

## Droit Social Européen

**DROIT SOCIAL EUROPEEN – Egalité de traitement entre salariés à temps partiel et salariés à temps plein – Critères à mettre en œuvre en cas de licenciement collectif économique – Défaut de comparabilité aux fins du choix social s'imposant à l'employeur aux termes du droit national.**

COUR DE JUSTICE  
DES COMMUNAUTES EUROPEENNES (5<sup>e</sup> Ch.)  
26 septembre 2000

**K.**  
contre **Bankhaus Hermann Lampe K.G.**

(Extraits)

(...)

Le cadre juridique

*Le droit communautaire*

3. En vertu de l'article 2, paragraphe 1, de la directive, le principe de l'égalité de traitement au sens des dispositions de la directive implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial ;

(...)

*Le droit national*

5. L'article 1er, paragraphes 1 à 3, du Kündigungsschutzgesetz (loi allemande relative à la protection en matière de licenciement, BGBl. 1969 I, p. 1317), dans sa version applicable à la procédure au principal (ci-après le

"KSchG"), dispose ;

- 1 "Le licenciement d'un travailleur salarié dont le contrat a duré plus de six mois sans interruption dans la même entreprise est juridiquement inopérant lorsqu'il est injustifié socialement ;
2. Le licenciement est socialement injustifié lorsqu'il n'est pas dû à des motifs liés à la personne ou au comportement du travailleur salarié ou à des contraintes pressantes qui pèsent sur l'entreprise et qui s'opposent au maintien de l'emploi du travailleur salarié dans cette entreprise...
3. Si un travailleur salarié est licencié en raison de contraintes pressantes pesant sur l'entreprise au sens du paragraphe 2, le licenciement est néanmoins socialement injustifié si l'employeur n'a pas tenu compte ou a tenu compte insuffisamment des aspects sociaux en choisissant le travailleur ; à la demande du travailleur, l'employeur doit lui indiquer les raisons qui ont motivé son choix social. La première phrase ne s'applique pas lorsque des impératifs fonctionnels, économiques ou d'autres besoins justifiés conditionnent dans l'entreprise le maintien de l'emploi d'un ou plusieurs autres travailleurs et s'opposent ainsi à ce que le choix soit fait selon des critères sociaux. Le travailleur salarié doit prouver la réalité des faits qui font apparaître le licenciement socialement injustifié au sens de la première phrase " ;

(...)

*Le litige au principal*

8. Embauchée par Bankhaus à compter du 1er avril 1991 en qualité d'employée de banque qualifiée et rédactrice diplômée bilingue allemand/anglais, Mme K. était chargée de la gestion des dossiers du département "recouvrement" du secteur des opérations documentaires à la succursale de Hambourg. Elle était employée à temps partiel à raison de 30 heures par semaine (76,92%), l'horaire de travail fixé par la Convention Collective pour les employés à temps complet étant de 38 heures par semaine ;

9. En raison d'une réduction du volume de ses activités internationales, Bankhaus a décidé de réunir son département "recouvrement", jusqu'alors séparé, au reste du service des opérations documentaires. Cette mesure a été partiellement assortie d'une nouvelle répartition des tâches. Estimant qu'elle avait trop de salariés, Bankhaus a notifié à Mme K., par lettre du 21 juin 1996, son licenciement pour motifs économiques avec effet au 30 septembre 1996 ;

10. Mme K. a introduit un recours contre son licenciement devant l'Arbeitsgericht Hamburg. Selon la requérante au principal, dans le cadre du processus ayant conduit à la notification de son licenciement pour motifs économiques, Bankhaus n'aurait pas procédé au choix social entre les travailleurs exécutant les mêmes tâches. Elle aurait en effet omis de comparer Mme K., occupés à raison de 30 heures par semaine, avec les travailleurs occupés à temps complet, soit 38 heures par semaine, et ce alors même que, avant la notification du licenciement, la requérante au principal s'était déclarée prête à effectuer un travail à temps complet ;

11. Par jugement du 18 février 1997, l'Arbeitsgericht a rejeté le recours de Mme K.. Selon cette juridiction, il n'était pas possible d'affecter celle-ci à un poste à plein temps sans modifier son contrat de travail, de sorte que l'emploi de la requérante au principal et les emplois des travailleurs à temps complet n'étaient pas comparables. En outre, Bankhaus n'avait pas l'obligation d'augmenter le volume de travail de la requérante au principal, en modifiant son contrat de travail, pour pouvoir l'employer à un poste à plein temps dans le seul but d'éviter son licenciement ;

12. Estimant que l'exclusion de travailleurs à temps partiel de la catégorie des travailleurs entre lesquels l'employeur doit procéder au choix social lors d'un licenciement pour motifs économiques est indirectement discriminatoire et viole ainsi la directive, la demanderesse a interjeté appel de ce jugement devant le Landesarbeitsgericht Hamburg ;

13. Il ressort de l'ordonnance de renvoi que Bankhaus continue d'employer une collaboratrice à temps complet dont les tâches sont comparables à celles de la demanderesse et que Mme K., compte tenu de sa situation sociale, doit être considérée comme étant prioritaire au regard de la protection de son emploi. Le Landesarbeitsgericht estime également que, si cette collaboratrice n'était pas considérée comme comparable à Mme K., au motif qu'elles étaient occupées, l'une à temps complet, l'autre à temps partiel, cela pourrait impliquer une discrimination indirecte à l'encontre de la requérante au principal ;

*La question préjudicielle*

14. Dans ces conditions, le Landesarbeitsgericht Hamburg a décidé de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

"L'article 5, paragraphe 1, de la directive 76/207/CEE doit-il être interprété en ce sens que, pour l'application de l'article 1er, paragraphe 3, du Kündigungsschutzgesetz - en l'occurrence dans sa rédaction en vigueur jusqu'au 30 septembre 1996 -, les travailleurs féminins occupés à temps partiel sont à considérer, dans le cadre de la détermination de l'ordre des licenciements en fonction de critères sociaux (choix social), comme étant comparables avec les travailleurs masculins/féminins occupés à temps complet lorsque, dans

une branche, beaucoup plus de femmes que d'hommes sont occupés à temps partiel ? "

*Sur la recevabilité*

(...)

*Sur le fond*

22. Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 2, paragraphe 1, et 5, paragraphe 1, de la directive s'opposent à une interprétation d'une disposition nationale, telle que l'article 1er, paragraphe 3, du KSchG, selon laquelle les travailleurs à temps complet ne sont pas comparables aux travailleurs à temps partiel aux fins du choix social de l'employeur est appelé à effectuer en cas de suppression d'un emploi à temps partiel pour motifs économiques ;

23. A cet égard, il y a lieu de rappeler, à titre liminaire, que, selon jurisprudence constante, une réglementation nationale comporte une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs féminins lorsque, tout en étant formulée de façon neutre, elle désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette différence de traitement soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe (voir, notamment, arrêt du 6 avril 2000, Jorgensen, C-226/98, non encore publié au Recueil, point 29) ;

24. Il est constant que, en Allemagne, les travailleurs à temps partiel sont beaucoup plus souvent des femmes que des hommes ;

25. Afin de fournir une réponse utile à la juridiction de renvoi, il convient dès lors de vérifier si l'application d'une disposition nationale telle que celle en cause au principal conduit à une différence de traitement entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps complet. Si ceci s'avère être le cas, la question se pose alors de savoir si cette différence de traitement est justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ;

26. A cet égard, force est de constater d'abord que l'absence de comparabilité entre les travailleurs à temps complet et les travailleurs à temps partiel dans le cadre du choix social à intervenir en application de l'article 1er, paragraphe 3, du KSchG ne comporte aucun désavantage direct pour la dernière catégorie de travailleurs. En effet, les travailleurs à temps complet et les travailleurs à temps partiel sont favorisés ou défavorisés de la même façon selon que, dans le cas concret, c'est un emploi à temps complet ou un emploi à temps partiel qui est supprimé dans une entreprise ;

27. Toutefois, il y a lieu de relever, ainsi que l'a fait la Commission, que, en Allemagne, et probablement sur l'ensemble du territoire de la Communauté, le nombre de travailleurs employés à temps complet est, dans tous les secteurs, sensiblement plus élevé que le nombre de ceux employés à temps partiel. Il s'ensuit que, dans ces conditions, en cas de suppression de postes de travail, les travailleurs à temps partiel sont en général désavantagés puisqu'ils ont moins de possibilités de trouver un autre emploi comparable ;

28. Par conséquent, l'absence de comparabilité entre les travailleurs à temps complet et les travailleurs à temps partiel dans le cadre du choix social à intervenir en application de l'article 1er, paragraphe 3, du KSchG peut conduire à une différence de traitement au détriment des travailleurs à temps partiel et comporter un désavantage indirect pour ces derniers ;

29. Dans ces conditions, il convient de déterminer si une telle différence de traitement est justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ;

30. A cet égard, il y a lieu de relever que, en l'état actuel du droit communautaire, la politique sociale relève des Etats membres, lesquels disposent d'une marge d'appréciation raisonnable en ce qui concerne la nature des mesures de protec-

tion sociale et les modalités concrètes de leur réalisation. De telles mesures, si elles répondent à un objectif légitime de politique sociale, si elles sont aptes à atteindre cet objectif et nécessaires à cet effet et si elles sont donc justifiées par des raisons étrangères à une discrimination fondée sur le sexe, ne peuvent être considérées comme une violation du principe de l'égalité de traitement (arrêt Jorgensen, précité, point 41) ;

31. Il ressort du dossier que l'objectif de la législation allemande en cause est la protection des travailleurs en cas de licenciements tout en tenant compte des impératifs fonctionnels et économiques de l'entreprise ;

32. A cet égard, il ressort des observations soumises à la Cour que la comparabilité des emplois est déterminée en fonction du contenu matériel des contrats de travail respectifs, en appréciant si le travailleur dont l'emploi est supprimé pour des motifs propres à l'entreprise serait en mesure, compte tenu de ses qualifications professionnelles et des activités qu'il a exercées jusqu'alors dans l'entreprise, d'effectuer le travail différent mais équivalent des autres travailleurs ;

33. L'application de ces critères peut, certes, conduire à un désavantage indirect pour les travailleurs à temps partiel du fait que la comparabilité de leurs emplois avec ceux des travailleurs à temps complet est exclue. Cependant, ainsi que l'a relevé le gouvernement allemand, l'introduction d'une comparabilité entre travailleurs à temps complet et travailleurs à temps partiel dans le cadre du choix social à intervenir en application de l'article 1er, § 3, du KSchG reviendrait à favoriser les travailleurs à temps partiel, tout en instaurant un désavantage pour les travailleurs à temps complet. Au cas où leur emploi serait supprimé, les travailleurs à temps partiel devraient, en effet, se voir proposer une affectation à l'emploi à temps complet alors même qu'ils ne peuvent prétendre, en vertu de leur contrat de travail, y être affectés ;

34. La question de savoir si les travailleurs à temps partiel devraient bénéficier d'un tel avantage ou non relève de l'appréciation du législateur national auquel il incombe seul de trouver un juste équilibre dans le droit du travail entre les divers intérêts concernés, appréciation qui, en l'espèce, est fondée sur des considérations qui sont étrangères à l'appartenance des travailleurs à l'un ou l'autre sexe ;

35. Dans ces conditions, il y a lieu de répondre que les articles 2, § 1, et 5, § 1, de la directive doivent être interprétés en ce sens qu'ils n'opposent pas à une interprétation d'une disposition nationale, telle que l'article 1er, § 3, du KSchG, qui considère d'une manière générale que les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps complet ne sont pas comparables aux fins du choix social que l'employeur est appelé à effectuer en cas de suppression d'un emploi à temps partiel pour motifs économiques ;

(...)

PAR CES MOTIFS :

La Cour (5<sup>e</sup> Chambre),

Statuant sur la question à elle soumise par le Landesarbeitsgericht Hambourg, par ordonnance du 24 juillet 1998, dit pour droit :

Les articles 2, § 1, et 5, § 1, de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du prin-

cipe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotions professionnelles, et les conditions de travail, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une interprétation d'une disposition nationale, telle que l'article 1er, paragraphe 3, du Kündigungsschutzgesetz, dans sa version en vigueur jusqu'au 30 septembre 1996, qui considère d'une manière générale que les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps complet ne sont pas comparables aux fins du choix social que l'employeur est appelé à effectuer en cas de suppression d'un emploi à temps partiel pour motifs économiques.

(M. Sevon, Prés.)

#### NOTE. – A propos des travailleurs à temps partiel : une régression de la CJCE ?

Il est communément admis que la CJCE est en "avance" en matière d'égalité entre les travailleurs par rapport à la Cour de Cassation (1). Cependant, une décision du 26 septembre 2000 (2) nous permet de nous interroger sur cette appréciation en ce qui concerne plus particulièrement l'égalité de traitement (3) entre les travailleurs à temps partiel (essentiellement féminins) et les travailleurs à temps plein.

La CJCE avait à examiner la validité d'une disposition de la législation allemande au regard de l'article 5-1 de la directive 76/207 du 9 février 1976 qui dispose que "l'application du principe d'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail, y compris les conditions de licenciement, implique que soient assurées aux hommes et aux femmes les mêmes conditions, sans discrimination fondée sur le "sexe".

#### La législation critiquée

La législation allemande en matière d'ordre des licenciements pour motif économique applique un critère dit de "choix social" : l'employeur doit choisir parmi les salariés "celui qui sera le moins touché par la perte d'emploi" (4). A cet effet, l'employeur allemand doit se fonder sur le contenu du contrat de travail et les caractéristiques de l'activité pour comparer les emplois. Cependant, il semble que la jurisprudence allemande exclut la comparaison de l'emploi d'un travailleur à temps plein avec celui d'un travailleur à temps partiel car l'employeur ne peut modifier unilatéralement le temps de travail de l'un vers l'autre (passage d'un temps plein à un temps partiel et vice versa) (5). Se posait alors la question de savoir si ces dispositions portaient atteinte au principe d'interdiction des discriminations (6).

#### Les faits

Mme K. travaillait à temps partiel depuis cinq ans à la Bankhaus (7), elles était divorcée et avait à charge trois enfants dont un sévèrement handicapé. Lors d'une réorganisation de ses activités, la banque qui l'employait

(1) H. Peschard, Le principe d'égalité entre salariés à temps partiel et à temps complet, Dr. Ouvrier 1998, p. 25.

(2) CJCE, 26.09.2000, K. et Bankhaus Hermann Lampe KG C-322/98, non encore publiée au Recueil, disponible sur le site de la CJCE [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int).

(3) Au niveau communautaire, il y a deux directives importantes en matière d'égalité : une première datant de 1975 relative à l'égalité de rémunérations (Dir. 75/117) et une deuxième datant de 1976 ayant trait à l'égalité de traitement (Dir. 76/207). De nombreuses autres directives traitent de l'égalité en matière de sécurité sociale ou encore de l'égalité pour les travailleurs indépendants.

(4) Conclusions du 14.03.2000 de l'Avocat Général Saggio, point 25. En

France, l'article L. 321-1-1 du Code du Travail fixe quatre critères légaux dont "les charges de famille et en particulier celles de parents isolés [...], les caractéristiques sociales rendant [la] réinsertion professionnelle difficile, [etc.]".

(5) Conclusions, points 5 et 25

(6) La Cour de Cassation a en France indiqué que les distinctions opérées en vue de l'établissement de l'ordre des licenciements entre les salariés à temps plein et ceux à temps partiel étaient exclues (Soc. 03.03.1998, Patron, RJS 4/98) et encore que l'employeur doit appliquer les critères à tous les salariés relevant d'une même catégorie (Soc. 07.07.1998, Sauge, RJS 10/98).

(7) Succursale de Hambourg de la Bankhaus Hermann Lampe KG.

décida de supprimer son poste ; Mme K. contesta ce choix car elle estimait qu'au regard du critère de "choix social" c'est une salariée exerçant une activité équivalente depuis cinq mois qui aurait dû faire l'objet d'un licenciement.

#### Rappel des principes

Il est admis depuis plusieurs années qu'une "réglementation nationale comporte une discrimination indirecte à l'encontre des travailleurs féminins lorsque, tout en étant formulée de façon neutre, elle désavantage en fait un pourcentage beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette différence de traitement soit justifiée par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le "sexe" (8). Néanmoins, la présente affaire se distinguait des arrêts rendus précédemment en matière de discrimination indirecte (9) qui se fondaient sur l'article 119 du Traité CE relatif à l'égalité de rémunération. En l'espèce, les dispositions critiquées ne prévoyaient pas expressément une rémunération différente ni un traitement défavorable des travailleurs à temps partiel (10). En effet, c'est l'impossibilité de comparer les deux catégories de travailleurs compte tenu de leur différence de temps de travail qui pouvait avoir des effets discriminatoires.

Si la Cour reconnaît qu'en Allemagne, les travailleurs à temps partiel sont essentiellement des femmes (11) et que les dispositions critiquées peuvent "comporter un désavantage direct" (12) pour ces travailleurs atypiques, sa position est décevante par son absence d'audace et son refus de trancher entre les divers objectifs des dispositions critiquées.

En effet, l'Avocat général n'a pas été suivi par la Cour en ce qu'il préconisait de dépasser les arrêts en matière de discrimination indirecte en examinant les effets discriminatoires (13) et les justifications objectives (14) pouvant leur être apportées, suivant en cela la méthodologie dégagée initialement dans les arrêts Danfoss et Bilka (15). L'Avocat général suggérait en fait que la justification selon laquelle "la différence en termes d'horaires de travail exclut toujours [...] la possibilité qu'un travailleur à temps partiel puisse prendre le poste d'un travailleur à temps plein" (16) était une "simple généralisation concernant certaines catégories de travailleurs" ne permettant pas de dégager des critères objectifs et étrangers à toute discrimination.

La Cour s'est contentée d'évoquer la "marge d'appréciation raisonnable" qu'ont les Etats membres dans leur politique sociale. Cette position, il est vrai conforme au principe selon lequel c'est le juge national qui apprécie en dernier lieu les faits et la législation (17) ; cependant, il

n'est fait à aucun moment référence au but poursuivi par ladite politique sociale ni au principe de proportionnalité. La Cour a ainsi refusé, comme l'invitait pourtant l'Avocat Général, à arbitrer entre les deux objectifs des dispositions allemandes en matière de licenciement économique : la protection des salariés et le respect des impératifs fonctionnels de l'entreprise. L'Avocat général rappelait quant à lui, que la protection des travailleurs à temps partiel avait une "importance primordiale" (18).

Cette position de la CJCE est critiquable à plusieurs points de vue. Elle est premièrement peu compatible avec la volonté de cette dernière, affirmée quelques paragraphes auparavant (19), de donner une "réponse utile à la juridiction de renvoi". L'absence de toute indication sur les éventuelles justifications de la disposition critiquée dans l'ordonnance de renvoi pourrait expliquer en partie cette position (20). Elle est deuxièmement en contradiction avec la clause 4 de la directive 97/81 du 15.12.1997 sur le travail à temps partiel (21) qui précise que "pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à temps partiel [ne doivent pas être] traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à temps plein comparables au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives". Enfin, l'analyse du phénomène discriminatoire retenue par la Cour (difficulté de retrouver un emploi à temps partiel) accreditée les thèses du temps partiel choisi alors que les statistiques révèlent de manière générale que le temps partiel est subi par un tiers des salariés (22).

#### Conclusion : une occasion manquée ?

Non seulement la Cour a éludé la question de la justification des discriminations indirectes, mais elle n'a également pas su saisir l'occasion qui lui était offerte de préciser sa jurisprudence en matière de preuve des discriminations.

Une piste intéressante lui était pourtant suggérée par l'Avocat général quant à la détermination du groupe de référence (23). En l'espèce, la Bankhaus avait peu de salariés (24). Un examen du phénomène discriminatoire au sein de cet établissement s'avérait donc peu significatif (25). C'est ainsi qu'il était proposé de composer le groupe de référence de l'ensemble des travailleurs employés dans un secteur déterminé ; la solution consistant à comparer l'ensemble de travailleurs à temps partiel employés, en Allemagne, préconisée par la demanderesse étant exclue.

On peut alors inscrire cet arrêt dans la "phase d'auto-discipline de l'activité créatrice de la Cour" telle que définie par l'Avocat général Mancini (26).

**Katell Berthou, Avocate au Barreau de Paris**

(8) CJCE, 30.11.1993, Kirsammer-Hack, C-189/91, Rec. P. I-6185, CJCE, 02.10.1997, Kordig, C-100/97, Rec. p.I-5289, CJCE, 09.02.1999, Seymour-Smith, C-167/97, Rec. p. I-623.

(9) Relatifs au versement d'une indemnité en cas de cessation du contrat (Kowalska, C-33/89), à l'application d'un régime de retraite d'entreprise (Bilka, 170/84), à l'accès aux augmentations de salaires (Nimz, C-184/89), aux indemnités en cas d'arrêt maladie (Rinner-Kühn, 184/89), etc.

(10) On pouvait cependant à minima estimer que les travailleurs à temps partiel sont défavorisés car les possibilités de retrouver un emploi comparable sont plus limitées, ce que la Cour a reconnu (point 27).

(11) Arrêt, point 25.

(12) Arrêt, point 28, les réticences de la Cour apparaissent dès cette étape du raisonnement car elle indique que la disposition "peut conduire à", à comparer avec la position de l'Avocat Général, points 25 à 27.

(13) Conclusions, points 27 à 29.

(14) Conclusions, points 30 à 33.

(15) CJCE, 17.10.1989, Danfoss, 109/88 ; Bilka, préc.

(16) Conclusions, point 32

(17) Bilka, préc., point 36 ; Rinner-Kühn, préc., point 15.

(18) Conclusions, point 33.

(19) Arrêt, point 25.

(20) Conclusions, point 32.

(21) La directive 97/81 a été adoptée par le Conseil sur proposition de la Commission suite à l'accord cadre des partenaires sociaux en matière de temps partiel du 6.06.1997.

(22) S. Mennagand, Le travail à temps partiel en jurisprudence, BS, 2/98.

(23) La Cour a indiqué dans l'arrêt Enderby (C-127/92) que les données peuvent être prises en compte "si elles portent sur un nombre suffisant d'individus [et] si elles ne sont pas l'expression des phénomènes purement fortuits ou conjoncturels" (point 17).

(24) 22 salariés dont 5 à temps partiel, 3 femmes et 2 hommes.

(25) Conclusions, point 28 et 29.

(26) Attivismo e autocontrollo nell giurisprudenza della Corte di Giustizia,