

CHRONIQUE DE DROIT SOCIAL INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

sous la responsabilité de Alexandre Charbonneau, Konstantina Chatzilaou,
Valérie Lacoste-Mary, Emmanuelle Lafuma, Jérôme Porta

PLAN

Le renfort inattendu de la directive 1999/70 face aux coupes budgétaires dans les universités espagnoles par Alexandre Charbonneau	573
Directive transfert et avantages conventionnels : Une nouvelle mésaventure du droit collectif allemand face au droit de l'Union par Emmanuelle Lafuma	576
Le contrôle des licenciements collectifs à l'épreuve du droit de l'Union : remake ou nouvel épisode de la confrontation des finalités économiques et sociales de l'Union ? par Jérôme Porta	579

Le renfort inattendu de la directive 1999/70 face aux coupes budgétaires dans les universités espagnoles

Alexandre Charbonneau (1), Université de Bordeaux, COMPTRESEC UMR 5114

La clause 4, point 1, 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'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui autorise, dans le cadre de mesures de restructuration de l'organisation des universités, les administrations compétentes de l'État membre concerné à réduire de moitié le temps de travail des enseignants des écoles universitaires, engagés en tant qu'agents non titulaires, en raison du fait qu'ils ne possèdent pas le titre de docteur, alors que les enseignants des écoles universitaires qui revêtent la qualité de fonctionnaires, mais qui ne sont pas davantage en possession d'un titre de docteur, ne font pas l'objet de la même mesure.

CJUE, 9 février 2017, Francisco Rodrigo Sanz contre Universidad Politécnica de Madrid, aff. C443/16

L'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu par les partenaires sociaux européens le 18 mars 1999 (2), se présente comme un texte protecteur, destiné à prévenir le recours abusif à cette forme d'emploi (clause 5) (3) et à garantir la non-discrimination entre travailleurs à durée déterminée et travailleurs à durée indéterminée (clause 4). L'ordon-

nance rendue le 9 février 2017 par la Cour de Justice revient sur l'application du principe de non-discrimination aux relations de travail dans le secteur public, entre fonctionnaires titulaires et agents non titulaires. Bien que cette décision ne soit sans doute pas appelée à retenir l'attention de la doctrine (4), elle offre l'occasion d'un regard intéressant sur le monde

(1) Tous mes remerciements vont à Hélène Tissandier pour ses précieux conseils.

(2) Mis en œuvre par 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, Journal officiel n° L 175 du 10/07/1999 p.0043 – 0048. Voy. M. Schmitt, *Droit du travail de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, p.148 et s. et P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2014, p.510 et s.

(3) Voy., sur ce point, les réflexions de S. Robin-Olivier et P. Rémy, « Controverse : la protection des travailleurs atypiques est-elle en régression ? Double réflexion sur l'arrêt *Kücük* de la Cour de

justice », *Revue de droit du travail*, 2012, p.645 et s. ; la note de S. Laulom sous l'arrêt CJUE, 14 septembre 2016, *Pérez Lopez*, aff. C-16/15, *Semaine sociale Lamy supplément*, 26 décembre 2016, n°1750, p.22 et s. et la note d'E. Lafuma sous le même arrêt, RJS, 2016, p.817 et s.

(4) Elle est rendue sous la forme d'une ordonnance, le juge communautaire considérant que sa jurisprudence antérieure permet de déduire une réponse claire aux questions préjudicielles posées. Pour un précédent récent sur un sujet similaire, CJUE, 21 septembre 2016, *Carlos Alvarez Santirso* (Ordonnance), aff. C-631/15.

universitaire, lequel a très largement recours à des contrats précaires pour remplir sa mission (5).

Monsieur Francisco Rodrigo Sanz enseigne depuis 1983 au sein de l'École supérieure d'architecture de Madrid. En 1989, il est nommé professeur des écoles universitaires à plein temps, avec un statut d'agent non titulaire. Une loi organique espagnole de 2007 a restructuré les universités et permis l'intégration des enseignants des écoles universitaires dans le corps des professeurs d'université (fonctionnaires titulaires), sous réserve qu'ils aient obtenu le titre de docteur, ce qui n'est pas le cas de Monsieur Rodrigo Sanz. Il demeure alors sous son statut d'agent non titulaire. En 2012, une loi adoptée afin de réaliser des réductions budgétaires va rendre possible la diminution de la durée du travail des enseignants agents non titulaires : M. Rodrigo Sanz sera alors informé, le 19 novembre 2012, de la modification de ses conditions d'emploi, passant d'un plein-temps à un mi-temps avec baisse de salaire. A l'occasion d'un recours exercé contre cette décision devant les juridictions nationales, plusieurs questions préjudicielles seront adressées à la Cour de Justice, visant à examiner la législation litigieuse à la lumière de la clause 4 de l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée.

Cette disposition pose en principe l'égalité de traitement entre CDD et CDI, en prévoyant que : « pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives ». Son invocation en l'espèce ne faisait pas de doute. La clause 4 point 1 a bien un effet direct (6) et il est aujourd'hui établi que l'accord-cadre s'applique aux contrats et aux relations de travail à durée déterminée conclus avec les administrations et les autres entités du secteur public (7). Bien plus problématique pouvait sembler être ce prérequis à l'invocation de l'égalité de

traitement, à savoir que les travailleurs soient placés dans une situation comparable.

La situation de Monsieur Rodrigo Sanz, qui a exercé ses fonctions pendant plus de trente ans dans le cadre de plusieurs nominations à durée déterminée, était-elle comparable à celle d'un titulaire ? Selon la clause 3, point 2, est considéré comme « *travailleur à durée indéterminée comparable* » « *un travailleur ayant un contrat ou une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement, et ayant un travail/emploi identique ou similaire, en tenant compte des qualifications/compétences (...)* ». Cette similitude doit s'apprécier au regard de facteurs comme la nature du travail, les conditions de formations et de travail. Or, la titularisation opérée en 2007 pour les enseignants des écoles universitaires ayant le grade de docteur n'a pas eu d'incidence sur la nature des tâches à accomplir, ce que relève la juridiction de renvoi. Pour la Cour, la possession ou non du doctorat n'est pas ici regardée comme un élément décisif. Bien que ce critère ait été déterminant pour la titularisation, la Cour relève que des enseignants des écoles universitaires ayant la qualité de fonctionnaires exercent leur activité sans avoir ce titre (8).

Se posait alors la question de la caractérisation d'une différence de traitement au niveau des conditions d'emploi. Dans le silence de la norme européenne, la Cour retient une interprétation large de la notion de « *conditions d'emploi* », considérant qu'il faut s'attacher ici au rapport d'emploi qui lie le travailleur et son employeur (9). Dès lors, la réduction de la durée du travail et de la rémunération (10) relève bien des conditions d'emploi. Ainsi, cette réduction n'ayant été imposée qu'aux enseignants non titulaires et non aux enseignants fonctionnaires titulaires, elle constituait une différence de traitement prohibée par la clause 4, point 1, de la de l'accord-cadre.

Cette différence de traitement peut néanmoins être justifiée par des « *raisons objectives* ». La Cour rejette habituellement toutes les raisons qui renvoient à la nature temporaire du travail (11). Le juge de Luxem-

(5) Traitant de l'impact de la « semestrialisation » sur l'organisation du travail pendant les examens universitaires, voy. M. Poirier, « Les tâches afférentes aux examens universitaires : tout travail mérite salaire », *Droit ouvrier*, 2012, p. 636 et s.

(6) CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, paragraphes 59 et s.

(7) Voy. notamment les arrêts CJCE, 4 juillet 2006, *Adeneler*, aff. C-212/04, paragraphes 54 et s. et CJCE, 13 septembre 2007, *Del Cerro Alonzo*, aff. C-307/05, paragraphes 24 et s. et CJUE, 8 septembre 2011, *Rosado Santana*, aff. C-177/10, paragraphes 37 et s. (qui concerne un fonctionnaire statutaire pour la prise en compte de son ancienneté et de son expérience acquises alors qu'il était fonctionnaire intérimaire).

(8) En France, la question pourrait être rapprochée de la possibilité offerte aux universités de recruter des enseignants-chercheurs qui ne disposent pas de la qualification reconnue par une instance nationale, sur le fondement de l'article L. 954-3 2° du Code de l'éducation.

(9) Voy., par exemple, CJUE, 12 décembre 2013, *Carmela Carratu*, aff. C-361/12, paragraphes 32 et s. et CJUE, 14 septembre 2016, *Diego Porras*, aff. C-596/14, paragraphes 24 et s., note S. Laulom, *Semaine sociale Lamy supplément*, 26 décembre 2016, n° 1750, p. 23 et s.

(10) Sur le débat qui s'est développé concernant l'appartenance de la rémunération aux « conditions d'emploi », au regard du paragraphe 5 de l'article 137 CE (153 TFUE) : CJCE, 13 septembre 2007, *Del Cerro Alonzo*, aff. C-307/05, paragraphes 39 et s.

(11) « Admettre que la seule nature temporaire d'une relation d'emploi suffit pour justifier une telle différence viderait de leur substance les objectifs de la directive 1999/70 et de l'accord-cadre », selon la formule habituellement utilisée par la Cour. Voy. à titre d'illustration, concernant le point 4 de la clause 4 et les périodes d'ancienneté : CJUE, 22 décembre 2010, *Gavieiro et Torres*, aff. C-444/09 et C-456/09, paragraphes 56 et s.

bourg a construit une définition pragmatique de la notion de « *raison objective* », qui est rappelée au paragraphe 45 de la décision commentée : « *ladite notion requiert ainsi que l'inégalité de traitement constatée soit justifiée par l'existence d'éléments précis et concrets, caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et est nécessaire à cet effet. Lesdits éléments peuvent résulter, notamment, de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles des contrats à durée déterminée ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre* » (12).

En l'espèce, plusieurs raisons vont être invoquées devant le juge communautaire et, en particulier, l'argument selon lequel cette mesure aurait été rendue nécessaire pour des raisons budgétaires. La Cour refuse cependant d'y voir une « *raison objective* ». Cette approche était prévisible et s'appuie sur une jurisprudence bien établie, selon laquelle les restrictions budgétaires ne peuvent être assimilées à un objectif de la politique sociale d'un État membre, au sens de la définition précédemment rapportée. Le raisonnement développé renvoie à la portée particulière du principe de non-discrimination (13), qui ne devrait pas « *varier, dans le temps et dans l'espace, selon l'état des finances publiques des États membres* » (14).

Dès lors, la Cour considère que le seul critère pris en compte pour la réduction de la durée du travail et de la rémunération est celui du statut. Elle souligne

que « *l'application d'une telle règle repose sur la prémisse générale selon laquelle la durée déterminée de la relation d'emploi des enseignants des écoles universitaires justifie en elle-même un traitement différencié de cette catégorie d'enseignants par rapport à ceux bénéficiant d'un statut de fonctionnaire, alors que ces deux catégories d'enseignants exercent des emplois similaires. Une telle prémisse est en contradiction avec les objectifs de la directive 1999/70 et de l'accord-cadre* ». Au final, la Cour conclut que la clause 4 paragraphe 1 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée s'oppose à la réglementation nationale soumise à son examen.

Dans de nombreux Etats, le recours à l'emploi non statutaire, à durée déterminée ou pas, pensé initialement pour répondre à des besoins nouveaux ou ponctuels, s'est considérablement répandu (15), couvrant alors des tâches habituellement confiées à des statutaires, avec des risques d'abus similaires à ceux rencontrés dans le secteur privé (16). Un contentieux important s'est développé, tant au niveau national (17) que communautaire, conduisant à faire passer les conditions d'emploi de ces personnels dans les mailles du principe de non-discrimination (18). Au plan national, une réponse a consisté à « *déprécier* » les personnels non statutaires travaillant à durée déterminée (19). Une partie du contentieux porté à la connaissance de la Cour de justice concerne justement des personnels du secteur public faisant ou ayant fait l'objet d'une « *dépréciation* » (20).

L'intérêt de cette décision, outre de nous rappeler que les politiques de restrictions budgétaires auxquels font face les établissements publics universitaires ne sauraient constituer une « *raison objective* »

(12) Cette définition est similaire à celle développée par la Cour concernant la clause 5 de l'accord-cadre : CJCE, 4 juillet 2006, *Adeneler*, aff. C-212/04, paragraphes 69 et 70.

(13) CJCE, 13 septembre 2007, *Del Cerro Alonzo*, aff. C-307/05, paragraphe 25 : « eu égard à l'importance des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, qui font partie des principes généraux du droit communautaire, les dispositions prévues par la directive 1999/70 et l'accord-cadre aux fins de garantir aux travailleurs à durée déterminée le bénéfice des mêmes avantages que ceux réservés aux travailleurs à durée indéterminée comparables, sauf si un traitement différencié se justifie par des raisons objectives, doivent se voir reconnaître une portée générale, dès lors qu'elles constituent des règles du droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescriptions protectrices minimales. »

(14) CJCE, 24 février 1994, *Roks*, aff. C-343/92, paragraphes 35 et 36 : « Or, si des considérations d'ordre budgétaire peuvent être à la base des choix de politique sociale d'un État membre et influencer la nature ou l'étendue des mesures de protection sociale qu'il souhaite adopter, elles ne constituent toutefois pas en elles-mêmes un objectif poursuivi par cette politique et, partant, ne sauraient justifier une discrimination au détriment de l'un des sexes. Par ailleurs, admettre que des considérations d'ordre budgétaire puissent justifier une différence de traitement entre hommes et femmes qui, à défaut, constituerait une discrimination indirecte fondée sur le sexe, interdite par l'article 4, paragraphe 1, de la directive 79/7, impliquerait que l'application et la portée d'une règle aussi fondamentale du droit communautaire que

celle de l'égalité entre hommes et femmes puissent varier, dans le temps et dans l'espace, selon l'état des finances publiques des États membres. » Voy., récemment, J. Fialaire, « La réforme du droit de la fonction publique sous contrainte financière : jusqu'où ? », AJFP, 2017, p. 138 et s.

(15) E. Marc, « Le statut à 30 ans, vive le contractualisme... », JCP Administrations et Collectivités territoriales, 2013, 2214.

(16) Voy. les arrêts CJUE, 26 novembre 2014, *Mascolo*, aff. C-22/13, C-61/13 à C-63/13 et C-418/13, note H. Tissandier, *RSJ*, 2015, p. 223 et s. et CJUE, 14 septembre 2016, *Pérez Lopez*, aff. C-16/15.

(17) Sur l'application du principe « à travail égal, salaire égal », voy. Cour cass., Ass. Plén., 27 février 2009, *La poste*, n° 08-40.059, concl. H. Mas, *Droit social*, 2009, p. 792 et s. ; note M. Poirier, *Droit ouvrier*, 2009, p. 442 et s. ; note H. Tissandier, *Revue de droit du travail*, 2009, p. 316 et s. ; Cass. soc., 16 février 2012, n° 10-21.864, note J. Daniel, *JCP S*, 2012, 1147 ; Cass. soc., 12 juin 2013, n° 12-17.273, note J. Mouly, *Droit social*, 2013, p. 762 et s.

(18) En matière de handicap, voy. l'arrêt récent de la CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, aff. C-406/15, obs. E. Lafuma, *RJS*, 2017, p. 450 et s.

(19) En France, on parle de banalisation ou de « CDIisation », L. Derboulles, « L'accès au CDI dans la fonction publique : le point sur le l », AJFP, 2014, p. 116 et s. et p. 179 et s. et J. Fialaire, *op. cit.*, qui précise les apports de la loi relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, du 20 avril 2016.

(20) v. par ex. CJUE, 18 octobre 2012, *Valenza*, aff. C-302/11 à 305/11, Dr. Ouvrier 2013, p. 567, obs V. Lacoste-Mary.

recevable et justifier une différence de traitement entre des travailleurs à durée déterminée et à durée indéterminée, est sans doute d'attirer l'attention sur la conduite délicate des actions de « déprécarisation ». Celles-ci peuvent en effet révéler des différences de traitement entre fonctionnaires et travailleurs précaires ou anciennement précaires. Ce sera notamment le cas lorsque l'accès à ces dispositifs est soumis à des conditions restrictives, comme l'ancienneté, ou bien lorsque devenus titulaires

et bénéficiant de la sécurité d'emploi, ces travailleurs remettent en question le régime qui s'appliquait jusqu'alors à eux. La « déprécarisation » peut aussi générer des situations litigieuses, lorsqu'elle est partielle ou inaboutie et qu'est maintenue une coexistence entre des personnels statutaires et non statutaires, comme dans le cas de Francisco Rodrigo Sanz.

Alexandre Charbonneau

Directive transfert et avantages conventionnels : une nouvelle mésaventure du droit collectif allemand face au droit de l'Union

Emmanuelle Lafuma, Université de Paris 13, IRDA

L'article 3 de la directive 2001/23/CE du Conseil, 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, lu en combinaison avec l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit être interprété en ce sens que, en cas de transfert d'établissement, le maintien des droits et des obligations résultant pour le cédant d'un contrat de travail s'étend à la clause, dont le cédant et le travailleur sont convenus en vertu du principe d'autonomie de la volonté, en vertu de laquelle leur relation de travail est régie non seulement par la convention collective en vigueur à la date du transfert, mais également par des conventions postérieures à ce transfert et qui la complètent, la modifient ou la remplacent, dès lors que le droit national prévoit, au bénéfice du cessionnaire, des possibilités d'adaptation aussi bien consensuelle qu'unilatérale.

CJUE 17 avril 2017, Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH contre Ivan Felja, aff. C-680/15, et Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH contre Vittoria Graf, aff. C-681/15

Dans un arrêt en date du 17 avril 2017, la Cour de justice de l'union européenne s'est de nouveau attelée à l'interprétation de la directive *transfert* (20 bis). Après avoir longtemps cherché à circonscrire le champ d'application de la directive, la Cour est appelée depuis quelques années à en préciser le régime. Le contentieux est révélateur des difficultés du rapprochement des droits face à la diversité des modèles nationaux. Bien que l'arrêt n'ait pas en soi d'impact sur le droit français, il est de nature à éveiller l'intérêt du juriste français dans une double perspective. Dans une perspective de droit comparé d'abord, il invite à réfléchir à la partition entre droit individuel et droit collectif. Du côté du droit européen ensuite, l'objet de la directive et, plus largement, l'articulation entre le social et l'économique sont à nouveau sollicités.

Plus précisément, l'arrêt soulève la question de la portée d'une clause de renvoi sur le maintien des conditions de travail convenues à la convention collective en cas de transfert. Certaines législations nationales prévoient qu'une convention collective tire sa force obligatoire du contrat. Des clauses dites de renvoi, insérées au contrat garantissent les effets de

la convention. Tel est le cas au Royaume-Uni. En droit allemand, ces clauses contractuelles, insérées aux contrats des salariés non-syndiqués, qui à ce titre ne bénéficient pas de l'effet normatif de la convention, permettent à un employeur d'unifier les conditions de travail applicables dans l'entreprise. Une clause de renvoi peut également permettre aux employeurs qui ne font pas partie d'une organisation signataire ayant négocié et adopté une convention collective de l'appliquer volontairement aux salariés (tel était le cas dans la présente espèce). Les effets de la convention dépendent donc de la rédaction de la clause. Celle-ci peut être statique (elle vise la convention dans sa version en vigueur à la date de la conclusion de la clause) ou dynamique (elle vise également les conditions de travail périodiquement négociées par les organisations compétentes, fussent-elles postérieures à l'insertion de la clause au contrat). Rapportée à l'hypothèse du transfert, accorder sa portée à une clause dynamique implique que le cessionnaire est lié par les avenants négociés aux conventions collectives postérieurement au transfert. Dans quelle mesure ces mécanismes nationaux sont-ils compatibles avec le droit de l'Union ?

(20 bis) Directive 2001/23/CE 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 partie d'entreprises ou d'établissements, JOCE 22/07/2001 n°L82, p. 16.

Une société de droit allemand cède un établissement. Les salariés de l'établissement cédé ont à leur contrat une clause de renvoi dynamique. En l'espèce, ni le cédant, ni le cessionnaire ne sont partie à une organisation patronale signataire. Le cessionnaire soutient que la directive 2001/23 et l'article 16 de la charte s'opposent à l'effet juridique, prévu par le droit national, d'une application dynamique des règles des conventions collectives auxquelles renvoie le contrat de travail. Après le transfert, le respect du droit de l'Union impliquerait une interprétation statique de la clause.

Pour la Cour, « l'article 3 de la directive 2001/23, lu en combinaison avec l'article 16 de la charte doit être interprété en ce sens que, en cas de transfert d'établissement, le maintien des droits et des obligations résultant pour le cédant d'un contrat de travail, s'étend à la clause, dont le cédant et le travailleur sont convenus en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, en vertu de laquelle leur relation de travail est régie non seulement par la convention collective en vigueur à la date du transfert, mais également par des conventions postérieures à ce transfert et qui la complètent, la modifient ou la remplacent, dès lors que le droit national prévoit, au bénéfice du cessionnaire, des possibilités d'adaptation consensuelles ou unilatérales ».

A. Pas de condamnation en soi de l'interprétation dynamique

Si la cour rappelle, dans la lignée de son arrêt *Werhof* (21), que l'objectif visé par la directive 77/187 se limitait à maintenir les droits et obligations des travailleurs en vigueur *au jour du transfert* (22), elle ne suit pas les conclusions de l'Avocat général qui l'incitaient à condamner en tout état de cause l'interprétation dynamique des clauses de renvoi (23). Pour la Cour, le respect du principe de l'autonomie de la volonté implique de reconnaître le caractère dynamique de ces clauses. La clause, dans cette logique, ne devrait pas se voir dénaturée du simple fait du transfert.

A première vue réjouissante, l'absence de condamnation de principe des clauses dynamiques, ne rime cependant pas avec le souci de préservation de la diversité des systèmes nationaux dans un objectif de protection des travailleurs.

B. Maintien d'une lecture combinée des paragraphes 1 et 3 de l'article 3

La directive opère, à l'article 3, une distinction entre les droits et obligations du contrat de travail et les conditions de travail convenues par une convention collective. Les premiers sont transférés au cessionnaire en vertu du paragraphe 1, les secondes sont maintenues, sous conditions, en vertu du paragraphe 3. Cette distinction ne suscite pas l'étonnement chez le juriste de droit français, familier d'une telle partition, entre ce qui relève de l'individuel, rapporté au contrat, et ce qui relève du collectif, rapporté à la convention collective. Pour autant, elle ne résiste pas à la diversité des modèles nationaux. Elle est ici mise à l'épreuve. Le sort des conditions de travail convenues à la convention, lorsqu'elles tirent leur effet normatif du contrat, doit-il être envisagé au titre du paragraphe 1 ou du paragraphe 3 ? La réponse n'est pas sans incidence. Le paragraphe 1 envisage le transfert des droits et obligations issus du contrat. Sur cet unique fondement, dès lors que la clause contractuelle est dynamique, le transfert visera les conditions de travail, même postérieures. A l'inverse, le paragraphe 3 prévoit le maintien des conditions de travail issues d'une convention collective, et ce, sous conditions. D'abord, le cessionnaire n'est tenu au maintien que jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective. Ensuite, les Etats membres peuvent poser une limite temporelle à ce maintien, sous réserve qu'elle ne soit pas inférieure à un an.

Compte tenu de la diversité des systèmes juridiques, l'article 3 se prête à plusieurs lectures.

Selon une première lecture, la partition opérée dessine des champs d'application respectifs. Le critère d'application distributive réside dans la source des droits transférés. Les droits et obligations issus du contrat sont transférés sur le fondement du paragraphe 1, les conditions de travail issues de la convention collective sont maintenues, dans les conditions du paragraphe 3. Cette lecture, intuitive pour un juriste de droit français, suscite moins l'évidence dans les hypothèses où la force obligatoire de la convention collective tire sa source du contrat (24).

(21) CJCE 9 mars 2006, aff. C-499/04, RDT 2006, p.112, note H. Tissandier ; RJS 2006, p. 659, note N. Moizard ; Sem. soc. Lamy 206, n° 1288, p. 33, suppl. note S. Laulom.

(22) Point 18. Cette conception n'est pas anodine : elle conduit subrepticement à examiner les dispositions ou décisions nationales qui font une place au maintien des conditions de travail négociées postérieurement au transfert comme porteuses de conditions plus favorables pour les travailleurs.

(23) « l'article 3 (...) doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'une telle clause présente, après le transfert d'établissement, un

caractère dynamique, c'est à dire qu'elle soit interprétée comme renvoyant également aux adaptations futures que connaîtra ladite convention collective ».

(24) Elle peut cependant être défendue : lorsque le droit national prévoit que l'effet normatif de la convention provient d'une clause contractuelle, les termes de la clause dessinent les conditions du transfert. En d'autres termes, dès lors que la clause est d'interprétation dynamique, le cessionnaire, sauf à renégocier la clause, est lié par les modifications de la convention postérieures au transfert. V en ce sens, P. Rémy, RDT 2014, p. 788s.

Une seconde lecture dite « combinée » ou « articulée » de l'article 3 peut être proposée (25). Dès lors que l'effet normatif de la convention est garanti par une clause contractuelle, celle-ci est transférée sur le fondement du paragraphe 1, mais le maintien des conditions de travail conventionnelles ne dépend pas tant de la rédaction de la clause que des limites posées par la directive à ce maintien, sur le fondement du paragraphe 3.

En adoptant une lecture articulée, deux interprétations restent concevables. Première interprétation : la lecture combinée des paragraphes 1 et 3 s'oppose à ce que la clause présente, à compter du transfert, un caractère dynamique ; seules importent les limites temporelles contenues au paragraphe 3. Telle était la thèse soutenue par l'avocat général dans ses conclusions (26). Seconde interprétation, plus nuancée : l'articulation des paragraphes 1 et 3 n'implique pas que le droit de l'Union condamne en soi, en cas de transfert, l'interprétation dynamique d'une clause de renvoi, mais ouvre la voie à un contrôle du « juste équilibre » entre les intérêts des travailleurs et ceux du cessionnaire par le droit national. Telle était la position de la Cour dans son célèbre arrêt *Alemo-Herron* (27). Il en résultait notamment que l'interprétation dynamique était condamnée si le cessionnaire n'était pas en mesure de procéder, postérieurement à la date du transfert, aux ajustements et aux adaptations nécessaires à la continuation de son activité. La solution adoptée par l'arrêt ci-commenté, se coule parfaitement dans ce raisonnement, et le prolonge : dès lors que le droit national prévoit, au bénéfice du cessionnaire, des possibilités d'adaptation (consensuelle ou unilatérale) (28), l'interprétation dynamique de la clause n'est pas contraire au droit de l'Union.

Cette position a déjà fait l'objet de vives critiques. Certaines remettent en cause la logique même d'une lecture articulée (29) ; d'autres, la justification qui y est apportée. Sur ces deux points, la Cour signe et persiste. Du côté de la justification, la Cour fait référence, comme dans son arrêt *Alemo-Herron*, à la

recherche d'un « juste équilibre » entre les intérêts des travailleurs et ceux du cessionnaire ainsi qu'à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

C. Objectif de la directive et art. 16 de la Charte

L'interprétation dynamique de la clause est compatible avec l'article 3 de la directive dans la mesure où « le droit national prévoit, au bénéfice du cessionnaire, des possibilités d'adaptation aussi bien consensuelle qu'unilatérale ». Le cessionnaire, à qui sont transférées les clauses dynamiques des contrats de travail, doit toujours conserver la possibilité de participer et de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail en vue de la poursuite de son activité économique. Sont convoqués, au fondement de cette réserve, l'objectif de la directive et l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union (30).

D'abord, la directive 2001/23 ne vise pas uniquement à sauvegarder les intérêts des travailleurs mais entend assurer le juste équilibre entre les intérêts de ces derniers et ceux du cessionnaire (31). L'affirmation n'est pas nouvelle (32), elle a déjà fait l'objet de critiques (33). S'il est vrai que les considérants de la directive ne font pas de référence explicite à ce « juste équilibre » (34), l'objectif de réalisation d'un marché intérieur y côtoie celui de protection des travailleurs. En tous les cas, de ce juste équilibre, il faut sans doute désormais retenir que la directive transfert doit être interprétée en ce sens qu'elle garantit le maintien (provisoire) des conditions de travail convenues au jour du transfert.

Ensuite, une telle réserve s'impose, pour la Cour, dans la mesure où l'article 3 doit être lu au regard de la liberté d'entreprise (35). Le raisonnement de la Cour prend à cet égard la forme d'un syllogisme (36). La législation nationale qui prévoit la possibilité pour le cessionnaire, d'adapter, postérieurement au transfert, les conditions de travail existant à la date du transfert (37) est conforme à la jurisprudence *Alemo-Herron* (38). Et la cour de conclure, lapidairement, que puisque cette jurisprudence prend en considération

(25) Position déjà retenue par la Cour dans des affaires concernant la règle de maintien des conventions collectives en cas de transfert d'entreprise, hors hypothèse d'une clause de renvoi, v. CJUE 11 sept. 2014, aff. C-328/13, *Osterreichischer Gewerkschaftsbund*. La Cour considère que les conditions de travail convenues par une convention collective relèvent, en principe, de l'article 3 par. 3, indépendamment de la technique utilisée pour rendre ces conditions de travail applicables aux intéressés.

(26) Lecture explicitement rejetée par la Cour, pt 20.

(27) CJUE 18 juillet 2013, aff. C426/11, v. L. Driguez, Europe n° 10, comm. 148, 2013 ; J.Ph. Lhernould, RJS 11/13, p. 654 ; P. Rémy, RDT 2013, p. 788 ; S. Laulom, Sem. soc. Lamy, 21 juillet 2014, n° 1640.

(28) Ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier.

(29) V. en ce sens, P. Rémy, op. cit.

(30) Pt 23.

(31) Pt 22.

(32) V. déjà l'arrêt *Alemo-herron*, Pt 23 ; v. également plus récemment, CJUE 11 sept. 2014, aff. C-328/13, *Osterreichischer Gewerkschaftsbund*.

(33) V. notamment, S. Laulom, op. cit.

(34) V. L. Driguez, op. cit, en référence à l'ancienne directive 77/187.

(35) Pt 23.

(36) Pt 23 à 26.

(37) Appréciation qui ressort de la décision de renvoi, qui reste seule compétente sur ce point.

(38) Pt 33 : « le cessionnaire doit avoir la possibilité de faire valoir de faire valoir efficacement ses intérêts dans un processus contractuel auquel il participe et de négocier les éléments déterminant l'évolution des conditions de travail de ses employés en vue de sa future activité économique ».

l'article 16 de la Charte, « *il n'y a pas lieu d'examiner davantage la compatibilité de la législation nationale en cause au principal avec celui-ci* » (39). Le contrôle mis en œuvre de la règle nationale de droit du travail au regard de la liberté d'entreprendre apparaît pour le moins faible. Il n'en demeure pas moins que l'arrêt vient se ranger dans la liste, désormais significative,

d'arrêts faisant prévaloir les libertés économiques sur les droits sociaux (40) et qui contribuent à faire des directives sociales l'instrument non d'une protection minimale des travailleurs mais d'une protection maximale qui s'impose aux Etats-membres (41).

Emmanuelle Lafuma

(39) Pt 26.

(40) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking* ; CJCE 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval* ; CJCE 3 avr. 2008, aff. C-346/06, *Rüffert* ; CJUE 18 juill. 2013, aff. C-426/11, *Alemo-Herron* ; CJUE 30 avr. 2015,

aff. C-80/14, *USDAW* ; CJUE 13 mai 2015, aff. C-182/13, *Lyttle* ; CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-201/15, *AGET Iraklis*, *ci-dessous avec le commentaire de J. Porta*.

(41) V. S. Laulom, op. cit. et, Sem. soc. Lamy, n° 1753, 23 janvier 2017.

Le contrôle des licenciements collectifs à l'épreuve du droit de l'Union : remake ou nouvel épisode de la confrontation des finalités économiques et sociales de l'Union ?

Jérôme Porta, Université de Bordeaux, COMTRASEC UMR 5114

1) La directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas, en principe, à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, en vertu de laquelle un employeur ne peut, en l'absence d'accord avec les représentants des travailleurs sur un projet de licenciement collectif, procéder à un tel licenciement qu'à la condition que l'autorité publique nationale compétente à laquelle doit être notifié ce projet n'adopte pas, dans le délai prévu par ladite réglementation et après examen du dossier et évaluation des conditions du marché du travail, de la situation de l'entreprise ainsi que de l'intérêt de l'économie nationale, une décision motivée de ne pas autoriser la réalisation de tout ou partie des licenciements envisagés. Il en va, toutefois, différemment s'il s'avère, ce qu'il appartient, le cas échéant, à la juridiction de renvoi de vérifier que, eu égard aux trois critères d'évaluation auxquels renvoie cette réglementation et à l'application concrète qu'en fait ladite autorité publique sous le contrôle des juridictions compétentes, ladite réglementation a pour conséquence de priver les dispositions de cette directive de leur effet utile.

L'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose, dans une situation telle que celle en cause au principal, à une réglementation nationale telle que celle visée à la première phrase du premier alinéa du présent point.

2) L'existence éventuelle, dans un État membre, d'un contexte caractérisé par une crise économique aiguë et un taux de chômage particulièrement élevé n'est pas de nature à affecter les réponses figurant au point 1 du présent dispositif.

CJUE 21 décembre 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) contre Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalis kai Koinonikis Allilengyis*, aff. C-201/15

N'y a-t-il qu'une seule Europe sociale au sein de l'Union européenne ? Il y a bien l'Europe sociale écrite par la langue institutionnelle, celle de la stratégie européenne pour l'emploi et récemment du socle européen des droits sociaux (42). Pour cette Europe, « *Construire une Union plus inclusive et plus équitable est l'une des principales priorités* » (43). Dans l'à-côté de ces exhortations, le juge européen paraît parfois écrire à l'envers de ce paysage engageant. L'affaire *AGET Iraklis* (44) est de cette dernière Europe et s'ajoute à la liste de ces décisions symboliques (45) qui attestent

des heurts entre le droit de l'Union et les modèles sociaux nationaux. Il en ressort qu'aux yeux de la Cour, le régime de l'autorisation administrative de licenciement collectif - dans les conditions envisagées par la législation grecque - n'est pas « euro-compatible ». Le litige à l'origine de la question préjudicielle adressée par le juge grec à la Cour tient autant du cas d'école que du fait divers transnational : *AGET Iraklis*, une société grecque dont le principal actionnaire est le groupe multinational français Lafarge, invoquant des difficultés sur le marché du ciment, décide l'arrêt

(42) Commission européenne, « *Mise en place d'un socle européen des droits sociaux* », 26 avril 2017, COM(2017) 250 final.

(43) *Ibid.*

(44) CJUE 21 décembre 2016, *AGET Iraklis*, aff. C-201/15.

(45) Les intitulés des commentaires déjà consacrés à cette décision témoignent de cette filiation à la série de décisions ouvertes par les arrêts *Viking et Laval* : S. Laulom, *L'arrêt Aget Iraklis*, un nouvel arrêt *Laval* ? SSL 23 janvier 2017, n° 1753 ; A. Fabre, *Autorisation administrative de licenciements collectifs : la liberté d'entreprise plie mais ne rompt pas...*, RDT 2017, p. 127 ; également L. Driguez, *Europe* n° 2, fév. 2017, comm. 81.

définitif d'une de ses trois usines grecques. Alors que le syndicat répond par la politique de la chaise vide, le projet de licenciement collectif est soumis à autorisation administrative. En effet, le droit grec prévoit qu'en l'absence d'accord entre l'employeur et les représentants des travailleurs, l'administration du travail doit autoriser le projet de licenciement collectif dont la pertinence est appréciée en fonction des conditions du marché du travail, de la situation de l'entreprise et de l'intérêt de l'économie nationale. Jugeant la motivation du projet de licenciement collectif insuffisante et eu égard à l'absence de plan de reclassement dans d'autres usines de la société et aux taux de chômage de plus en plus élevé, le ministre n'a pas autorisé ces licenciements collectifs.

La contestation patronale de ce refus a alors trouvé ses armes dans le droit de l'Union. L'autorisation administrative prévue par la législation grecque est-elle compatible avec la directive 98/59 relative aux licenciements collectifs, ainsi qu'avec la liberté d'établissement (art. 49 TFUE) et à la libre circulation des capitaux (art. 63 TFUE) ? Les magistrats y ajoutaient une seconde question préjudicielle toute politique. Ne fallait-il retenir une solution différente dans un contexte « *de sérieuses raisons sociales telles qu'une crise économique aiguë et un taux de chômage particulièrement élevé* » (46) ? De la réponse à cette seconde question, il y a peu à dire et beaucoup à penser. Sans surprise, la Cour de justice ignore l'invitation à une interprétation politique. La grammaire juridique n'offre que peu de place pour un tel réalisme. Le sens commun du politique s'efface devant la raison du droit et le but de la question préjudicielle – assurer une interprétation uniforme. Quelle que soit la gravité de la crise grecque, il n'y a pas là motif de dérogation à la légalité européenne.

Mais les enseignements de l'arrêt sont ailleurs. La Cour y précise les bornes qu'impose le droit de l'Union aux régimes nationaux de licenciement collectif. Deux limites sont ici dressées : l'effet utile de l'harmonisation et l'interdiction des restrictions aux libertés économiques.

D. L'effet utile de l'harmonisation

La législation grecque, renforçant la protection des travailleurs en cas de licenciement collectif, pouvait-elle relever de l'harmonisation minimale ? La juridiction grecque suggérait qu'en imposant une autorisation administrative, ignorée de la directive 98/59 sur la protection des salariés en cas de licenciement collectif, le législateur national en avait mis

en œuvre l'article 5 qui admet l'adoption de dispositions plus favorables. Paradoxe apparent, la Cour écarte l'application de la directive pour mieux y soumettre le droit national.

Dans un premier temps, la Cour fait œuvre de pédagogie distinguant harmonisation minimale et harmonisation partielle (47). En l'espèce, la directive n'impose en effet qu'une harmonisation partielle des droits nationaux. Son objet principal est de « *faire précéder les licenciements collectifs d'une consultation des représentants des travailleurs et de l'information de l'autorité publique compétente* » (48). Partielle, l'harmonisation ne vise que la procédure et laisse en dehors de son champ d'application le contrôle au fond de la décision de licenciement collectif. L'autorisation administrative ne peut être qualifiée de mesure de transposition de la directive et ne relève donc pas de l'harmonisation minimale.

Que l'autorisation administrative prévue par la législation grecque ne relève pas du champ d'application de la directive ne signifie cependant pas qu'elle échappe à son emprise. En effet, le droit de l'Union n'impose pas seulement aux autorités nationales de transposer les dispositions d'une directive, mais bien de les mettre en œuvre. Autrement dit, il ne suffit pas que le droit national soit conforme à la directive, il doit également en garantir une application effective (49). Aussi « *le caractère limité d'une telle harmonisation ne saurait avoir pour conséquence de priver d'effet utile* » la directive (50). Mais, si la référence à l'« effet utile » est classique, le raisonnement de la cour qui l'accompagne l'est moins. Prenant la formulation de la directive à la lettre, la Cour considère que l'article 2 de la directive 98/59 « *impose une obligation de négociation* » (51), la consultation des représentants des travailleurs devant être effectuée « *en vue d'aboutir à un accord* » afin d'éviter ou de limiter le nombre de licenciement, ainsi que d'en atténuer les conséquences. Dès lors, permettre à l'autorité publique de s'opposer à « *toute possibilité effective pour l'employeur de procéder à des tels licenciements* » priverait la directive d'effet utile. Effectivement, si les licenciements sont empêchés, la consultation des représentants des travailleurs et l'information de l'administration perd de sa saveur. Aussi, l'employeur doit, selon la Cour, conserver la possibilité effective de procéder à des licenciements collectifs. On croit comprendre le raisonnement. A défaut de licenciements, comment les négocier ? Trop protectrice, la législation grecque n'inciterait pas assez à la négociation, les représentants des travail-

(46) CJCE, 21 décembre 2016, préc., pt. 18.

(47) Déjà en ce sens, CJCE 16 décembre 1992, *Katsikas*, Aff. jtes C-132/91, C-138/91 et C-139/91.

(48) CJUE 21 décembre 2016, préc., pt. 28.

(49) Not., J. Porta, *La réalisation du droit. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, LGDJ 2007, spéc. p. 627-722.

(50) CJUE 21 déc. 2016, pt. 36.

(51) CJUE 21 déc. 2016, pt. 39.

leurs ne participant « *le plus souvent* » pas aux consultations (52). Il faudrait donc leur redonner l'énergie... du désespoir.

En définitive, la marge d'appréciation des Etats, y compris dans le cadre de l'harmonisation partielle, reste contrainte. Soucieuse de ne pas attiser le feu des critiques, la Cour a soin de préciser que le droit national peut conditionner ces licenciements « *à ce qu'il soit par ailleurs satisfait à certaines exigences objectives* » (53). Elle n'en trace pas moins une ligne de démarcation. Les licenciements collectifs ne peuvent être interdits ni en théorie, ni en pratique. Aussi le juge national doit-il examiner « *la manière dont cette autorité applique concrètement lesdits critères* » afin de s'assurer que l'employeur conserve « *la possibilité effective (...) de procéder à des licenciements collectifs* ». Le droit français des licenciements collectifs paraît ici hors de cause. Il est probable que soient visés les critères du droit grec étrangers à la situation de l'entreprise tels « *les conditions du marché du travail* » et « *la situation de l'économie nationale* ».

E. Les restrictions aux libertés économiques

L'arrêt rejoue, dans un deuxième temps, une partition européenne désormais bien connue, celle de la confrontation entre les législations sociales et les libertés économiques. La conclusion de la Cour au dit pour droit est sans ménagement : la liberté d'établissement (54) s'oppose à l'autorisation administrative de licenciement conçue sur le modèle de la législation grec. Il faut cependant se garder de l'impression de déjà-vu, l'arrêt recèle bien d'autres enseignements.

Le premier temps du raisonnement a tout l'apparence de la cuisine interne. On aurait tort de s'y tromper. Les révélations de l'arrêt concernant l'applicabilité des libertés de circulation sont un véritable pavé dans la mare. Les libertés économiques ne s'appliquent en principe qu'aux hypothèses de mobilité intra-communautaire (55), excluant donc les situations purement internes.

L'arrêt du 21 décembre 2016 livre une illustration de l'extension pour le moins remarquable ainsi conférée à l'applicabilité de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux. Dans quelle mesure la société *AGET Iraklis*, société grecque, pouvait-elle invoquer les libertés de circulation ? Qu'un employeur

grec licencié en Grèce, voilà qui pourrait passer pour une situation purement interne, ne serait la présence dans son capital du groupe français Lafarge. En effet, la liberté d'établissement confère tant le droit de créer une filiale dans un autre Etat membre que celui d'acquérir « *dans le capital d'une société établie dans un autre Etat membre, une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités* » (56). Ainsi, le groupe Lafarge, détenant 89 % du capital de la société grecque, a exercé sa liberté d'établissement, dont sa filiale grecque peut alors se prévaloir contre le droit national. En matière de libertés économiques, le voile de la personnalité morale se soulève bien plus aisément qu'en droit du travail interne. La porte est ici largement ouverte aux groupes de sociétés européens pour mettre en cause les droits du travail nationaux au nom de la liberté d'établissement. Il suffit qu'une société ayant son siège dans un autre Etat membre ait « *une influence certaine sur les décisions de cette société* ». Mieux, à lire l'arrêt *AGET Iraklis*, à défaut de satisfaire ce dernier critère, l'invoque de la libre circulation des capitaux pourrait bien prendre le relais. En l'espèce, la Cour n'examine pas de manière autonome la compatibilité du droit grec à cette dernière liberté, celle-ci n'imposant pas au droit national de contraintes différentes de la liberté d'établissement. Mais elle a soin d'en relever l'applicabilité : la libre circulation des capitaux est invocable aussi bien si la participation au capital de la société confère une influence sur la société filiale que si elle ne prend la forme que d'un simple placement financier (57). Indéniablement, l'arrêt *AGET Iraklis* est révélateur de l'épée de Damoclès – aux mains des sociétés transnationales – sous laquelle le contentieux des libertés économiques pourrait à l'avenir placer les droits du travail nationaux.

Le deuxième temps du raisonnement est davantage une confirmation qu'une révélation. Sacrifiant à l'idéologie libérale, la Cour considère que soumettre la décision de licenciement à une autorisation administrative constitue une « *restriction* » à la liberté d'établissement. Pour être qualifié de restriction, il n'est nul besoin que le droit national établisse une discrimination en raison de la nationalité, il suffit que ses dispositions soient « *susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement* » (58). N'est-ce pas alors toute règle du droit

(52) Ibid. pt. 42.

(53) CJUE 21 déc. 2016, pt. 40.

(54) Art. 49 TFUE.

(55) Sur ce point, not. J. Porta, L'applicabilité des droits fondamentaux de l'Union européenne, RDT 2011, p. 589.

(56) Ibid., pt. 46.

(57) Relèvent de la libre circulation des capitaux « *les investissements directs sous forme de participation à une entreprise par la détention d'action qui confère la possibilité de participer effectivement à sa gestion et à son contrôle, ainsi que les investissements de portefeuille, c'est-à-dire l'acquisition de titre sur le marché des capitaux effectuée dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise* », Ibid., pt. 58.

(58) Ibid., pt. 48.

du travail qui est en cause ? Le raisonnement de la Cour n'a ici rien pour rassurer. Pour la Cour, « *l'exercice effectif de la liberté d'établissement implique (...) que la filiale, l'agence ou la succursale créée par une personne morale établie dans un autre Etat membre puisse (...) engager des travailleurs dans cet Etat membre* » (59). A cette faculté fait pendant « *la liberté de réduire (...) le volume de cette activité voire celle de renoncer (...) à celle-ci* ». Dans ce contexte, le licenciement est même paré d'atours inattendus. Selon la Cour, « *la décision de procéder à un licenciement collectif constitue une décision fondamentale dans la vie de l'entreprise* » (60).

Vient le troisième temps du raisonnement, celui de la « justification éventuelle » de la restriction. Ce classique contrôle de la justification est révélateur du souci de la Cour d'exclure toute hiérarchisation a priori des objectifs économiques et sociaux de l'Union. Mais l'équilibre vanté est-il bien au rendez-vous du test de proportionnalité ici mis en œuvre ?

La Cour de justice opère-t-elle une hiérarchie entre les objectifs économiques et les objectifs sociaux de l'Union européenne ? Certains commentaires des arrêts *Laval*, *Viking* ou *Rüfert* notamment ont parfois accredité l'idée d'une hiérarchie entre les droits sociaux et les libertés économiques. En l'espèce, la Cour de justice s'emploie manifestement à conjurer cette critique. Rappelant les références aux objectifs sociaux de l'Union dans les traités (61), la Cour tend à donner une lecture du système juridique européen exempte d'une telle hiérarchisation : « *l'Union ayant dès lors non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultants des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale* » (62). Mais cette description apaisante concorde-t-elle avec le raisonnement suivi en l'espèce par la Cour ? Certes, tant « *la protection des travailleurs* » (63) que « *la promotion de l'emploi et de l'embauche (...) visant à diminuer le chômage* » (64) sont reconnus comme des raisons impérieuses d'intérêt général. Toutefois, l'équilibre promis apparaît d'emblée précaire. D'une part, dès lors que les libertés de circulation sont invocables, la liberté d'entreprendre consacrée à l'article 16 de la Charte venant en renfort, l'est également. D'autre part, c'est toujours dans le raisonnement de la Cour la législation nationale qui doit être justifiée au regard des libertés économiques et non l'inverse. L'ordre du

raisonnement suivi n'a-t-il pas *in fine* une influence sur ce que la Cour veut présenter comme une « *mise en balance* » ?

Certes, la Cour affirme clairement la compatibilité d'une législation nationale qui soumettrait le projet de licenciement collectif à une autorisation par une autorité nationale, « *dotée de pouvoirs de contrôle lui permettant, en certaines circonstances, de s'opposer à un tel projet pour des motifs ayant trait à la protection des travailleurs et de l'employeur* » (65) avec tant la liberté d'établissement que la liberté d'entreprise. Les arguments à l'appui de cette affirmation sont pour rassurer les législateurs nationaux et en particulier français. Selon la Cour, « *la liberté d'entreprendre n'apparaît pas comme une prérogative absolue, mais doit être prise en considération par rapport à sa fonction dans la société* » (66). Signe supplémentaire de sa volonté de rassurer, la Cour paraît même considérer un encadrement de la décision de licenciement comme nécessaire à la protection contre tout licenciement injustifié énoncé à l'article 30 de la Charte (67), d'autant qu'« *il n'apparaît pas que des mesures de type moins contraignantes assureraient la réalisation des objectifs ainsi poursuivis d'une manière aussi efficace que celle qui résulte de la mise en place d'un tel encadrement* » (68).

Mais, le droit grec des licenciements collectifs rompt cet équilibre. Les justifications sur lesquelles peut être fondé le refus d'autorisation ne trouve pas grâce aux yeux de la Cour. L'« *intérêt de l'économie nationale* » est écarté : poursuivant un objectif de nature économique, cette justification ne constitue pas une raison d'intérêt général justifiant une restriction aux libertés économiques. La « *situation de l'entreprise* » et les « *conditions du marché* » ont pour leur part une formulation « *très générale et imprécise* ». Elles confèrent à l'autorité en charge de l'autorisation un pouvoir discrétionnaire qui, selon la Cour, rend « *indéterminée et indéterminable* » pour l'employeur les situations dans lesquels il peut procéder à un licenciement. En l'absence de « *conditions objectives et contrôlables* », ces critères imposent aux employeurs des contraintes disproportionnées.

En définitive, le mécanisme d'encadrement des licenciements collectifs est admis dans son principe, mais doit satisfaire à une exigence de prévisibilité. Voilà ressurgissant l'antienne libérale de la sécurité juridique. Chasser la rationalité économique, elle revient au galop...

Jérôme Porta

(59) Ibid., pt. 52.

(60) Ibid., pt. 54.

(61) La Cour vise cumulativement l'article 3, § 3 du TUE, l'article 151, al. 1 TFUE, l'article 147, §1 TFUE et l'article 9 TFUE.

(62) CJUE 21 décembre 2017, pt. 77.

(63) Ibid., pt. 73.

(64) Ibid., pt. 74.

(65) Ibid., pt. 83.

(66) Ibid., pt. 85.

(67) Ibid., pt. 89.

(68) Ibid., pt. 93.