

CHRONIQUES JURISPRUDENTIELLES

DROIT SOCIAL EUROPÉEN

*(Arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes
sélectionnés et commentés par Michèle Bonnechère)*

3 octobre 2000, Sindicato de Medicos de Asistencia Pública (Simap), affaire C-303/98. POLITIQUE SOCIALE - PROTECTION DE LA SÉCURITÉ ET DE LA SANTÉ DES TRAVAILLEURS - DIRECTIVES 89/391/CEE ET 93/104/CEE - CHAMP D'APPLICATION - NOTION DE TEMPS DE TRAVAIL - TRAVAIL DE NUIT - TRAVAIL POSTÉ - DROITS RECONNUS AUX PARTICULIERS - DÉROGATIONS.

(...)

3. (...) La directive de base est la directive-cadre en la matière. Elle arrête les principes généraux qui ont été ultérieurement développés par une série de directives particulières, parmi lesquelles figure la directive 93/104 (...)

Sur le champ d'application de la directive 93/104 (...)

34. Il importe de constater, d'une part, qu'il résulte tant de l'objet de la directive de base, à savoir la promotion de l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, que du libellé de son article 2, paragraphe 1, que son champ d'application doit être conçu de manière large.
35. Il s'ensuit que les exceptions au champ d'application de la directive de base, y compris celle prévue à son article 2, paragraphe 2, doivent être interprétées de manière restrictive (...)

Sur la notion de temps de travail (...)

47. Il convient de rappeler que cette directive définit la notion de temps de travail comme toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou aux pratiques nationales. En outre, dans le système de la directive 93/104, cette notion doit être appréhendée par opposition à la période de repos, ces deux notions étant exclusives l'une de l'autre.
48. Dans l'affaire au principal, les éléments caractéristiques de la notion de temps de travail sont présents dans les périodes de garde des médecins des équipes de premiers soins selon un régime de présence physique dans l'établissement de santé. Il n'est pas contesté que, lors de périodes de garde selon ce régime, les deux premières conditions se trouvent remplies. En outre, même si l'activité effectivement déployée varie selon les circonstances, l'obligation faite à ces médecins d'être présents et disponibles sur les lieux de travail en vue de la prestation de leurs services professionnels doit être considérée comme relevant de l'exercice de leurs fonctions.
50. (...) il en va différemment de la situation dans laquelle les médecins des équipes de premiers soins effectuent les gardes selon le système qui veut qu'ils soient accessibles en permanence sans pour autant être obligés d'être présents dans l'établissement de santé. Même s'ils sont à la disposition de leur employeur dans la mesure où ils doivent pouvoir être joints dans cette situation, les médecins peuvent gérer leur temps avec moins de contraintes et se consacrer à leurs propres intérêts. Dans ces conditions, seul le temps lié à la prestation effective de services de premiers soins doit être considéré comme du temps de travail au sens de la directive 93/104 (...)

Sur le caractère nocturne du travail (...)

57. La question de savoir si la législation nationale sur le travail de nuit des travailleurs soumis à une relation de droit privé peut s'appliquer aux médecins des équipes de premiers soins, qui sont soumis à une relation de droit public, aux fins du choix visé à l'article 2, point 4, sous b), i), de ladite directive, est une question que le juge national doit résoudre conformément aux règles du droit interne. (...)

Sur les notions de travail posté et de travailleur posté (...)

62. Les médecins des équipes de premiers soins sont employés selon un mode d'organisation du travail dans lequel les travailleurs sont occupés successivement sur les mêmes postes de travail, selon un rythme rotatif entraînant pour eux la nécessité d'accomplir un travail à des heures différentes sur une période donnée de jours ou de semaines.
64. (...) ces médecins sont des travailleurs postés au sens de l'article 2, points 5 et 6 de la directive 93/104.

Sur l'applicabilité des dérogations prévues à l'article 17, paragraphes 2, 3 et 4, de la directive 93/104 (...)

68. Même si ces dispositions de la directive 93/104 laissent aux Etats membres une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne la période de référence à fixer aux fins de l'application de l'article 6 de cette directive, cette circonstance n'affecte pas le caractère précis et inconditionnel des dispositions de celle-ci qui sont en cause au principal. En effet, une telle marge d'appréciation n'exclut pas que l'on puisse déterminer des droits minimaux (voir, en ce sens, arrêt du 14 juillet 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec.I-3325, point 17).

A cet égard, il résulte des termes de l'article 17, paragraphe 4, de ladite directive, que la période de référence ne peut en aucun cas dépasser douze mois. Il est donc possible de déterminer la protection minimale qui doit en tout état de cause être mise en oeuvre (...)

Sur l'applicabilité de l'article 18, paragraphe 1, b) de la directive 93/104 (...)

73. Il résulte clairement du libellé de l'article 18, paragraphe 1, sous b)i), premier tiret, de la directive 93/104 que cette disposition requiert l'accord individuel du travailleur. Par ailleurs, ainsi que l'a relevé à juste titre le gouvernement du Royaume Uni, si l'intention du législateur communautaire avait été de permettre de substituer au consentement du travailleur celui exprimé par un syndicat dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif, l'article 6 de ladite directive aurait été inclus dans la liste de ceux auxquels il peut être dérogé par une convention collective ou un accord conclu entre partenaires sociaux, liste figurant à l'article 17, paragraphe 3, de la directive (...)

PAR CES MOTIFS (...) LA COUR DIT POUR DROIT :

- 1) Une activité telle que celle des médecins des équipes de premiers soins relève du champ d'application des directives 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, et 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.
- 2) Le juge national peut, en l'absence de mesures expresses de transposition de la directive 93/104, appliquer son droit interne dans la mesure où, compte tenu des caractéristiques de l'activité des médecins des équipes de premiers soins, celui-ci remplit les conditions prévues à l'article 17 de ladite directive.
- 3) Le temps de garde qu'effectuent les médecins des équipes de premiers soins, selon le régime de la présence physique dans l'établissement de santé, doit être considéré dans sa totalité comme du temps de travail et, le cas échéant, comme heures supplémentaires au sens de la directive 93/104. S'agissant des gardes selon le système qui veut que lesdits médecins soient accessibles en permanence, seul le temps lié à la prestation effective de services de premiers soins doit être considéré comme temps de travail.
- 4) Les médecins des équipes de premiers soins qui assurent des services de garde à des intervalles réguliers pendant la nuit ne peuvent être considérés comme des travailleurs de nuit en vertu du seul article 2, point 4, sous b), de la directive 93/104. La question de savoir si la législation nationale sur le travail de nuit des travailleurs soumis à une relation de droit privé peut s'appliquer aux médecins des équipes de premiers soins, qui sont soumis à une relation de droit public est une question qu'il appartient au juge national de résoudre conformément au droit interne.
- 5) Le travail effectué par les médecins des équipes de premiers soins durant le temps de garde constitue un travail posté, ces médecins sont des travailleurs postés au sens de l'article 2, points 5 et 6, de la directive 93/104.
- 6) En l'absence de dispositions nationales transposant l'article 16, point 2, de la directive 93/104 ou, le cas échéant, adoptant expressément l'une des dérogations prévues à l'article 17, paragraphes 2, 3 et 4, de celle-ci, ces dispositions peuvent être interprétées comme ayant un effet direct et, partant, elles confèrent aux particuliers un droit à ce que la période de référence pour la mise en œuvre de la durée maximale hebdomadaire de leur travail n'excède pas douze mois.
- 7) Le consentement exprimé par les interlocuteurs syndicaux dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif n'équivaut pas à celui donné par le travailleur lui-même, tel que prévu à l'article 18, paragraphe, sous b), i), premier tiret, de la directive 93/104.

NOTE. – Cet arrêt fera-t-il date dans la progression (lente) de l'Europe sociale, comme l'aurait déclaré Mme Diamantopoulou, Commissaire européen chargée des affaires sociales et de l'emploi? L'importance de la décision vient de l'objet des problèmes à résoudre, plus que de la clarté ou de la fermeté de l'interprétation donnée par la Cour de Justice... Les cinq questions préjudicielles posées par une juridiction espagnole étaient intervenues dans le cadre d'un litige opposant le syndicat des médecins de l'assistance publique dans la région de Valence (SIMAP) en Espagne, et l'administration de la santé dans cette même région, au sujet de l'activité des médecins faisant partie d'équipes de premiers soins.

Sans résoudre toutes les questions relatives à leur invocabilité, la Cour de Justice des Communautés Européennes éclaire la portée des directives ayant pour objet l'amélioration de la santé et de la sécurité des

travailleurs (I), tout en se prononçant pour la première fois sur les notions de temps de travail, de travail de nuit, de travail posté (II) ainsi que sur les dispositifs dérogatoires de la directive 93/104 sur l'aménagement du temps de travail (III)

I. LA DIRECTIVE 93/104 SUR L'AMÉNAGEMENT DU TEMPS DE TRAVAIL COMPREND DES RÈGLES DE PROTECTION MINIMALE DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DES SALARIÉS, DONT LE CHAMP D'APPLICATION DOIT ÊTRE INTERPRÉTÉ LARGEMENT, ET ELLE CONFÈRE DES DROITS AUX PARTICULIERS.

L'on savait, depuis l'arrêt du 12 novembre 1996 (1), que la compétence conférée au Conseil par l'article 118A (ancien) du traité CE pour adopter des directives comportant des prescriptions minimales pour améliorer le milieu de travail devait être interprétée largement. L'arrêt SIMAP du 3 octobre 2000 ajoute que le champ d'application de la "directive de base" (directive 89/391 du 12 juin 1989) dont la directive 93/104 du 23 novembre 1993 met en oeuvre les principes généraux dans le domaine de la durée du travail, "doit être conçu de manière large" (point 34), les exceptions relevant d'une interprétation restrictive (point 35). La Cour de Justice fonde ici cette analyse non sur les termes (assez généraux) de l'article 118 A comme dans l'arrêt de 1996, mais sur l'objet de la directive de base: la promotion de l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail. L'arrêt SIMAP recentre avec insistance la réglementation communautaire de l'aménagement du temps de travail sur le concept communautaire d'amélioration du milieu de travail. Ce faisant, la Cour opte pour une interprétation systématiquement favorable à l'extension du champ d'application des directives ayant cet objet, et certainement des dispositions nationales en opérant la transposition.

Une fois acquise en l'espèce l'insertion de l'activité des équipes médicales de premiers soins dans le champ d'application de la directive 93/104 (celle-ci excluant par contre l'activité des médecins en formation, mais à noter l'extension du champ d'application de la directive 93/104 par une directive du 22 juin 2000, JOCE du 2 août 2000), l'une des questions soulevées portait sur l'éventuel "effet direct" de son article 16 §2. Selon ce texte, les Etats peuvent prévoir en matière de durée maximale hebdomadaire du travail une période de référence ne dépassant pas quatre mois, l'article 17 leur laissant toutefois la faculté d'adopter une disposition dérogatoire par voie législative, réglementaire ou conventionnelle permettant la fixation de périodes de référence ne dépassant pas six mois, ou douze mois par la seule voie conventionnelle, notamment pour les services relatifs aux soins dans les hôpitaux ou établissements similaires.

Dans sa réponse, la Cour de Justice considère en premier lieu que la marge d'appréciation laissée aux Etats pour la fixation de la période de référence n'affecte pas le caractère précis et inconditionnel des dispositions de la directive, soulignant que cette marge d'appréciation "n'exclut pas que l'on puisse déterminer des droits minimaux" fixés par la directive. Elle ajoute qu'en l'absence de dispositions nationales de transposition, celles de la directive "confèrent aux particuliers un droit à ce que la période de référence pour la mise en oeuvre de la durée maximale hebdomadaire de leur travail n'excède pas douze mois."

Par delà le niveau de protection en cause (une durée maximale calculée sur douze mois comme minimum absolu communautaire!), l'affirmation selon laquelle la directive, non transposée, confère aux particuliers un droit à une protection minimale doit retenir l'attention. Le litige au principal opposait certes un syndicat de médecins à une administration-employeur, et le renvoi par la Cour de Justice (point 68) à son arrêt Faccini Dori du 14 juillet 1994 évoque l'impossibilité affirmée alors, et répétée depuis (CJCE 4 décembre 1997, Kampelmann, aff. C-258/96.D.O.2000.118) pour les personnes de se prévaloir d'une directive dans les rapports entre particuliers. Pourtant le renvoi est partiel, et la formule utilisée (elles confèrent aux particuliers un droit) au point 6 du "dit pour droit" de l'arrêt SIMAP, comme le silence sur l'absence d'invocabilité horizontale d'une directive non transposée, et sur la situation différente des personnes employées par l'Etat ou ses services (2) conduisent à s'interroger. La jurisprudence communautaire amorcerait-elle une évolution, particulièrement souhaitable, qui pourrait autoriser les salariés à se prévaloir dans leur entreprise du minimum garanti par une directive d'harmonisation sociale non transposée après le délai imparti aux Etats membres? Si tel était le cas, le droit social communautaire serait à l'avant garde de l'Europe des citoyens, décidément sujets des normes communautaires.

Pour l'heure, l'arrêt SIMAP se caractérise par son absence de clarté sur l'étendue de l'invocabilité par les particuliers de la directive non ou mal transposée. L'avocat général Antonio Saggio avait simplement relevé, en note (21) de ses conclusions, que les justiciables peuvent invoquer devant les juridictions nationales les dispositions d'une directive dont le contenu est précis et inconditionnel, et s'en prévaloir à l'encontre de l'Etat et de l'administration publique, y compris les collectivités territoriales. L'arrêt du 3 octobre ne reprend pas ces remarques, et semble bien traduire une hésitation de la Cour de Justice entre le statu quo (pas d'invoca-

(1) Royaume uni c. Conseil de l'Union européenne, affaire 84/94, D.O.1996.513)

(2) CJCE 15 mai 1986, M. Johnston, aff.222/84, rec.1651; CJCE 12 juillet 1990, Foster, aff.188/89

bilité horizontale) et l'adoption d'une jurisprudence donnant la primauté à une application uniforme et efficace du droit communautaire (selon la formule de l'avocat général Otto Lenz dans l'affaire *Facini Dori*) ainsi qu' à l'intérêt des salariés à en bénéficier.

Cet arrêt a été rendu quelques jours avant le renouvellement de la Cour de Justice : la nouvelle Cour ira-t-elle jusqu'à franchir le pas (que redoutent les Etats membres) ?

II. LES NOTIONS COMMUNAUTAIRES DE TEMPS DE TRAVAIL, DE TRAVAIL DE NUIT, DE TRAVAIL POSTÉ.

Face aux Etats membres intervenus (la Finlande et le Royaume Uni) et à la Commission, unanimes pour prétendre exclure de la notion de temps de travail les périodes de garde continue (à l'exception des temps d'interventions effectives) des médecins des équipes de premiers soins, la Cour de Justice donne à la notion de temps de travail un contenu qu'elle veut conforme à l'objectif de la directive: assurer la sécurité et la santé des travailleurs en les faisant bénéficier de périodes minimales de repos et de périodes de pause adéquates. L'approche téléologique de l'arrêt est habituelle, mais l'énoncé de principes directeurs d'interprétation pour les juges nationaux dans ce domaine sensible, était très attendu.

1° Le temps de travail.

La juridiction espagnole demandait à la Cour de Justice si le temps de garde effectué par les médecins des équipes de premiers soins dans les établissements de santé, ainsi que les "périodes d'accessibilité" (sans présence physique dans les hôpitaux) devaient être considérés comme du temps de travail pour le calcul de la durée maximale du travail. La directive 93/104 donne une définition du temps de travail : "toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales". Aux juristes de la Commission y voyant l'énoncé de trois critères cumulatifs, l'avocat général opposa dans ses conclusions l'objectif d'assurer aux travailleurs un temps raisonnable de repos, poursuivi par la directive : "considérer que la directive exclut du temps de travail celui pendant lequel le travailleur est tenu d'être présent sur le lieu de travail et d'être à la disposition de son employeur reviendrait, à notre sens, à admettre que, en adoptant la directive en question, le Conseil a sciemment décider de faire marquer à la politique sociale communautaire un recul par rapport à l'évolution des politiques internes des Etats membres."

Prenant appui sur la Convention de l'OIT du 28 août 1930 (dont l'article 2 vise le temps pendant lequel le personnel est à la disposition de l'employeur), il avait proposé d'interpréter l'article 2, §1 de la directive 93/104 en considérant autonomes les trois critères (présence, disponibilité, activité), et ne devant pas être remplis simultanément. La CJCE l'a suivi en qualifiant de temps de travail la totalité des temps de garde effectués dans les établissements de santé.

L'on doit en retenir que les périodes de présence d'un salarié sur les lieux de travail, à qui obligation est faite de rester disponible, sont toujours des temps de travail au sens de la directive, ce qui paraît plus extensif que l'article L.212-4 du Code du Travail issu de la loi du 13 juin 1998, et invite à concevoir largement les "directives" de l'employeur auxquelles le salarié doit se conformer selon ce dernier texte.

Le raisonnement de la Cour est différent pour les heures pendant lesquelles les médecins doivent demeurer accessibles en permanence sans être présents dans l'établissement : "même s'ils sont à la disposition de leur employeur dans la mesure où ils doivent pouvoir être joints, les médecins peuvent gérer leur temps avec moins de contrainte et se consacrer à leurs propres intérêts", seules les heures de prestation effective de services sont donc du temps de travail. Le seul critère de la disponibilité (en l'absence de présence dans l'établissement) ne suffit donc pas, pour la CJCE, à constituer le temps de travail, dès lors que le travailleur peut (théoriquement) se consacrer à ses intérêts personnels. L'avocat général avait affirmé que la période pendant laquelle le travailleur est soumis au "régime de l'accessibilité" et n'exerce aucune activité professionnelle ne saurait être considérée comme temps de repos. La CJCE ne va pas jusqu'à cette précision, sans l'infirmier toutefois, puisqu'elle relève que les médecins sont alors à la disposition de leur employeur, et qu'il peuvent "gérer leur temps avec moins de contrainte"...

L'"accessibilité", c'est l'"astreinte" du droit français, "temps de troisième type" (3) que la loi du 19 janvier 2000 (article L.212-4 bis) a défini en restant silencieuse sur sa nature juridique. L'arrêt *SIMAP* admet bien sa nature hybride et va dans le sens de l'opposition de l'astreinte tant au travail effectif qu'au temps de

3).J.E. Ray, *Dr. Soc.* 1999.250), que la loi du 19 janvier 2000 (article L.212-4 bis) a défini en restant silencieuse sur sa nature juridique. L'arrêt *SIMAP* admet bien sa nature hybride et va dans le sens de l'opposition de l'astreinte tant au travail effectif qu'au temps de repos

repos (4). Cette première mise au point de la jurisprudence communautaire est importante car la directive 93/104 donne une définition lapidaire du temps de repos ("toute période qui n'est pas du temps de travail", article 2 §2) (5). Loin de se contenter de rappeler la définition du temps de repos figurant dans la directive 93/104, la Cour relève les éléments (disponibilité, minimum de contraintes) faisant des périodes d'"accessibilité" des médecins urgentistes des temps mixtes. L'on ne peut s'étonner qu'elle ne qualifie pas précisément ce troisième temps, sachant que ni la directive ni les droits nationaux (à l'exception semble-t-il d'une loi suédoise de 1982) ne le font. L'avocat général Saggio avait d'ailleurs invité la juridiction communautaire à tenir compte du renvoi de l'article 2 §1 de la directive aux ordres juridiques nationaux: la loi française parle d'astreinte, et qualifier celle-ci de "tiers-temps", exclu du calcul du repos, (Ph. Waquet, loc.cit), est donc par faitement conforme au droit communautaire.

2° Le travail de nuit.

La directive 93/104 définit tant le "travail de nuit" ou "période nocturne" (toute période d'au moins sept heures telle que définie par la législation nationale comprenant en tout cas l'intervalle compris entre vingt-quatre heures et cinq heures) que le "travailleur de nuit" (tout travailleur qui accomplit durant la période nocturne au moins trois heures de son temps de travail journalier accomplies normalement " (article 2 §4,a)), et "tout travailleur qui est susceptible d'accomplir, durant la période nocturne, une certaine partie de son temps de travail annuel, définie selon le choix de l'Etat concerné par la législation nationale...ou par des conventions collectives..." (article 2 §4,b)).

Les médecins des premiers soins, qui assurent des services de garde, peuvent-ils être qualifiés de travailleurs de nuit? La Cour de Luxembourg n'a pas pris position sur le problème. Se retranchant derrière l'absence de mesure espagnole transposant l'article 2 §4,b), et relevant que les médecins n'assurent pas quotidiennement un travail de nuit, elle juge que les médecins urgentistes ne peuvent être considérés comme travailleurs de nuit en vertu des seules dispositions de la directive. L'avocat général s'était livré quant à lui à un travail pratique d'évaluation du temps de travail nocturne des médecins à partir de la notion de temps de travail antérieurement dégagée. Il avait d'autre part avancé une interprétation de l'article 2 §4 b) (possibilité pour les Etats de définir le travail de nuit à partir d'un calcul du temps de travail effectué annuellement) excluant toute possibilité de dérogation à la règle des trois heures énoncée à l'article 2 §4 a. La Cour ne l'a pas suivi.

3° Le travail posté.

Est un travail posté au sens de la directive "tout mode d'organisation du travail en équipe selon lequel des travailleurs sont occupés successivement sur les mêmes postes de travail, selon un certain rythme rotatif, et qui peut être de type continu ou discontinu, entraînant pour les travailleurs la nécessité d'accomplir un travail à des heures différentes sur une période donnée de jours ou de semaines." Et le "travailleur posté" est défini comme "tout travailleur dont l'horaire de travail s'inscrit dans le cadre du travail posté". Le gouvernement espagnol et la Région de Valence, prétendant que le temps consacré aux gardes par les médecins urgentistes ne constituait pas du travail effectif (v. supra), soutenaient aussi que le travail posté, au sens de la directive, ne peut pas correspondre à l'horaire normal des équipes concernées de médecins, organisé selon un schéma fixe: horaire de 8 heures à 15 heures, auquel s'ajoute tous les onze jours une période de garde allant jusqu'à 8 heures le lendemain matin. La Cour de Justice n'attache pas d'importance au fait que les gardes sont effectuées à des intervalles réguliers, et retient l'existence d'un mode d'organisation du travail dans lequel les travailleurs sont occupés successivement sur les mêmes postes de travail, selon un rythme rotatif entraînant pour eux la nécessité d'accomplir un travail à des heures différentes sur une période donnée de jours et de semaines (point 63 de l'arrêt).

En parlant du "travail effectué par les médecins... durant le temps de garde", qualifié de travail posté, la Cour indique que la variation des modalités d'exercice de la prestation de travail (présence physique ou "accessibilité") n'est pas exclusive du travail posté.

III. LA COUR DE JUSTICE SE PRONONCE POUR LA PREMIÈRE FOIS SUR LES MÉCANISMES DÉROGATOIRES DE LA DIRECTIVE 93/104.

Les durées maximales du travail et les périodes minimales de repos correspondent dans la directive à des prescriptions modulables: la directive accepte qu'elles soient respectées en moyenne, sur une période de

(4) Sur cette opposition v. Ph. Waquet, "Le temps de repos", Dr. Soc. 2000.288. Cette première mise au point de la jurisprudence communautaire est importante car la directive 93/104 donne une définition lapidaire du temps de repos ("toute période qui n'est pas du temps de travail", article 2 §2)

(5) L'on ne saurait suivre le commentaire fantaisiste paru dans "Le Monde" du 31 octobre 2000 d'après lequel la CJCE assimilerait, dans son arrêt du 3 octobre 2000, l'astreinte à un temps de repos.

référence à fixer par les Etats membres, dans certaines limites, constituant des prescriptions minimales et dont peuvent se prévaloir les particuliers (*supra*, I).

Plusieurs séries de dérogations sont de plus ouvertes par les articles 17 et 18 de la directive auxquels avaient trait deux des questions préjudicielles.

1° En l'absence de mesures expresses de transposition, le juge national peut-il faire application du droit interne, lorsque la directive permet de déroger à ses dispositions?

La réponse donnée par la Cour de Justice sur ce point est superficielle, passant étonnamment sous silence les conditions de fond posées par la directive.

Selon l'article 17 de la directive 93/104, les Etats peuvent déroger, selon les cas par voie législative ou conventionnelle, aux articles 3, 4, 5, 8 et 16 de la directive, c'est à dire aux durées maximales et aux temps de repos imposés, lorsque l'activité exercée n'est pas prédéterminée (cadres dirigeants par exemple) ou pour toute une série de situations de travail comprenant, entre autres, les services de soins dans les hôpitaux. Le "modèle" communautaire se caractérise donc par sa souplesse. Mais des conditions substantielles sont posées par la norme communautaire : celle-ci exige essentiellement des "périodes équivalentes de repos compensateur" et le "respect des principes généraux de la sécurité et de la santé des travailleurs".

Le juge national, autorisé par la Cour de Justice à faire application de son propre droit, dans le champ des dérogations autorisées, doit évidemment vérifier le respect par les dispositions pertinentes des conditions rappelées. Le silence sur ce point de l'arrêt SIMAP est critiquable, car les conditions à respecter par les mesures dérogatoires appartiennent au "noyau dur" du modèle communautaire, auquel les droits nationaux doivent se conformer. L'on sait que la transposition est superflue lorsque les normes internes antérieures à la directive peuvent en tenir lieu. Mais il faut, si la directive "vise à créer des droits pour les particuliers, que la situation juridique découlant de ces principes soit suffisamment précise et claire et que les bénéficiaires soient en mesure de connaître la plénitude de leurs droits, et, le cas échéant, de s'en prévaloir devant leurs juridictions nationales" (CJCE 23 mai 1985, Commission c/RFA, aff. 29/84, Rec. 1661; CJCE 27 avril 1988, Commission c/France, aff. 252/85, Rec. 2243).

2° La dérogation par accord individuel du travailleur.

L'article 18 §1b) de la directive a introduit dans la directive "à titre expérimental" une disposition permettant aux Etats membres d'admettre qu'un travailleur puisse renoncer individuellement à se prévaloir des règles relatives à la durée maximale hebdomadaire du travail. L'Etat qui utilise cette faculté doit imposer aux employeurs concernés la tenue d'un registre et prévoir que les autorités compétentes (l'inspection du travail) peuvent réclamer à ceux-ci des informations ou même leur interdire ou restreindre, pour des raisons de sécurité et/ou de santé des travailleurs, la possibilité de dépasser la durée maximale. Le Royaume-Uni semble être le seul Etat membre à avoir retenu cette solution (6), que l'on n'imagine guère en France: la renonciation individuelle du salarié à une règle protectrice d'ordre public n'est pas concevable en situation de subordination. La liberté de choix du salarié sera la plupart du temps illusoire, ont souligné (sans succès) les syndicats britanniques...

La juridiction de renvoi voulait savoir "si le consentement exprimé par les interlocuteurs syndicaux dans le cadre d'une convention ou d'un accord collectif équivaut à celui donné par le travailleur lui-même", ce que soutenait le gouvernement espagnol. Le gouvernement britannique (intervenant) avait beau jeu de faire valoir un argument de texte, repris par la Cour de Justice: si la directive avait voulu permettre à la convention collective de déroger à son article 6 §2 (durée maximale hebdomadaire), l'article en cause aurait été inclus dans la liste des dispositions relevant de dérogations conventionnelles (article 17 §3)...

L'on touche en fait une double contradiction interne de la directive, faisant prévaloir une logique de flexibilité, contrairement à l'orientation générale de principe affirmée, et préférant l'expression de la volonté individuelle à une négociation plus équilibrée parce que collective.

La Cour de Justice n'a toutefois pas jugé utile de préciser, comme l'avait fait l'avocat général, que la possibilité de déroger à la règle de la durée maximale hebdomadaire est subordonnée à l'adoption de mesures législatives ou réglementaires de nature à protéger la liberté du travailleur de refuser une augmentation de son temps de travail. L'expérience britannique conduira-t-elle à la suppression de cette disposition lors de son réexamen?

(6) B. Bercusson, "Les temps communautaires", *Dr. Soc.* 2000.248 s.)

• • • • •

8 juin 2000 - Commission des CE c/République française . MANQUEMENT DE LA FRANCE - DIRECTIVE 93/104 SUR L'AMÉNAGEMENT DU TEMPS DE TRAVAIL - NON TRANSPOSITION.

"...L'article 18 §1, a) et c) de la directive dispose que les Etats membres mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à celle-ci au plus tard le 23 novembre 1996, ou s'assurent, au plus tard à cette date, que les partenaires sociaux mettent en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, les Etats membres devant prendre toute mesure nécessaire pour pouvoir à tout moment garantir les résultats imposés par la directive, et qu'ils en informent immédiatement la Commission (...).

"En ne prenant pas, dans le délai prescrit, toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 93/104 CE du Conseil du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive."

NOTE. – Dès le printemps 1997, la Commission avait mis en demeure le gouvernement français d'expliquer la non transposition dans le délai imparti (23 novembre 1996) de la directive 93/104 (sur celle-ci, v. commentaire précédent).

Un double manquement était reproché à la France: n'avoir pas précisé dans le code du travail, conformément à la directive, que le temps minimal de repos quotidien (11 heures) s'ajoute aux vingt quatre heures de repos hebdomadaire minimal, et d'autre part n'avoir pris aucune mesure de transposition des articles 8 à 12 de la directive, correspondant à un encadrement minimal du travail de nuit.

La condamnation prononcée le 8 juin 2000 se fonde sur la non transposition dans le délai prescrit.

Si la loi Aubry II du 19 janvier 2000 a rectifié les textes concernant les temps de repos minima (article L. 221-4 modifié), un vide juridique total continue par contre de caractériser le droit français sur le travail de nuit: non application de l'article L.213-1, lui-même contraire au droit communautaire (d'où une précédente condamnation de la France le 13 mars 1997) ; non-transposition de la directive 93/104, et absence de ratification de la convention 171 de l'OIT concernant le travail de nuit (les lecteurs du Droit Ouvrier pourront se reporter au numéro d'octobre 1991 pour y trouver le texte de cette convention imposant un encadrement minimum du travail de nuit, en annexe à notre commentaire de l'arrêt Stoeckel rendu par la CJCE le 25 juillet 1991).

Les débats parlementaires annoncés pour les prochaines semaines feront-ils progresser l'état de droit en la matière ?

• • • • •

26 septembre 2000- Didier Mayeur et Association Promotion de l'information messine. TRANSFERT D'ENTREPRISE - TRANSFERT À UNE COMMUNE D'UNE ACTIVITÉ PRÉCEDEMMENT EXERCÉE DANS L'INTÉRÊT DE CETTE DERNIÈRE PAR UNE PERSONNE MORALE DE DROIT PRIVÉ - APPLICATION DE LA DIRECTIVE 77/187 DU 14 FÉVRIER 1977.

(...)

22. Il y a lieu de relever que la notion de "service public administratif" constitue une notion de droit administratif français que la Cour, statuant dans le cadre de l'article 234 CE, n'est pas compétente pour interpréter. La Cour peut seulement fournir à la juridiction nationale des éléments d'interprétation du droit communautaire utiles pour la solution du litige au principal (...).
28. Au point 14 de l'arrêt du 15 octobre 1996, Henke (C-298/94, Rec.I-4989), la Cour a jugé que ne constitue pas un transfert d'entreprise au sens de la directive 77/187, la réorganisation de structures de l'administration publique ou le transfert d'attributions administratives entre des administrations publiques (...).
29. En revanche, le transfert d'une activité économique d'une personne morale de droit privé à une personne morale de droit public entre en principe dans le champ d'application de la directive 77/187 (...).
32. Conformément à une jurisprudence constante, la notion d'entreprise au sens de l'article 1er, §1, de la directive 77/187 comprend toute entité économique organisée de manière stable, c'est-à-dire un ensemble structuré de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre (voir en dernier lieu arrêt Allen du 2 décembre 1999, C-234-98). Une telle notion est indépendante du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (...).
35. Dans l'affaire au principal, force est de constater que, contrairement à ce que fait valoir le gouvernement français, le transfert d'activités en cause ne constitue pas une réorganisation de structures de l'administration

publique ou un transfert d'attributions administratives entre des administrations publiques au sens de l'arrêt Henke, précité (...).

44. Il convient de rappeler à cet égard que la directive 77/187 vise à assurer la continuité des relations de travail existant dans le cadre d'une entité économique, indépendamment du changement de propriétaire. Le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert au sens de la directive 77/187 est de savoir si l'entité en question garde son identité, ce qui résulte notamment de la poursuite effective de l'exploitation ou de sa reprise (arrêts du 18 mars 1986, Spijkers, 24/85, Rec.1119, point 11 et en dernier lieu Allen, précité) (...).
55. Il appartient à la juridiction de renvoi d'établir, à la lumière de l'ensemble des éléments qui précèdent, si un transfert a eu lieu dans l'affaire au principal.
56. Quant à une éventuelle obligation, prescrite par le droit national, de résilier les contrats de travail de droit privé en cas de transfert d'une activité à une personne morale de droit public, il convient de constater qu'une telle obligation constitue, conformément à l'article 4, §2 d la directive 77/187, une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur résultant directement du transfert, en sorte que la résiliation desdits contrats de travail doit, dans une telle hypothèse, être considérée comme intervenue du fait de l'employeur (...).

LA COUR dit pour droit :

L'article 1er, §1, de la directive 77/187 CE... doit être interprété en ce sens que cette dernière est applicable en cas de reprise par une commune, personne morale de droit public agissant dans le cadre des règles spécifiques du droit administratif, des activités de publicité et d'information sur les services qu'elle offre au public, exercées jusqu'alors dans l'intérêt de cette commune par une association sans but lucratif, personne morale de droit privé, pour autant que l'entité conserve son identité."

NOTE. – (N.B. Cet arrêt fera l'objet d'un commentaire approfondi du professeur E. Wagner dans un prochain numéro du Droit Ouvrier).

Une association (sans but lucratif), créée à l'initiative du Maire de Metz et subventionnée par la ville, était chargée de promouvoir et de faire connaître la ville de Metz comme zone d'attraction. A la suite de la dissolution de l'association et de la reprise des activités de cette dernière par la ville, un salarié, informé de son licenciement pour motif économique, se prévaut devant le juge prud'homal, de l'article L.122-12 et de la directive 77.187.

Le Conseil de Prud'hommes de Metz, constatant que dans la jurisprudence de la Cour de cassation la reprise par un établissement public, à caractère administratif, ou par une commune, d'une activité exercée par une entreprise privée est censée entraîner la disparition de l'entreprise, non son transfert (notamment Soc. 24 oct.1989, Bull. V. n° 609 ; Soc.8 nov.1978, Bull. V. n° 743), demande à la Cour de Justice des éclaircissements sur la portée de la directive.

La CJCE s'en tient comme d'habitude à deux axes : 1°. la finalité de la directive est d'assurer la continuité des contrats de travail existant dans le cadre d'une entité économique indépendamment du changement de propriétaire ; 2°. Il appartient au juge national d'apprécier si l'entité en question garde son identité, sachant que celle-ci ressort non seulement de l'activité dont elle est chargée, mais aussi "d'autres éléments tels que le personnel qui la compose, son encadrement, l'organisation de son travail, ses méthodes d'exploitation ou encore, le cas échéant, les moyens d'exploitation mis à sa disposition" (point 49 de l'arrêt Mayeur), et que la notion de transfert d'entreprise est en principe indépendante du statut juridique et du mode de financement de l'entité.

L'arrêt touche évidemment au problème de la spécificité des règles applicables aux établissements publics de caractère administratif. La Cour rappelle que la réorganisation de structures de l'administration publique, ne relève pas du champ d'application de la directive, mais ce n'est pas le cas de figure. La juridiction communautaire n'exclut pas que dans certaines circonstances, un changement d'identité puisse résulter de la modification d'éléments caractérisant une entité économique, tels que l'organisation, le financement, la gestion et les règles de droit applicables. Mais, contrairement au gouvernement français, elle doute que ce soit le cas en l'espèce, s'agissant de la reprise par la ville des mêmes activités, qui fonctionnaient déjà comme un service public chargé d'une mission d'intérêt général (selon les indications du juge de renvoi et du gouvernement français), alors géré par une personne privée.

La seconde objection du gouvernement français était tirée de la spécificité de l'emploi dans les services publics administratifs: les agents des services publics administratifs y sont recrutés par concours et relèvent d'une situation statutaire, d'où l'obligation de résilier les contrats de travail de droit privé en l'occurrence. La Cour de Justice constate simplement sur ce point que l'article 4 §2 de la directive doit s'appliquer : il y a modification substantielle des conditions de travail au détriment des travailleurs concernés, et la résiliation des contrats de travail doit être considérée comme intervenue du fait de l'employeur.

Conclusion-proposition : plutôt que de voir dans cette solution une menace pour les statuts des personnels administratifs, considérons-la comme incitant à repenser le cadre juridique dans lequel s'accomplit le transfert d'une activité à une personne publique et à entamer une réflexion approfondie sur les "passerelles" susceptibles d'assurer la continuité des emplois...

● ● ● ● ● ● ● ●

25 mai 2000, Jean-Marie Podesta et CRICA - EGALITE DE RÉMUNÉRATION - ex-ARTICLE 119 DU TRAITÉ CEE - APPLICATION AUX RÉGIMES COMPLÉMENTAIRES DE RETRAITE FRANÇAIS.

(...)

24. Il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, la notion de rémunération, telle qu'elle est délimitée à l'article 119 du traité, n'inclut pas les régimes ou prestations de sécurité sociale, notamment les pensions de retraite, directement réglés par la loi (Barber, 17 mai 1990, C.262/88, Rec. I-1889, et Beune, 28 septembre 1994, C.7/93, Rec. I-4471).
25. En revanche, les prestations octroyées au titre d'un régime de pensions, qui est fonction, pour l'essentiel, de l'emploi qu'occupait l'intéressé, se rattachent à la rémunération dont bénéficiait ce dernier et relèvent de l'article 119 du traité(...)
26. Ainsi que la Cour l'a itérativement précisé, seul le critère tiré de la constatation que la pension est versée au travailleur en raison de la relation de travail qui l'unit à son ancien employeur, c'est à dire le critère de l'emploi, tiré des termes mêmes de l'article 119 du traité, peut revêtir un caractère déterminant (arrêts Beune précité et Evrenopoulos du 17 avril 1997, C.147/95, Rec. I-2057).
27. En outre la Cour a également précisé qu'une pension de survie prévue par un régime professionnel de pensions est un avantage qui trouve son origine dans l'affiliation au régime du conjoint du survivant et relève donc du champ d'application de l'article 119 du traité (arrêt Evrenopoulos précité, point 22).
28. Enfin la directive 86/378, telle que modifiée par la directive 96/97, exclut la faculté des Etats membres de différer l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'âge de la retraite des salariés et les pensions de leurs survivants(...).

La Cour, statuant sur la question soumise par le tribunal de grande instance de Paris, par jugement du 12 janvier 1999, dit pour droit :

L'article 119 du traité CE (...) s'applique aux régimes de retraite complémentaire, tel que celui en cause au principal, et s'oppose à ce que ces régimes opèrent, depuis le 17 mai 1990, une discrimination entre travailleurs masculins et travailleurs féminins au regard de l'âge auquel le conjoint peut bénéficier d'une pension de réversion à la suite du décès de ces travailleurs."

NOTE. – Mme Podesta, cadre de l'industrie pharmaceutique, a cotisé pendant trente-cinq ans auprès des caisses de retraite complémentaire AGIRC et ARRCO. A la suite de son décès, son époux sollicita le versement de la pension de réversion, qui lui fut refusée au motif qu'il n'avait pas encore atteint l'âge de 65 ans, alors que pour les veuves, dans l'hypothèse inverse, l'âge retenu est de 60 ans. En réponse les caisses de retraite ont prétendu que l'article 119 du traité CE (devenu article 141 depuis le traité d'Amsterdam) ne s'appliquait pas, s'agissant d'un régime interprofessionnel géré selon le système de la répartition, qui concerne obligatoirement tous les salariés et répond à des considérations de politique sociale générale.

Ayant rappelé les critères dégagés par elle antérieurement (points 24 à 28 supra), la Cour de Justice constate que les régimes AGIRC et ARRCO sont bien des régimes professionnels, et que ni l'affiliation obligatoire ni la gestion selon le système de répartition ne sont susceptibles de les exclure du champ d'application de l'ex article 119 CE.

L'arrêt rappelle aussi que l'égalité de traitement en matière de pensions professionnelles exigée par l'article 119 peut être invoquée pour des prestations dues au titre de la période d'emploi postérieures au 17 mai 1990, date de l'arrêt Barber, et cite son arrêt antérieur en ce sens du 28 septembre 1994, Van den Akker, C-28/93, Rec. I-4527.

• • • • •

16 mars 2000 - S. Ergat. aff.329/97 - ACCORD D'ASSOCIATION CEE-TURQUIE - DÉCISION 1/80 DU CONSEIL D'ASSOCIATION - MEMBRE DE LA FAMILLE D'UN TRAVAILLEUR - SÉJOUR - NOTION DE RÉSIDENCE RÉGULIÈRE.

(...)

La Cour ...dit pour droit :

(...) un ressortissant turc, qui a été autorisé à entrer dans un Etat membre au titre du regroupement familial avec un travailleur turc appartenant au marché régulier de l'emploi de cet Etat, y a résidé légalement pendant plus de cinq années et y a exercé, avec certaines interruptions, différents emplois réguliers, ne perd pas le bénéfice des droits que lui confère l'article 7, premier alinéa, second tiret de la décision 1/80 du 19 septembre 1980 relative au développement de l'association, adoptée par le conseil d'association institué par l'accord d'association entre la Communauté économique européenne et la Turquie, et, en particulier, le droit à la prorogation de son permis de séjour dans l'Etat membre d'accueil, alors même que son titre de séjour était périmé à la date à laquelle il a présenté une demande en vue de la prorogation de celui-ci qui a été refusée par les autorités nationales compétentes.

• • • • •

10 février 2000. Ömer Nazli e. a., aff. 340/97. ACCORD D'ASSOCIATION CEE-TURQUIE-ARTICLE 6 §1 ET 14 §1 DE LA DÉCISION 1/80 DU CONSEIL D'ASSOCIATION-APPARTENANCE AU MARCHÉ RÉGULIER DE L'EMPLOI- EMPRISONNEMENT- EXPULSION SOUMISE À DES CONDITIONS.

(...)

La Cour ...dit pour droit :

1) Un ressortissant turc, qui a exercé, pendant une période ininterrompue de plus de quatre années, un emploi régulier dans un Etat membre, mais qui a par la suite été placé pendant plus d'une année en détention préventive dans le cadre d'une infraction pour laquelle il a ultérieurement été condamné définitivement à une peine privative de liberté dont l'exécution a été assortie du sursis portant sur l'intégralité de celle-ci, n'a pas cessé, en raison du défaut d'exercice d'un emploi durant sa détention préventive, d'appartenir au marché régulier de l'emploi de l'Etat membre d'accueil, lorsqu'il retrouve un emploi dans un délai raisonnable après sa libération, et peut y prétendre à la prorogation de son permis de séjour aux fins de continuer à exercer son droit de libre accès à toute activité salariée de son choix au titre de l'article 6, §1, troisième tiret, de la décision 1/80, du 19 septembre 1980, relative au développement de l'association, adoptée par le conseil d'association institué entre la Communauté économique européenne et la Turquie.

2) L'article 14, §1, de la décision 1/80 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à l'expulsion d'un ressortissant turc bénéficiant d'un droit directement conféré par ladite décision, lorsque cette mesure est ordonnée à la suite d'une condamnation pénale et dans un but de dissuasion à l'égard d'autres étrangers, sans que le comportement personnel de l'intéressé donne concrètement lieu à penser qu'il commettra d'autres infractions graves de nature à troubler l'ordre public dans l'Etat membre d'accueil."

• • • • •

14 mars 2000 - ACCORD D'ASSOCIATION CEE-TURQUIE - DÉCISIONS DU CONSEIL D'ASSOCIATION - SÉCURITÉ SOCIALE - PRINCIPE DE NON DISCRIMINATION EN RAISON DE LA NATIONALITÉ.

(...)

35 (...) dans l'arrêt du 4 mai 1999, Sûrul (C-262/96, Rec.I-2685), la Cour a jugé que l'article 3, §1, de la décision 3/80 établit, dans le domaine d'application de celle-ci, un principe précis et inconditionnel suffisamment opérationnel pour être appliqué par un juge national et, dès lors, susceptible de régir la situation juridique des particuliers. L'effet direct qu'il convient donc de reconnaître à cette disposition implique que les justiciables auxquels elle s'applique ont le droit de s'en prévaloir devant les juridictions des Etats membres.

36. En vertu de ladite disposition, les ressortissants turcs qui résident sur le territoire de l'un des Etats membres et auxquels les dispositions de la décision 3/80 sont applicables ont le droit de bénéficier, dans l'Etat membre de leur résidence, des prestations de sécurité sociale accordées au titre de la législation de cet Etat aux mêmes conditions que celles prévues pour les ressortissants de celui-ci. Elle constitue ainsi la mise en oeuvre et la concrétisation, dans le domaine particulier de la sécurité sociale, du principe général de non discrimination en raison de la nationalité inscrit à l'article 9 de l'accord d'association (...).

39. S'agissant de la portée du principe de non discrimination en raison de la nationalité inscrit à l'article 3, §1 de la décision 3/80, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, les règles d'égalité de traitement prohibent non seulement les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (voir en ce sens arrêt du 27 janvier 2000, Graf, C-190/98)...
40. Or, d'une part, force est de constater qu'une réglementation telle que celle en cause au principal s'applique indépendamment de la nationalité des travailleurs concernés (...).
51. Or il ne saurait être exigé, sur le fondement du principe de non discrimination en raison de la nationalité inscrit à l'article 3 §1, de la décision 3/80, qu'un Etat membre qui réglemente la détermination de la date de naissance aux fins de la constitution d'un numéro de sécurité sociale et de l'octroi d'une pension de retraite tienne compte de la situation particulière qui découle du contenu et des modalités d'application effective de la législation turque en matière d'état civil (...)

La Cour ...dit pour droit :

L'article 3, §1, de la décision n°3/80 du conseil d'association, du 19 septembre 1980, relative à l'application des régimes de sécurité sociale des Etats membres des Communautés européennes aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre applique à des travailleurs turcs une réglementation qui, aux fins de l'octroi d'une pension de retraite et de la constitution du numéro de sécurité sociale attribué à cet effet, retient comme date de naissance déterminante celle qui résulte de la première déclaration faite par l'intéressé à un organisme de sécurité sociale de cet Etat et subordonne la prise en compte d'une autre date de naissance à la condition que soit produit un document dont l'original a été délivré avant la date de cette déclaration."

NOTE. – Le régime applicable aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille établis dans un Etat de l'Union européenne n'est pas celui des ressortissants communautaires, mais il s'en rapproche sensiblement. La Cour de Luxembourg apporte de nouvelles précisions dans les trois arrêts précités, illustrant l'importance pour les migrants des accords bilatéraux conclus par la Communauté.

1°. L'accord d'association avec la Turquie, du 12 septembre 1963, comme les autres accords conclus par la Communauté avec les pays tiers, est partie intégrante de l'ordre juridique communautaire (CJCE 30 septembre 1987, Demirel, aff. C-12/86, Rec. 3719). Ses dispositions relèvent de l'interprétation de la Cour de Justice, et sont susceptibles de produire un effet direct dans l'ordre interne des Etats membres lorsqu'on y trouve une règle claire, inconditionnelle et précise. La même analyse vaut pour les décisions du Conseil d'association. La décision 1/80, du 19 septembre 1980, relative au développement de l'association CEE-Turquie, comporte une section concernant "les questions relatives à l'emploi et à la libre circulation des travailleurs", dont plusieurs articles concernant le droit de séjour ont donné lieu à une jurisprudence communautaire assez abondante admettant leur invocabilité directe par les ressortissants turcs (v. notamment CJCE 20 septembre 1990, Sevince, aff. 192/89, Rec. 3461 ; CJCE 23 janv. 1997, Recep Tetik, aff. 171/95 Rec. 329, D.O. 1997.545). La décision 3/80, relative à l'application des régimes de sécurité sociale des Etats membres aux travailleurs turcs et aux membres de leur famille a conduit par contre la Cour de Justice à distinguer les cas où des mesures de coordination des législations de sécurité sociale doivent intervenir à titre complémentaire (pas d'effet direct alors : CJCE 10 sept. 1996, Taflan-Met, aff. 277/94, Rec. 4085) de ceux où la disposition se suffit à elle-même lorsqu'est en cause une clause de non discrimination dans l'Etat de résidence (CJCE 4 mai 1999, S. Sürül, aff. C-262/96, rec. 2685 ; Europe 1999 n° 253, obs. L. Idot).

2°. Les conditions d'emploi et de séjour des travailleurs turcs et des membres de leur famille dans les Etats membres ne relèvent que partiellement du droit communautaire: les Etats membres demeurent compétents pour réglementer l'entrée et l'accès à leur premier emploi. Mais selon l'article 6 de la décision 1/80, le travailleur turc appartenant au marché régulier de l'emploi d'un Etat membre y "bénéficie après quatre ans d'emploi régulier, du libre accès à toute activité salariée de son choix". L'on savait déjà qu'après ces quatre ans d'emploi régulier le travailleur turc ayant perdu son emploi (même à la suite d'une démission) devait bénéficier d'un délai raisonnable pour rechercher un nouvel emploi (CJCE 23 janv. 1997, Recep Tetik, précité), comme c'est le cas pour les ressortissants communautaires primo-arrivants (CJCE 26 février 1991, Antonissen, aff. 292/89, Rec. 745).

L'arrêt Ergat du 16 mars 2000 précise les solutions applicables aux membres de la famille. M. Ergat avait rejoint ses parents en Allemagne à l'âge de huit ans puis résidé régulièrement dans ce pays plus de cinq ans. A ce titre l'article 7 de la décision 1/80 lui donnait un droit de libre accès à toute activité salariée, et corrélativement un droit de séjour (v. déjà sur ce lien entre l'effet utile du libre accès à l'emploi et le droit de séjour CJCE 30 sept. 1997. Günaydin, aff. 36/96, Rec. 5143 ; CJCE 19 nov. 1998. Akman, aff. 210/97, Rec. 7519). L'Allemagne pouvait exiger de lui la possession d'un titre de séjour valide, mais ne pouvait pas refuser de renouveler ce titre au motif que la demande de renouvellement avait été introduite tardivement.

L'on relèvera que dans l'arrêt *Ergat*, la Cour adopte la même approche que pour les ressortissants communautaires bénéficiaires de la libre circulation des travailleurs : le droit de séjour est directement conféré par le droit communautaire : le traité dans la libre circulation communautaire (CJCE 3 juillet 1980, *Pieck*, 157/79, Rec. 2171), la décision 1/80 pour les Turcs. La délivrance d'un permis de séjour ne fait qu'attester l'existence de ce droit (v. déjà CJCE 6 juin 1995, *Bozkurt*, aff. 434/93, Rec. 1475), et il n'y a pas à proprement parler de situation irrégulière née du caractère tardif de la demande de titre. Ce type de jurisprudence est ignoré de l'administration française, qui estime utilisable pour les bénéficiaires du droit communautaire, la notion de "situation irrégulière" et corrélativement la procédure de reconduite à la frontière (avec la bénédiction du Conseil d'Etat : arrêt G.I.S.T.I. du 27 mai 1998).

La situation des travailleurs turcs se rapproche également de celle de travailleurs communautaires quant au régime des mesures d'éloignement et à l'exception d'ordre public. L'arrêt *Nazli* du 10 février 2000 concerne un ressortissant turc ayant travaillé pendant dix ans en Allemagne auprès du même employeur, placé en détention préventive pendant plus d'un an, puis ayant fait l'objet d'une mesure d'expulsion sur le fondement de sa condamnation pénale, alors qu'il avait retrouvé un emploi. L'apport de l'arrêt du 10 février 2000 est double :

a) la détention du travailleur pendant un an constitue une interruption temporaire qui n'est pas de nature à faire perdre le droit de séjour découlant de la décision 1/80, article 6, au ressortissant turc ayant appartenu quatre ans au marché régulier de l'emploi ;

b) l'exception d'ordre public figurant à l'article 14 de la décision 1/80, rédigé en des termes quasi identiques à ceux de l'ex article 48 §3 du traité CEE (aujourd'hui article 39 §3), doit être interprétée selon les principes admis pour les travailleurs communautaires. La Cour, en déduit que l'expulsion de l'intéressé, sur le seul fondement d'une condamnation pénale, et dans un but de dissuasion à l'égard d'autres étrangers, est impossible, comme elle l'aurait été pour un ressortissant communautaire (en ce sens : CJCE 26 février 1975, *Bonsignore*, aff. 67/74, Rec. 297 ; CJCE 27 oct. 1977, *Bouchereau*, aff. 30/77, Rec. 1999 ; CJCE 19 janv. 1999, *Calfa*, aff. 348/96, Rec. 11. Europe, mars 1999, comm. L. Idot n° 109).

3°. L'article 3 de la décision 3/80 relative à la coordination des régimes de sécurité sociale affirme au profit des travailleurs turcs et de leur famille le principe d'égalité de traitement. L'on rencontre pareillement dans les accords conclus avec les pays tiers, de telles clauses de non discrimination, invoquées fréquemment en France par des ressortissants Algériens, Tunisiens, Marocains. L'intérêt de l'arrêt *Kocak* du 14 mars 2000 n'est pas seulement de rappeler l'effet direct de la clause (après l'arrêt *Sürül* du 4 mai 1999 précité), mais de prendre position, d'une manière d'ailleurs discutable, sur la portée du principe de non discrimination dans les relations avec les pays tiers : exclut-il les conditions applicables sans condition de nationalité, mais jouant de fait au détriment des travailleurs migrants ? La réponse de la Cour est sans audace.

M. Kocak, comme d'autres de ses compatriotes, avaient déclaré à leur arrivée en Allemagne, pour leur affiliation à la sécurité sociale, une date de naissance. Mais celle-ci avait été rectifiée par la suite en Turquie, et les travailleurs turcs, qui voulaient faire prendre en compte cette rectification pour la détermination de leurs droits à pension, se heurtaient à l'exigence de la production d'un document dont l'original a été délivré avant la date de déclaration à la sécurité sociale.

La Commission soutenait que le contenu de la législation turque, et ses difficultés d'application notamment dans les zones rurales de ce pays, faisaient que les exigences de la loi allemande constituaient une forme de discrimination indirecte des travailleurs turcs, si n'étaient pas démontrés la justification par des considérations objectives, indépendantes de la nationalité du travailleur, et le caractère proportionné à l'objectif légitime recherché de la loi allemande (CJCE O'Flynn, 23 mai 1996 C-237/94, Rec. I.2617). L'approche de la Commission était inventive et concrète (sur la nécessaire reconnaissance des droits de la personne mobile, v. J. Costa-Lascoux, "Politiques migratoires et droits de l'homme", in "Trente ans de libre circulation des travailleurs" Doc. française 1998). Depuis longtemps la jurisprudence communautaire regarde comme indirectement discriminatoires les conditions du droit national "indistinctement applicables selon la nationalité, mais qui affectent essentiellement ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants (CJCE 15 janvier 1986, *Pinna*, 41/84, rec. p.1 ; CJCE 17 novembre 1992, *Commission c/ Royaume-Uni*, aff. 279/89, Rec. I.5785) ou qui peuvent être plus facilement remplies par les travailleurs nationaux (CJCE 10 mars 1993, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-111/91, Rec. I.817) ou qui risque de défavoriser plus particulièrement les travailleurs migrants (CJCE 23 mai 1996, O'Flynn, aff. 237/94, Rec. I.2638).

L'arrêt *Kocak* du 14 mars 2000 ne se situe pas dans le prolongement logique de cette jurisprudence. La Cour de Justice n'a pas suivi la voie réaliste proposée par la Commission : selon elle le principe de non discrimination n'impose pas à l'Etat membre d'accueil de tenir compte, dans sa propre réglementation, des difficultés particulières résultant pour son application à des migrants du contenu et de la mise en oeuvre effective des lois sur l'état civil dans leur pays d'origine... Conception minimale, donc, du principe de non discrimination, dans les rapports avec les pays tiers ?