

## DROIT SOCIAL EUROPÉEN

(Première partie)

par *Valérie LACOSTE-MARY*, Maître de conférences, Université Montesquieu-Bordeaux IV, UMR-CNRS 5114, Institut du travail de Bordeaux  
et *Philippe MARTIN*,  
Chargé de recherche CNRS - COMPTRASEC/Université Bordeaux IV

*Le Droit Ouvrier a inauguré en 1994 une chronique, très novatrice pour l'époque, de droit social européen. A l'initiative de cette création, Michèle Bonnechère a analysé depuis, dans ce cadre, avec talent et rigueur, les arrêts importants des juridictions européennes : CJUE (CJCE) en particulier mais également CEDH, ainsi que les rapports entretenus entre les différents ordres juridiques. Michèle continuera d'apporter des contributions au DO, mais a souhaité, il y a quelques mois déjà, ne plus avoir la charge de cette chronique périodique. Valérie Lacoste-Mary et Philippe Martin prennent maintenant le relais. Un grand merci à eux deux et à Michèle.*

*Le Droit Ouvrier*

## PLAN

1. Protection de la santé des travailleurs et droit aux congés annuels payés
2. Egalité de traitement dans l'emploi : discriminations en raison du sexe, de l'âge ou de l'orientation sexuelle
  - 2.1. Egalité d'accès à un cursus de formation professionnelle
  - 2.2. Mise à la retraite d'office et discrimination en raison de l'âge
  - 2.3. Partenariat de vie et régime de retraite complémentaire
3. Les limites de la liberté d'expression des syndicats

**En ce début d'année 2012, la présente rubrique consacrée à l'actualité jurisprudentielle du droit social européen propose une sélection de six décisions rendues en 2011 : quatre arrêts de la CJUE rendus sur renvois préjudiciels et deux arrêts de la CEDH. Les thèmes abordés par la Cour de Luxembourg s'inscrivent dans ce qui constitue sans doute le noyau dur du droit communautaire du travail : la protection de la santé des travailleurs ici abordée sous l'angle de la durée du travail et du droit aux congés annuels, d'une part, et la problématique de l'égalité de traitement dans l'emploi, d'autre part. Quant aux deux arrêts de la CEDH, ils concernent la liberté d'expression syndicale.**

## 1. Protection de la santé des travailleurs et droit aux congés annuels payés

**TEMPS DE TRAVAIL – Aménagement – Directive 2003/88/CE – Droit au congé annuel payé – Extinction du droit au congé annuel payé non pris pour cause de maladie à l'expiration d'un délai prévu par la réglementation nationale.**

CJUE (Grande chambre), 22 novembre 2011, C-214/10, *KHS AG c/Winfried Schulte*

« 14. M. Schulte était employé depuis le mois d'avril 1964 en tant que serrurier auprès de KHS AG ou de l'entreprise à laquelle celle-ci a succédé. Son contrat de travail relevait du champ d'application de l'EMTV. Le droit au congé annuel payé garanti par l'EMTV était de 30 jours par an.

15. Au mois de janvier 2002, M. Schulte a été victime d'un infarctus à la suite duquel il a été gravement handicapé et déclaré inapte au travail. À partir du mois d'octobre 2003, il a perçu une rente en raison de son invalidité totale. Cette situation a perduré jusqu'au 31 août 2008, date à laquelle la relation de travail de M. Schulte a pris fin.

16. Au mois de mars 2009, M. Schulte a saisi l'Arbeitsgericht Dortmund d'une demande tendant à obtenir le versement d'indemnités pour congé annuel payé non pris au titre des périodes de référence correspondant aux années civiles 2006, 2007 et 2008.

19. Le Landesarbeitsgericht Hamm relève que, en vertu de la réglementation nationale et de l'EMTV, les droits aux congés annuels payés pour les années 2007 et 2008 existaient encore lors de la cessation du contrat de travail et que seul le droit au congé annuel payé pour l'année 2006 était perdu en raison de l'expiration de la période de report de quinze mois au total.

20. La juridiction de renvoi n'exclut toutefois pas que la perte, en application de la réglementation nationale, du droit au congé annuel payé pour l'année 2006 puisse être contraire à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88.

21. Dans ces circonstances, le Landesarbeitsgericht Hamm a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 7, § 1, de la directive 2003/88 [...] doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à des législations et/ou à des pratiques nationales qui prévoient que le droit au congé annuel payé minimal s'éteint à l'expiration de la période de référence et/ou de la période de report même lorsque le travailleur est en incapacité de travail pendant une longue durée (étant précisé que cette incapacité de travail pendant une longue durée a pour conséquence qu'il pourrait cumuler des droits à congé annuel payé minimal sur plusieurs années si la possibilité de reporter de tels droits n'était pas limitée dans le temps) ?

2) En cas de réponse négative à cette question, le report de ces droits doit-il alors être possible pendant une période d'au moins dix-huit mois ? ».

Sur les questions préjudicielles :

Sur la première question :

23. À cet égard, il y a lieu de rappeler, d'abord, que, selon une jurisprudence constante, le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JO L 307, p. 18), elle-même, cette directive ayant été codifiée par la directive 2003/88

26. Ainsi, la Cour a constaté que l'article 7, § 1, de la directive 2003/88 ne s'oppose pas, en principe, à une réglementation nationale qui prévoit des modalités d'exercice du droit au congé annuel payé expressément accordé par cette directive, comprenant même la perte dudit droit à la fin d'une période de référence ou d'une période de report. Toutefois, la Cour a assorti cette constatation de principe de la condition que le travailleur dont le droit au congé annuel payé est perdu ait effectivement eu la possibilité d'exercer le droit que ladite directive lui confère (voir arrêt *Schultz-Hoff* e.a., précité, point 43).

29. En effet, à défaut, un travailleur, tel que le requérant au principal, en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives, serait en droit d'accumuler, de manière illimitée, tous les droits à congé annuel payé acquis durant la période de son absence du travail.

30. Or, un droit à un tel cumul illimité de droits au congé annuel payé, acquis durant une telle période d'incapacité de travail, ne répondrait plus à la finalité même du droit au congé annuel payé.

31. En effet, il y a lieu de rappeler que le droit au congé annuel, consacré à l'article 31, § 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et à l'article 7 de la directive 2003/88, a une double finalité, à savoir permettre au travailleur de se reposer par rapport à l'exécution des tâches lui incombant selon son contrat de travail, d'une part, et disposer d'une période de détente et de loisirs, d'autre part (voir arrêt *Schultz-Hoff* e.a., précité, point 25).

37. Le droit au congé annuel payé revêt, en sa qualité de principe du droit social de l'Union, non seulement une importance particulière, ainsi qu'il a été relevé au point 23 du présent arrêt, mais il est aussi expressément consacré à l'article 31, § 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à laquelle l'article 6, § 1, TUE reconnaît la même valeur juridique que les traités.

38. Il s'ensuit que, afin de respecter ce droit dont l'objectif est la protection du travailleur, toute période de report doit tenir compte des circonstances spécifiques dans lesquelles se trouve le travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives. Ainsi, ladite période doit notamment garantir au travailleur de pouvoir disposer, au besoin, de périodes de repos susceptibles d'être échelonnées, planifiables et disponibles à plus long terme. Toute période de report doit dépasser substantiellement la durée de la période de référence pour laquelle elle est accordée.

39. Cette même période doit aussi protéger l'employeur d'un risque de cumul trop important de périodes d'absence du travailleur et des difficultés que celles-ci pourraient impliquer pour l'organisation du travail.

43. Compte tenu des considérations qui précèdent, il est raisonnablement possible de concevoir qu'une période de report du droit au congé annuel payé de quinze mois, telle que celle en cause au principal, ne méconnaît pas la finalité dudit droit, en ce qu'elle assure à celui-ci de garder son effet positif pour le travailleur en sa qualité de temps de repos.

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

L'article 7, § 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à des dispositions ou à des pratiques nationales, telles que des conventions collectives, limitant, par une période de report de quinze mois à l'expiration de laquelle le droit au congé annuel payé s'éteint, le cumul des droits à un tel congé d'un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutives. »

## Note.

Principe de droit social communautaire (1), le droit au congé annuel payé proclamé dans l'article 7 de la directive 2003/88 a déjà fait l'objet de décisions importantes de la CJUE (2). L'arrêt du 22 novembre 2011 rendu par la Grande chambre vient à nouveau apporter des précisions sur le report des congés annuels dû à une incapacité de travail et sur leur éventuelle indemnisation en cas de congés non pris.

En l'espèce, un salarié allemand est atteint d'une maladie de longue durée qui oblige à le considérer comme inapte au travail après une période de trois ans d'arrêt maladie. Il est licencié pour inaptitude en 2009 mais réclame, au titre de son droit à congés, une indemnité de congés payés sur les trois dernières années 2006, 2007, 2008.

Il saisit l'Arbeitsgericht Dortmund qui fait droit à sa demande pour ces trois périodes. La compensation demandée par M. Schulte portait sur le congé annuel payé minimal de vingt jours par an en vertu du droit de l'Union, auxquels s'ajoutaient cinq jours par an au titre du droit allemand. Par la suite, le Landesarbeitsgericht Hamm décide de surseoir à statuer pour poser à la CJUE une question préjudicielle sur l'interprétation de l'article 7 de la directive 2003/88 (3).

En substance, la question posée à la CJUE était de savoir si l'article 7 s'oppose à ce que le droit positif puisse fixer l'extinction de la période de congés payés non prise ou limiter son report même lorsque le salarié est en période de longue maladie. Ainsi, le salarié, dont le contrat est suspendu, peut-il conserver le droit à ses congés et exiger le report de ceux-ci ? En l'espèce, la convention collective prévoyait une période de quinze mois à l'expiration de laquelle le droit aux congés annuels s'éteignait.

La CJUE rappelle que sa jurisprudence (4) a déjà admis que les Etats puissent organiser comme ils l'entendent le droit aux congés comprenant même le report ou la suppression du congé.

Elle estime que, si le report des congés est possible, et même de droit, c'est à la condition que le report

n'entraîne pas un cumul illimité de droits aux congés annuels. Le cumul de telles périodes ne répondrait plus alors à la finalité du droit au congé annuel payé qui est de se reposer et d'avoir une période de repos et de loisirs (5). Si cette double finalité est nécessairement remplie dans la période de référence en cause ou lors de son report, le report de plusieurs périodes de référence ne permet de remplir que le seul volet « loisirs » et ne justifie pas celui du repos.

La CJUE en conclut que le travailleur en incapacité de travail doit être en mesure de reporter son congé mais à la condition, d'une part, que la période de report soit plus longue que la période de référence (§ 38) et, d'autre part, que le cumul de périodes de références n'entraîne pas une désorganisation de l'organisation du travail. Elle estime ainsi que l'Etat peut limiter le droit au report, comme en l'espèce, à une période de quinze mois.

L'intérêt de cette décision est de préciser le droit aux congés annuels des salariés et de l'inscrire au nom des principes fondamentaux du droit de l'Union (5 bis). Il convient d'ailleurs de relever (6) que la Cour appuie son interprétation de l'article 7 de la Directive 2003-88 par un renvoi à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Le droit au congé annuel est ainsi défini comme devant répondre à la fois au juste repos du travailleur et à la possibilité qu'il a d'avoir des loisirs. Ces deux finalités étant indissociables. Le report illimité ne répond plus alors à cette double finalité du droit. Cette décision mesurée de la CJUE mérite d'être approuvée, à l'exception d'une réserve toutefois liée à l'origine de l'incapacité de travail. Il semble que la Cour de Luxembourg aurait pu faire une distinction selon que l'origine de l'incapacité est ou non d'origine professionnelle. Après tout, l'arrêt de travail lié à une incapacité d'origine professionnelle condamne le salarié à une double peine : celle de n'avoir pas eu de loisirs pendant la période considérée et celle de ne pouvoir les revendiquer, même sous forme d'indemnités, en cas de rupture du contrat.

**V. L.-M.**

(1) Différents arrêts concernaient la directive 93/104 : CJUE 26 juin 2001, *Bectu*, C-173/99, Rec. P. I-4881 ; 18 mars 2004, *Merino Gomez*, C-342/01, Rec. P. I-2605, Semaine Sociale Lamy 2004 p. 29 note I. Omarjee, Europe p. 2004 p. 19, L. Idot ; puis, celle de 2003 : CJUE, 16 mars 2006, *Robinson-Steele e.a.*, C-131/04 et C-257/04, Rec. P. I-2531, Dr. Ouv. 2006 p. 365, note M. Bonnechère, RDT 2007 p. 43, note M. Véricel.

(2) CJUE (Grande Chambre), 20 janvier 2009, dans deux affaires jointes mettant en cause le Royaume-Uni et l'Allemagne, C-350/06 et C-520/06. Ces affaires concernaient le droit au report des congés et la compensation financière des congés annuels payés non pris. Voir M. Bonnechère, Dr. Ouv. 2009 p. 349.

(3) Directive (CE) 2003/88 du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JO L. 299 p. 9. Article 7, point 1 : « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie d'un congé annuel

*payé d'au moins quatre semaines, conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales. »*

(4) Voir arrêts précités.

(5) P. Lokiec « Les transformations du droit du temps de travail » Dr. Ouv. septembre et octobre 2009 p. 418, spec. p. 487, disp. sur <http://sites.google.com/site/droitouvrier>

(5 bis) La jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation fait très directement écho à cette position : Soc. 16 fév. 2012, Bull., p. n° 10-21.300 ; Soc. 24 fév. 2009, Dr. Ouv. 2009 p. 229, n. C. Richard.

(6) M. Bonnechère « Revisiter le droit positif par l'ajustement au droit européen ? », Dr. Ouv. 2012 p. 175, spec. p. 181 et 189.

## 2. Egalité de traitement dans l'emploi : discriminations en raison du sexe, de l'âge ou de l'orientation sexuelle

### 2.1. Egalité d'accès à un cursus de formation professionnelle

**DISCRIMINATION** – Charge de la preuve (Dve 97/80) – Egalité de traitement (Dve 2002/73) – Formation professionnelle – Accès à l'information du demandeur – Opposabilité des règles de confidentialité – Sauvegarde de l'effet utile.

CJUE, 21 juillet 2011, *Patrick Kelly contre National University of Ireland (University College, Dublin)*, affaire C-104/10

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

1) L'article 4, § 1, de la directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, doit être interprété en ce sens qu'il ne prévoit pas le droit pour un candidat à une formation professionnelle, qui estime que l'accès à celle-ci lui a été refusé en raison du non-respect du principe d'égalité de traitement, d'accéder à des informations détenues par l'organisateur de cette formation concernant les qualifications des autres candidats à cette même formation, afin qu'il soit en mesure d'établir des « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte », conformément à ladite disposition.

Toutefois, il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part d'une partie défenderesse, dans le cadre de l'établissement de tels faits, puisse risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive, et ainsi priver notamment l'article 4, § 1, de celle-ci de son effet utile. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal.

2) L'article 4 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, ou l'article 1<sup>er</sup>, point 3, de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, modifiant la directive 76/207, doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne prévoient pas le droit pour un candidat à une formation professionnelle d'accéder à des informations détenues par l'organisateur de celle-ci concernant les qualifications des autres candidats à cette même formation, soit lorsque ce candidat estime qu'il n'a pas eu accès à ladite formation selon les mêmes critères que les autres candidats et qu'il a été victime d'une discrimination fondée sur le sexe, visée à cet article 4, soit lorsque ledit candidat se plaint d'avoir été victime d'une discrimination fondée sur le sexe, visée audit article 1<sup>er</sup>, point 3, en ce qui concerne l'accès à cette formation professionnelle.

3) Dans le cas où un candidat à une formation professionnelle pourrait invoquer la directive 97/80 afin d'accéder à des informations détenues par l'organisateur de cette formation concernant les qualifications des autres candidats à celle-ci, ce droit d'accès peut être affecté par des règles du droit de l'Union en matière de confidentialité.

4) L'obligation prévue à l'article 267, § 3, TFUE ne diffère pas selon qu'il existe, dans l'État membre considéré, un système juridique accusatoire ou un système juridique inquisitoire. »

#### Note.

Comme les procédures de recrutement, les processus de sélection de candidats pour une formation professionnelle peuvent s'avérer opaques. Dans cette affaire, la question centrale portait sur la possibilité pour la personne s'estimant victime d'une discrimination en raison du sexe d'exiger, notamment par la voie judiciaire, la divulgation de documents relatifs à l'évaluation des différents candidats à un cursus de formation organisé par un établissement d'enseignement supérieur.

Pour les années 2002 à 2004, l'*University College* de Dublin avait proposé une formation professionnelle intitulée *Master degree in social science* pour des candidats à profil de travailleurs sociaux. En décembre

2001, M. Kelly avait posé une demande pour être admis dans ce cursus. Après sélection des différents candidats, il fut informé en mars 2002 que sa candidature n'avait pas été retenue. Il déposa une plainte en discrimination auprès du *Director of the Equality Tribunal*, soutenant qu'il était plus qualifié que la candidate femme la moins qualifiée retenue pour suivre la formation. Sa plainte ne fut pas accueillie, le plaignant n'ayant pas – selon le tribunal – établi l'apparence de discrimination obligeant l'auteur des actes à apporter la preuve contraire (1). Il forma alors un recours contre cette première décision devant le *Circuit Court* (tribunal d'arrondissement). A cette occasion, il demanda que l'université remette au tribunal les documents afférents à l'évaluation des candidats (procédure dite « *de divulgation* » relevant du droit judiciaire irlandais). Le président du *Circuit Court*

(1) En droit britannique, le *prima facie case*, c'est-à-dire les éléments permettant pour le plaignant d'établir la présomption de discrimination.

rejeta sa demande par une ordonnance rendue en mars 2007. M. Kelly s'adressa alors à la juridiction de degré supérieur, la *High Court*. Cette juridiction a semblé estimer a priori qu'il n'y avait pas lieu de divulguer les documents, mais ayant un doute sur la conformité de cette analyse avec le droit communautaire (2), elle a sursis à statuer et saisit la CJUE afin de lui poser plusieurs questions préjudicielles.

Le juge irlandais a souhaité savoir si la directive 97/80 relative à la charge de la preuve impose la divulgation d'informations concernant les qualifications des autres candidats à une formation (3). Deux questions similaires sont posées sur le fondement de la directive 76/207 et de la directive 2002/73. La *High Court* demande aussi si le fait que, dans le pays en cause, le système judiciaire soit de type accusatoire et non inquisitoire a une incidence sur l'obligation de ce pays au regard de l'article 267, § 3, du Traité qui indique dans quel cas le juge national doit saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel devant la CJUE. Elle demande enfin si le droit d'obtenir des informations au titre des directives précitées peut être affecté par les règles de l'Union ou les règles nationales en matière de confidentialité. En substance, le problème de fond est celui du droit d'accès à des informations permettant d'établir la présomption de discrimination résultant du droit communautaire.

Le dilemme pour le juge national, dans ce cas, résidait dans le fait que la législation nationale en cause, à savoir l'*Order 57A rule 6 des Circuit Court Rules* prévoit la communication des pièces « nécessaires », mais permet au juge de refuser la communication s'il estime qu'il convient de privilégier la confidentialité du document. Cette règle doit néanmoins s'appliquer en conformité, notamment, avec la directive 97/80 qui vise à ce que les mesures nationales soient rendues plus efficaces pour permettre aux victimes de discriminations en raison du sexe de faire valoir leurs droits en justice. Faut-il en inférer que la victime, ou du moins la personne s'estimant victime d'une discrimination, dispose d'un droit à l'information quasi absolu ? A cet égard, le gouvernement allemand (3 bis) fait remarquer devant la CJUE que les textes européens visés à l'instance ne

contiennent aucune indication expresse sur l'octroi d'un droit à l'information.

Pour répondre aux trois premières questions consistant à savoir si les directives communautaires visées créent un droit subjectif à l'information, la Cour s'est comme de coutume référée à certains précédents. Elle rappelle que dans un arrêt Nikoloudi du 10 mars 2005 (4), elle a estimé que les Etats doivent prendre les mesures nécessaires en matière probatoire, mais qu'il incombe néanmoins à la personne qui s'estime lésée d'établir les premiers éléments de fait. Elle se réfère aussi à l'arrêt *El Dridi* du 28 avril 2011 (5), qui pose comme principe que les États membres ne sauraient appliquer une réglementation susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par une directive et, partant, de priver celle-ci de son effet utile.

Ces principes étant rappelés, la CJUE, dans cette affaire *Kelly*, a cependant été sensible aux circonstances de l'espèce, relevant que le tribunal irlandais avait rejeté la demande de divulgation mais que l'Université de Dublin avait proposé de fournir une partie des informations demandées. Elle va finalement se ranger à l'argument du gouvernement allemand et poser que l'article 4, § 1, de la directive 97/80 ne prévoit pas un droit à l'information. On sent toutefois la Cour un peu mal à l'aise sur ce point. Elle estime d'ailleurs (6) qu'il incombe au juge national d'apprécier si le refus d'information est de nature à compromettre l'effet utile de la directive. Cette même analyse est appliquée au regard de l'article 4 de la directive 76/207 et de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 2002/73. Ces différents textes ne confèrent pas à la personne qui s'estime victime d'une discrimination sexuelle un droit d'accéder à des informations détenues par l'organisateur d'une formation concernant les qualifications des autres candidats afin qu'il soit en mesure d'établir des « faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ».

Ce premier élément de réponse devait permettre à la Cour de traiter dans la foulée la cinquième question préjudicielle sur l'éventuel effet des règles nationales ou communautaires de confidentialité des informations. S'appuyant sur sa jurisprudence *Marrosu et Sardino* (7),

(2) En l'occurrence l'article 4 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, de l'article 4, § 1, de la directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, et de l'article 1<sup>er</sup>, point 3, de la directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 septembre 2002, modifiant la directive 76/207 (JO L. 269, p. 15). Ces différents textes étaient applicables au moment des faits. Ils ont depuis été fondus dans la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité

de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

(3) Auquel cas cela permettrait au demandeur de constituer une *prima facie case* et de déplacer la charge de la preuve sur le chef de l'auteur présumé de la discrimination.

(3 bis) Devant la CJUE, tous les Etats membres ont la possibilité d'intervenir à l'instance pour formuler un argument sur l'interprétation du droit communautaire.

(4) Affaire C-196/02.

(5) Affaire C-61/11.

(6) Point 39 de l'arrêt.

(7) CJCE, 7 septembre 2006, affaire C-53/04.



elle rappelle qu'elle n'est pas compétente pour interpréter le seul droit national. Quant aux effets des règles communautaires de confidentialité (les différentes directives sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel), la Cour estime qu'il convient d'en tenir compte dans la mesure où les directives en matière d'égalité entre les femmes et les hommes ne reconnaissent pas un droit à l'information. Au surplus, elle considère que, dans le cas où l'intéressé pourrait invoquer la directive 97/80 afin d'accéder à des informations – selon l'appréciation du juge national – ce droit d'accès peut néanmoins être affecté par les règles de confidentialité.

Enfin, la Cour aborde la question de savoir si le juge national, dans un système accusatoire, serait lié par une obligation de recourir au renvoi préjudiciel plus étendue que s'il agissait dans un système inquisitoire. Se référant à son arrêt *Cartesio* du 16 décembre 2008 (8) et à l'arrêt *Melki et Abdeli* du 22 juin 2010 (9), la Cour décide que les juridictions nationales ont la faculté la plus étendue de saisir le juge communautaire, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que le système est accusatoire ou inquisitoire. Il revient de manière générale à la juridiction nationale d'apprécier si

l'interprétation d'une règle du droit de l'Union est nécessaire.

Au final, cette décision s'avère marquée du sceau de la prudence de la part du juge communautaire. Les directives relatives à l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes en matière d'emploi ont instauré un régime probatoire favorable à la personne qui s'estime victime d'une discrimination. Ces directives doivent produire leur plein effet, ce qui peut conduire le juge national à faciliter l'accès à certaines données. Néanmoins, cette faculté est laissée à l'appréciation de la juridiction nationale. Le plaignant ne peut donc pas l'exiger dans tous les cas. La Cour insiste sur le fait qu'il revient au demandeur d'établir les éléments de fait permettant d'enclencher la présomption de discrimination. Certes, dans des cas tels que celui de l'affaire *Kelly*, cette position se veut protectrice des données relatives aux autres candidats à un poste ou à une formation. Elle limite du même coup les possibilités de prouver la discrimination du côté de la victime. Le juge communautaire n'a pas voulu consacrer la transparence absolue dans les procédures de sélection. Elle laisse au juge national le soin d'user des moyens dont il dispose pour la recherche de la vérité.

Ph. M.

(8) Affaire C-210/06.

(9) Affaires C-188/10 et 189/10.

## 2.2. Mise à la retraite d'office et discrimination en raison de l'âge

### ÉGALITÉ DE TRAITEMENT – Discrimination liée à l'âge (Dve 2000/78) – Mise à la retraite – Objectifs d'intérêt général – Structure d'âge équilibrée – Proportionnalité de la mesure – Appréciation – Office du juge national.

CJUE 21 juillet 2011, *Gerhard Fuchs, Peter Köhler contre Land Hessen*, affaires jointes C-159/10 et C-160/10

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

1) La directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, ne s'oppose pas à une loi, telle que la loi relative à la fonction publique du Land de Hesse (*Hessisches Beamtengesetz*), telle que modifiée par la loi du 14 décembre 2009, qui prévoit la mise à la retraite d'office des fonctionnaires à vie, en l'occurrence les procureurs, lorsqu'ils atteignent l'âge de 65 ans, tout en leur permettant de continuer à travailler, si l'intérêt du service l'exige, jusqu'à l'âge maximal de 68 ans, pour autant que cette loi a pour objectif d'établir une structure d'âge équilibrée afin de favoriser l'embauche et la promotion des jeunes, d'optimiser la gestion du personnel et par là même de prévenir les litiges éventuels portant sur l'aptitude du salarié à exercer son activité au-delà d'un certain âge et qu'elle permet d'atteindre cet objectif par des moyens appropriés et nécessaires.

2) Pour que soit démontré le caractère approprié et nécessaire de la mesure concernée, celle-ci ne doit pas apparaître déraisonnable au regard de l'objectif poursuivi et doit être fondée sur des éléments dont il appartient au juge national d'apprécier la valeur probatoire.

3) Une loi, telle que la loi relative à la fonction publique du Land de Hesse, telle que modifiée par la loi du 14 décembre 2009, qui prévoit un départ à la retraite obligatoire des procureurs lorsqu'ils atteignent l'âge de 65 ans, ne présente pas un caractère incohérent en raison du seul fait qu'elle leur permet dans certains cas de travailler jusqu'à l'âge de 68 ans, qu'elle contient, en outre, des dispositions destinées à freiner les départs à la retraite avant l'âge de 65 ans et que d'autres dispositions législatives de l'État membre concerné prévoient le maintien en activité de certains fonctionnaires, notamment certains élus, au-delà de cet âge ainsi qu'un relèvement progressif de l'âge de la retraite de 65 à 67 ans. »

## Note.

La Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 porte création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Parmi les différents motifs de discrimination prohibés, elle formule en son article 6, § 1, l'interdiction des discriminations fondées sur l'âge. Cette disposition s'avère d'application délicate. Elle fait à ce jour l'objet d'un contentieux assez abondant, notamment au sujet des différents mécanismes de mise à la retraite d'office qui existent dans les droits des Etats membres, aussi bien dans le secteur privé que dans la fonction publique. La difficulté, au fond, tient à une certaine ambivalence de la norme communautaire. D'un côté, elle se fait l'écho des grandes orientations politiques européennes qui tendent notamment à prolonger la vie active et à maintenir les seniors en emploi (10). D'un autre côté, elle reconnaît que « *des différences de traitement liées à l'âge peuvent être justifiées dans certaines circonstances* » et qu'il est « *essentiel de distinguer entre les différences de traitement qui sont justifiées, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et les discriminations qui doivent être interdites* ». L'article 6 § 1 de la directive formule précisément cette réserve et pose que « *les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* ».

Dans l'affaire qui nous intéresse ici, le problème venait de la règle de mise à la retraite d'office des procureurs atteignant l'âge de 65 ans en Allemagne, précisément dans le Land de Hesse. Dans le système allemand, le principe de la limite d'âge pour les fonctionnaires est posé par la loi générale (fédérale) sur la fonction publique ; la limite concrète est cependant fixée par les Länder. Pour le Land de Hesse, la limite est établie à 65 ans, mais la législation locale (la loi HBG) permet des aménagements. Elle prévoit notamment que, si l'intérêt du service l'exige, le départ à la retraite peut, à la demande du fonctionnaire, être repoussé, au-delà de l'âge de 65 ans, par périodes d'un an au maximum, étant entendu que l'âge de 68 ans ne doit en aucun cas être dépassé.

Deux fonctionnaires allemands ayant exercé des fonctions de procureur principal et ayant atteint l'âge de

65 ans en 2009 ont demandé une année supplémentaire au titre de la législation du Land de Hesse. Cette demande est rejetée par le ministre de la Justice du Land au motif que l'intérêt du service ne justifiait pas leur maintien en fonction. Par une action en référé, ils obtiennent le maintien provisoire dans leur emploi, mais cette décision est annulée par la juridiction d'appel. Ils saisissent à nouveau la justice, cette fois au fond, mais le tribunal allemand nourrit un doute sur la compatibilité de la limite d'âge fixée par la législation locale avec l'article 6 de la directive 2000/78. Le juge se demande en substance si la législation peut reposer sur la présomption que l'aptitude au travail devient insuffisante à partir de 65 ans. Cette idée, qui tend à rapprocher retraite et inaptitude, n'est guère tenable dans la mesure notamment où la loi (nationale) repousse l'âge de la retraite à 67 ans. Le juge tient compte du fait qu'initialement, la loi HBG s'est fondée sur l'idée de favoriser l'emploi des jeunes et de « *garantir une structure d'âge appropriée* », mais il se demande si cela va dans le sens de l'intérêt général ou bien dans le seul intérêt de l'employeur.

L'intérêt de cette décision de la CJUE tient en grande partie à l'abondance et à la qualité des questions posées par la juridiction allemande, révélatrices d'une posture de fort doute quant à la conformité de la législation allemande avec l'interdiction des discriminations en raison de l'âge. Comme on va le voir, la Cour de justice aura un œil plus indulgent sur les raisons qui peuvent justifier les mises à la retraite automatiques.

Le juge allemand pose en premier lieu une série de questions relatives à l'appréciation de ce que peut être un objectif d'intérêt général en matière de gestion de l'emploi par les âges. Il s'agit de savoir si les dispositions de la législation en cause (HBG) fixant une limite d'âge obligatoire qui déclenche la mise à la retraite des fonctionnaires poursuivent véritablement un but d'intérêt général.

Il veut savoir, en second lieu, quelles sont les exigences qu'une limite d'âge, au sens du HBG, doit remplir pour être considérée comme appropriée et de nature à permettre la réalisation de l'objectif poursuivi. A cet égard, le juge se demande s'il est approprié de présumer qu'à 65 ans, tous les fonctionnaires des deux sexes deviennent inaptes à exercer leurs fonctions ; est-il de même approprié que la possibilité de maintien en fonction jusqu'à 68 ans soit fonction exclusivement des intérêts particuliers de l'employeur public ?

La troisième série de questions posées à la CJUE porte sur les exigences en matière de cohérence qui doivent être

(10) La directive 2002/78, dans son huitième considérant, rappelle les lignes directrices pour l'emploi en 2000 approuvées par le Conseil européen d'Helsinki en décembre 1999 qui soulignent la nécessité de promouvoir un marché du travail favorable à

l'insertion sociale, ainsi que « *la nécessité d'accorder une attention particulière à l'aide aux travailleurs âgés pour qu'ils participent davantage à la vie professionnelle* ».

remplies par les dispositions en matière de limite d'âge. Il demande entre autres s'il ne conviendrait pas de privilégier les départs volontaires, si la rupture d'office est bien appropriée et nécessaire.

Pour la Cour de l'Union, il ne fait pas de doute que la mise à la retraite automatique des fonctionnaires à l'âge de 65 ans constitue une différence de traitement au sens de la directive 2000/78. Selon une méthode éprouvée, la Cour indique que, pour répondre à la première question posée, il convient de vérifier si la disposition en cause est justifiée par un objectif légitime et si les moyens mis en œuvre pour y parvenir sont appropriés et nécessaires. Dans le cas présent, la Cour constate que la législation en cause ne spécifie pas précisément l'objectif poursuivi par la règle de mise à la retraite d'office. Elle rappelle cependant qu'elle a déjà jugé que le manque de précision de la législation en cause n'implique pas l'absence de motif légitime (11), de même que la pluralité des motifs invoqués simultanément ne constitue pas un obstacle (12). La Cour indique la méthode que doit suivre le juge dans ce cas : les objectifs législatifs peuvent être liés les uns aux autres ou classés par ordre d'importance (13). En somme, le juge doit « découvrir » les motifs qui sous-tendent la législation controversée et les ordonner. Le plus souvent, de manière plus ou moins explicite, les législations nationales imposant des mises à la retraite à un âge déterminé ont comme objectif la promotion de l'emploi des jeunes. Même s'il est démontré par la sociologie que ces politiques n'ont pas toujours produit les effets escomptés, notamment en France (14), la Cour de l'Union considère en principe que la promotion de l'emploi des jeunes est un objectif légitime.

Sur la question de savoir si une telle mesure relève de l'intérêt général ou de l'intérêt particulier de l'employeur, la Cour s'appuie sur la décision *Age Concern* (15) dans laquelle elle a posé que les objectifs d'intérêt général se distinguent des motifs purement individuels propres à l'employeur, tout en reconnaissant qu'une règle nationale peut conférer « *un certain degré de flexibilité aux employeurs* ». Dans le cas présent, la Cour considère que l'objectif consistant à établir une structure d'âge équilibrée entre jeunes fonctionnaires et fonctionnaires plus âgés afin de favoriser l'embauche et la promotion des jeunes est un objectif d'intérêt général, car « *il tient compte de l'intérêt de l'ensemble des fonctionnaires concernés dans le cadre de préoccupations relevant de la politique de l'emploi et du marché du travail en vue d'assurer un service public de*

*qualité, en l'occurrence celui de la justice* » (point 53). On peut toutefois se demander où est l'intérêt des plus âgés dans cette perspective. La CJUE estime que la mise à la retraite des fonctionnaires à 65 ans est une mesure qui permet « *d'optimiser la gestion des personnels et par là même de prévenir les litiges éventuels portant sur l'aptitude du salarié à exercer son activité au-delà d'un certain âge* ». En d'autres termes, la retraite automatique se présente comme un dispositif rationnel, préférable en tout cas à un système qui supposerait des décisions individuelles de licenciement pour inaptitude. Cet argument ne convaincra pas totalement, car il repose sur une présomption d'inaptitude à un âge déterminé. Or, comme l'avait bien perçu la juridiction allemande, ce type de présomption, de par sa généralité, peut s'avérer parfaitement discriminatoire.

La Cour en vient ensuite à l'appréciation du caractère approprié et nécessaire de la mesure. Elle rappelle sa jurisprudence *Palacios de la Villa* pour affirmer que les Etats membres disposent d'une large marge d'appréciation dans la définition des mesures susceptibles de réaliser l'objectif en question. Cette position a pour conséquence d'affaiblir le contrôle du juge sur le caractère approprié et nécessaire des mesures nationales (ou ici régionales) de mise à la retraite automatique. La seule limite, selon la Cour, réside dans le respect du droit de travailler reconnu à l'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Dans des circonstances comme celles de l'espèce, on peut se demander si la mise à la retraite forcée est appropriée et nécessaire et si elle ne porte pas atteinte au droit au travail des plus âgés. Sur ce point, la Cour considère, d'une part, que tous les fonctionnaires ne souhaitent pas nécessairement rester en activité à l'âge auquel ils peuvent prétendre à la pension de retraite. Dans le cas présent, les procureurs partent à 65 ans avec le « *taux plein* » qui correspond à 72 % du dernier traitement. Elle invoque à nouveau la jurisprudence *Palacios* selon laquelle l'atteinte aux prétentions légitimes des travailleurs âgés n'est pas excessive lorsque les intéressés peuvent bénéficier d'une pension dont le niveau ne saurait être considéré comme déraisonnable. La Cour exprime, d'autre part, une opinion sur le bien-fondé des clauses de cessation automatique des contrats de travail des salariés ayant atteint l'âge du départ à la retraite qui, selon elle, « *pourraient favoriser, dans l'intérêt d'un partage du travail entre les générations, l'insertion professionnelle de jeunes travailleurs* ». Ce point de vue est discutable dans sa

(11) CJCE, 16 octobre 2007, *Palacios de la Villa*, aff. C-411/05 et CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, aff. C-341/08.

(12) CJUE, 12 octobre 2010, *Rosenbladt*, aff. C-45/09.

(13) CJUE, 18 novembre 2010, *Georgiev*, aff. C-250/09 et C-268/09.

(14) Cf. les travaux d'A.-M. Guillemand, not. *Les défis du vieillissement. Age, emploi, retraite : perspectives internationales*, Armand Colin, Paris, 2010.

(15) CJCE, 5 mars 2009, aff. C-388/07, Dr. Ouv. 2010 p. 161, n. M. Bonnechère.



généralité, car il revient à instrumentaliser la retraite et en faire un simple outil de gestion du marché du travail. Pour le juge communautaire, le « deal » paraît raisonnable : les vieux sortent du marché en contrepartie d'une pension d'un niveau suffisant. Mais qui apprécie le caractère suffisant ou raisonnable du niveau des pensions ? Le juge national ? On peut l'admettre, mais il faut tenir compte du fait qu'avec la baisse programmée des pensions – notamment pour les salariés aux carrières incomplètes – l'argument devrait jouer dans l'autre sens : celui du maintien des travailleurs âgés en emploi dès lors qu'ils n'ont pas droit à une pension à taux plein. C'est au fond la solution du droit du travail français, pour ce qui est de la procédure de mise à la retraite des salariés ; il demeure que les règles de la fonction publique fonctionnent sur une autre logique.

Malgré cela, la réponse de la Cour à la première série de questions est que la directive 2000/78 ne s'oppose pas à une loi, telle que le HBG, qui prévoit la mise à la retraite d'office des fonctionnaires à vie, en l'occurrence les procureurs, lorsqu'ils atteignent l'âge de 65 ans, pour autant que cette loi a pour objectif d'établir une structure d'âge équilibrée afin de favoriser l'embauche et la promotion des jeunes. En réponse aux autres questions portant sur les données qui doivent être produites par l'État membre pour démontrer le caractère approprié et nécessaire de la mesure en cause

et sur la cohérence d'une législation telle que le HBG, la Cour ne va pas se montrer non plus trop rigoureuse. Si elle considère, en principe, que de simples affirmations générales ne suffisent pas à faire apparaître l'objectif comme légitime (16), la Cour estime que les Etats membres disposent d'une large marge d'appréciation. On admirera la rhétorique. Quant au fait que la législation en cause doive être cohérente, le principe en a été aussi posé dans des arrêts précédents (17) ; mais là encore, la Cour ne semble pas se montrer très exigeante sur le degré de cohérence. Ainsi, le fait qu'existe un décalage temporel entre les nouvelles mesures de la législation nationale relevant l'âge de la retraite et les mesures de la législation régionale en cause n'est pas considéré comme une incohérence.

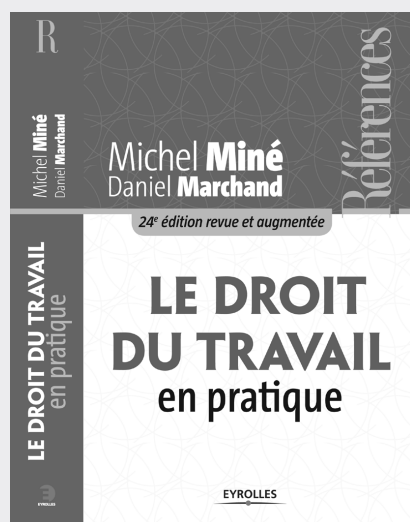
Au final, dans cette affaire *Fuchs et Köhler*, la CJUE consacre la conformité a priori de la législation en cause, laissant au juge national le soin de vérifier les éléments concrets démontrant le caractère approprié et nécessaire de la mesure de mise à la retraite d'office. On observera cependant que la Cour voit d'un œil assez favorable les dispositifs conçus dans l'idée d'un partage du travail entre les générations, alors même que cette conception semble aujourd'hui battue en brèche au plan politique.

**Ph. M.**  
(à suivre)

(16) Jurisprudence *Age Concern*, préc.

(17) CJCE, 10 mars 2009, *Harlaauer*, C-169/07, *Petersen*, précité.

## LE DROIT DU TRAVAIL EN PRATIQUE, par Michel Miné et Daniel Marchand



Cet ouvrage aide à comprendre le droit du travail applicable aujourd'hui, ses règles et leurs usages possibles, ses évolutions, en donnant des points de repère fiables. Il permet d'appréhender les débats en cours parcours professionnels sécurisés, risques psychosociaux, temps de travail, représentativité syndicale et dialogue social, entre autres.

En s'appuyant sur les différentes sources du droit du travail (directives européennes, lois, jurisprudence, conventions collectives) et sur ses institutions, l'ouvrage souligne les nouveautés et traite :

- de l'emploi (réforme des retraites, rupture conventionnelle du contrat de travail, reclassements en cas de licenciements économiques, mobilité, stages, discrimination, harcèlement et violence au travail, protection de la vie personnelle - internet...);
- du travail (obligation de sécurité de résultat de l'employeur; pénibilité, droit de retrait, réforme de la médecine du travail, forfaits en jours, congés payés, règles d'égalité de rémunération...);
- des relations professionnelles (représentativité syndicale, règles de négociation collective, négociations obligatoires – égalité entre les femmes et les hommes, seniors –, élections professionnelles, expertises, comité d'entreprise européen...).