise à la retraite – Justification – Objectif d'emploi des jeunes – Incomplétude de la pension de retraite – Recours au CDD.**

CJUE, 5 juillet 2012, aff. C-141/11,

**Torsten Hornfeldt contre Posten Meddenlande AB**

25 Ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, les travaux préparatoires concernant la LAS et la loi (2008/567) relative aux discriminations font état de plusieurs objectifs se rapportant à la politique de l'emploi et du marché du travail. La règle des 67 ans viserait, notamment, à améliorer le montant de la retraite future en permettant de travailler après l'âge de 65 ans et à compenser le manque de main-d'œuvre qui devrait survenir avec les prochaines vagues de départs à la retraite. La juridiction de renvoi relève, par ailleurs, que, selon le médiateur des discriminations (Diskrimineringsombudsmannen), la règle des 67 ans se justifie, car elle permet de libérer des postes pour les jeunes sur le marché du travail.

26 Le gouvernement suédois soutient que la règle des 67 ans vise, premièrement à éviter des ruptures de contrat de travail dans des conditions humiliantes pour les travailleurs en raison de leur âge avancé, deuxièmement à permettre une adaptation des régimes de pension de retraite qui soit fondée sur le principe de la prise en compte des revenus perçus au cours de la totalité de la carrière professionnelle, troisièmement à réduire les obstacles pour ceux qui veulent travailler au-delà de leur soixante-cinquième anniversaire, quatrièmement à s'adapter aux évolutions démographiques et à anticiper le risque de pénurie de main-d'œuvre ainsi que, cinquièmement, à établir un droit et non une obligation de travailler jusqu'à l'âge de 67 ans, en ce sens que la relation d'emploi peut se poursuivre au-delà de l'âge de 65 ans. La fixation d'un âge de départ obligatoire permettrait également de faciliter l'entrée des jeunes sur le marché du travail.

27 Selon ce gouvernement, une telle limite d'âge reflète le consensus politique et social qui prévaut depuis longtemps chez les partenaires sociaux. Ce consensus serait le reflet de l'objectif de la politique de l'emploi visant à inciter les travailleurs âgés à poursuivre leur carrière et établirait un équilibre entre, d'une part, les intérêts du travailleur à travailler longtemps et, d'autre part, la volonté de favoriser une transition en douceur entre la vie active et la retraite.

28 À cet égard, la Cour a jugé que la cessation automatique des contrats de travail des salariés qui remplissent les conditions d'âge et de cotisation pour bénéficier de la liquidation de leurs droits à pension fait, depuis longtemps, partie du droit du travail de nombreux États membres et est d'un usage répandu dans les relations de travail. Ce mécanisme repose sur un équilibre entre considérations d'ordre politique, économique, social, démographique et/ou budgétaire et dépend du choix d'allonger la durée de vie active des travailleurs ou, au contraire, de prévoir le départ à la retraite précoce de ces derniers (arrêt *Rosenbladt* précité, point 44).

29 En outre, selon la jurisprudence, la promotion de l'embauche constitue, incontestablement, un objectif légitime de politique sociale ou de l'emploi des États membres, notamment lorsqu'il s'agit de favoriser l'accès des jeunes à l'exercice d'une profession (arrêt du 18 novembre 2010, *Georgiev*, C250/09 et C268/09, non encore publié au Recueil, point 45, ainsi que *Fuchs et Köhler* précité, point 49).

30 Partant, des objectifs de la nature de ceux indiqués par le gouvernement suédois doivent, en principe, être considérés comme justifiant « objectivement et raisonnablement », « dans le cadre du droit national », ainsi que le prévoit l'article 6, § 1, de la directive 2000/78, une différence de traitement fondée sur l'âge, telle que celle édictée à l'article 33 de la LAS (voir, par analogie, arrêt *Rosenbladt* précité, point 45).

31 Encore faut-il vérifier, selon les termes mêmes dudit article 6, § 1, si les moyens mis en œuvre pour réaliser ces objectifs sont appropriés et nécessaires.

32 Compte tenu de la large marge d'appréciation reconnue aux États membres et, le cas échéant, aux partenaires sociaux au niveau national dans le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé en matière de politique sociale et de l'emploi, mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser, il n'apparaît pas déraisonnable pour ceux-ci d'estimer qu'une mesure telle que la règle des 67 ans puisse être appropriée pour atteindre les objectifs évoqués précédemment (voir, en ce sens et par analogie, arrêt *Rosenbladt* précité, points 41 et 69).

33 En effet, d'une part, il peut être admis que la règle des 67 ans, en établissant un droit de travailler jusqu'à cet âge, permet de réduire les obstacles pour ceux qui veulent travailler au-delà de leur soixante-cinquième anniversaire, d'adapter les régimes de pension de retraite au principe de la prise en compte des revenus perçus au cours de la totalité de la carrière professionnelle, de s'adapter aux évolutions démographiques et d'anticiper le risque de pénurie de main-d'œuvre.

34 D'autre part, il peut également être admis que la règle des 67 ans, en autorisant l'employeur à mettre un terme au contrat de travail lorsque le travailleur a atteint cet âge, permet d'éviter des ruptures de contrat de travail dans des conditions humiliantes pour les travailleurs ayant un âge avancé. Il peut également être admis que, selon la situation sur le marché de l'emploi en cause ou dans l'entreprise concernée, lorsque le nombre d'employés visé est limité, cette règle permet de faciliter l'entrée et/ou le maintien des jeunes sur le marché du travail.

35 La juridiction de renvoi s'interroge, en substance, sur le caractère strictement nécessaire du mécanisme de cessation automatique du contrat de travail prévu à l'article 33 de la LAS, dans la mesure où celui-ci ne prévoit pas que le niveau de la pension de retraite que percevra l'intéressé puisse être pris en compte. (...).

37 Il y a lieu de relever que l'interdiction des discriminations en fonction de l'âge énoncée dans la directive 2000/78 doit être lue à la lumière du droit de travailler reconnu à l'article 15, § 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il en résulte qu'une attention particulière doit être accordée à la participation des travailleurs âgés à la vie professionnelle et, par là même, à la vie économique, culturelle et sociale. Le maintien de ces personnes dans la vie active favorise la diversité dans l'emploi, cette dernière étant un objectif reconnu au considérant 25 de la directive 2000/78. Ce maintien contribue, par ailleurs, à l'épanouissement personnel ainsi qu'à la qualité de vie des travailleurs concernés, conformément aux préoccupations du législateur de l'Union énoncées aux considérants 8, 9 et 11 de cette directive (arrêt *Fuchs et Köhler* précité, points 62 et 63).

(...)

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit:

**L'article 6, § 1, second alinéa, 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 mesure nationale, telle que celle en cause au principal, qui permet à un employeur de mettre un terme au contrat de travail d'un salarié au seul motif que ce dernier a atteint l'âge de 67 ans et qui ne tient pas compte du niveau de la pension de retraite que percevra l'intéressé, dès lors qu'elle est objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime relatif à la politique de l'emploi et du marché du travail et qu'elle constitue un moyen approprié et nécessaire pour sa réalisation.**

(M. Cunha Rodrigues, prés. - M. Bot, av. gén.)

## NOTE.

### La discrimination en raison de l'âge.

L'âge est un cas de discrimination qui suscite des interrogations particulières. Le chômage des jeunes, l'élévation de l'âge de départ à la retraite font partie de considérations qui vont au-delà du droit du travail et de la protection sociale, mais interrogent l'économie. La difficulté est donc de trouver un équilibre entre les règles sur l'âge d'accès au travail et celui du départ en retraite et entre les règles relatives à la gestion du chômage des jeunes et/ou du montant des pensions des retraités. L'affaire *Torsten Hornfeldt* se trouvait au cœur de cette alternative.

En l'espèce, le travailleur suédois est, sur le fondement de la règle dite *des 67 ans*, mis à la retraite par son employeur dès la fin de son mois anniversaire. M. Torsten Hornfeldt conteste cette mesure. Il estime que son départ à la retraite

automatique est discriminatoire, dans la mesure où il ne peut obtenir une retraite à taux plein ; il a travaillé avec des contrats à temps partiel pour l'essentiel de sa carrière.

On interroge la Cour sur le fait de savoir si l'article 6 de la directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (19) est respecté par la loi suédoise autorisant la rupture du contrat de travail du salarié à 67 ans.

La Cour de justice pose le cadre juridique des discriminations fondées sur l'âge en se référant aux considérants 8, 9 et 11 de la directive 2000/78. Ces considérants rappellent que certains groupes de personnes, comme les travailleurs âgés, peuvent travailler non seulement au nom de l'égalité des chances (20) mais aussi pour participer à la vie

(19) Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

(20) Les lignes directrices pour l'emploi en 2000, approuvées par le Conseil européen de Helsinki les 10 et 11 décembre 1999, soulignent la nécessité de promouvoir un marché

du travail favorable à l'insertion sociale en formulant un ensemble cohérent de politiques destinées à lutter contre la discrimination à l'égard de groupes tels que les personnes handicapées. Elles soulignent également la nécessité d'accorder une attention particulière à l'aide aux travailleurs âgés pour qu'ils participent davantage à la vie professionnelle

économique, culturelle, sociale (21) et à leur épanouissement personnel (22). Cette perspective générale est, cependant, immédiatement altérée par l'article 6 de la directive, qui admet des différences de traitement fondées sur l'âge qui ne peuvent pas être considérées comme des discriminations, dans la mesure où elles sont, objectivement et raisonnablement, justifiées par un objectif national. C'est d'abord sur ce point que la CJUE a dû répondre, car le travailleur invoquait l'absence de justification de cette règle des 67 ans, ce qui contreviendrait au droit communautaire. L'argument, de faible portée, fut écarté (23), dans la mesure où l'on pouvait trouver les raisons fondamentales de ce texte dans les travaux préparatoires de la loi.

Dès lors, la Cour va ainsi considérer comme conforme au droit communautaire la règle des 67 ans en s'appuyant sur les raisons objectives et raisonnables essentiellement (24) liées au marché de l'emploi, notamment celles de l'emploi des jeunes (point 25 de l'arrêt). Cet argument est, finalement, assez convaincant et relativement récurrent. La Cour relève, également, que cette possibilité fait partie du droit de nombreux États membres, dont la France, parce qu'il réalise un équilibre entre des considérations d'ordre politique, économique et social, démographique et budgétaire.

Toutefois, le travailleur faisait valoir un argument qui aurait pu emporter l'adhésion de la Cour (25) et qui concernait le montant de sa pension retraite. Un montant dérisoire pour le travailleur pourrait être considéré comme une exception à la règle des 67 ans dans cette hypothèse. La Cour balaie, sans surprise, cet argument en se fondant sur le droit conventionnel suédois, qui permet aux partenaires sociaux de ne pas contraindre le salarié à un départ à la retraite d'office, puisque l'employeur peut encore user du recours au CDD pour une

durée librement consentie. Cela sous-entend que le travailleur peut encore augmenter des durées de cotisations par cette voie. Par ailleurs, même si le travailleur ne désire pas bénéficier (être obligé de ... ?) de cette mesure, il pourra jouir d'une pension de retraite complétée par d'autres sources de revenus, comme une allocation logement ou une pension garantie.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, la Cour considère que le texte suédois de la règle des 67 ans n'est pas contraire à la directive en cause. La mise à la retraite d'office, par clause-couperet de convention collective ou par dispositions législatives, est une variable d'ajustement de la main-d'œuvre. Cette mesure oscille entre la volonté de permettre l'entrée des jeunes sur le marché du travail (objectif raisonnable !) ou comme une mesure de sauvetage des régimes de retraite, lorsque l'âge de départ est repoussé.

Cette décision communautaire ne peut surprendre et, finalement, est assez conforme aux débats français, et plus largement de l'ensemble des États membres. En revanche, cette décision interroge sur la place et la force de la discrimination en raison de l'âge du travailleur (26). Loin de revêtir une forme d'absolu, la discrimination en raison de l'âge est, par nature, conditionnelle.

**Valérie Lacoste-Mary**

(21) L'emploi et le travail constituent des éléments essentiels pour garantir l'égalité des chances pour tous et contribuent dans une large mesure à la pleine participation des citoyens à la vie économique, culturelle et sociale, ainsi qu'à l'épanouissement personnel

(22) La discrimination fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle peut compromettre la réalisation des objectifs du traité CE, notamment un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, le relèvement du niveau et de la qualité de la vie, la cohésion économique et sociale, la solidarité et la libre circulation des personnes.

(23) La Cour a déjà eu l'occasion de dire que l'absence de justification dans la loi n'est pas dirimante : CJUE 21 juillet 2011, aff. jointes C-159/10 et C-160/10 *Fuchs et Köhler*, Dr. Ouvrier 2012, pp. 309-312, obs. Ph. Martin ; Europe,

comm. 365, obs. L. Driguez ; S. Laulom, *Semaine Sociale* Lamy 2012, pp. 31-38 ; M. Houser, *AJDA* 2011, pp. 2301-2307 ; *RJS* 2011, pp. 755-761.

(24) La Cour fait également référence à l'aspect protecteur de cette mesure, qui permet de prévenir des ruptures brutales et humiliantes pour les salariés âgés. Elle insiste sur ce point, dans la mesure où la possibilité de travailler jusqu'à 67 ans n'est pas une obligation.

(25) CJCE 16 octobre 2007, *Palacios de Villa*, aff. C-411/05, *Europ.* 2007, comm. 338, obs. L. Idot.

(26) M. Schmitt, « De la portée limitée de l'interdiction des discriminations liées à l'âge : une indemnité de licenciement peut être plafonnée selon un critère d'âge », note sous *Soc.* 17 novembre 2010, *Dr. Ouvrier* 2011, p. 219.