

DROIT SOCIAL INTERNATIONAL ET EUROPEENS

par Valérie LACOSTE-MARY et Jérôme PORTA, enseignants-chercheurs,
Université de Bordeaux – COMPTRESEC UMR 5114

Les congés de parentalité à l'épreuve de la Cour de justice

L'actualité du droit de l'Union fait encore la part belle à la question des congés. L'étude attentive de ces derniers au-delà de simples dispositifs de « droits à », convergent vers des problématiques fondamentales comme celle de la définition du travailleur, de la discrimination et, plus largement, du droit à l'articulation famille/travail. Ces questions au confluent de

droits fondamentaux débordent alors souvent le droit du travail et de la protection sociale. Les congés de parentalité n'échappent pas à la règle et permettent à la Cour de faire le point sur le titulaire du droit à congé (I), sur la notion de congé (II) ainsi que sur la garantie du droit à congé (III).

I. Le titulaire du congé

Dans le domaine de la liberté de circulation, la notion de travailleur a donné lieu à une jurisprudence abondante de la Cour de justice, fondée sur une acception finalisée du « travailleur », qui varie selon « le domaine d'application envisagé » (1), mais ne peut dépendre des définitions internes données par les États (2). Le contentieux hétérogène a apporté ainsi des précisions sur la nature du lien juridique qui détermine la qualité de travailleur (3), faisant du lien de subordination une caractéristique du contrat de travail. Or, la notion de travailleur est fondamentale dans le droit de l'Union, puisqu'elle détermine l'application du droit à la libre circulation. La notion de travailleur n'est cependant définie ni dans le droit primaire, ni dans le droit dérivé où elle fait généralement l'objet de renvois aux droits nationaux. En effet, lorsqu'est en cause l'application de la liberté de circulation, la notion de travailleur est une notion autonome dont la définition revient au juge européen (4). L'affaire du 19 juin 2014 (5) est, à cet égard, un exemple. Plus que la question de savoir si la salariée a droit à un complément de ressources pendant son arrêt de travail dû à sa grossesse, c'est la notion de travailleur qui est interrogée ici.

En effet, si la qualité de travailleur doit être entendue de manière large, jusqu'à quel point peut-elle être appliquée lorsque la qualité de travailleur est revendiquée par une personne qui a cessé son activité professionnelle ? On sait que la personne qui cesse son activité professionnelle peut néanmoins conserver le statut de travailleur en période de chômage ou de formation professionnelle. La difficulté était de savoir, comme dans l'espèce commentée, si une femme qui doit suspendre son activité professionnelle pour cause de grossesse conserve le statut de travailleur. En l'espèce, une jeune femme de nationalité française résidait et travaillait au Royaume-Uni depuis 2006. Enceinte début 2008, elle doit cesser son activité (sans congé maternité) et réclame une prestation non contributive (dite *income support*), qui est accordée aux ressortissantes de l'État d'accueil si leur revenu ne dépasse pas un montant défini. Les personnes de nationalité étrangère peuvent toutefois y prétendre, dès lors qu'elles ont acquis le statut de travailleur au sens de la directive 2004/38 (6) sur le droit de libre circulation et de séjour des citoyens de l'Union. Les autorités nationales s'appuyaient l'article 7 point 3 a)

(1) CJCE 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C85/96, Rec. p. I-2691, Dr. Ouv. 1998, p. 510, n. M. Bonnechère.

(2) CJCE 21 juin 1988, *S. Lair*, aff. 39/86, Rec. p. 3161.

(3) CJCE 3 juillet 1986, *Lawrie Blum*, aff. 66/85, Rec. p. 2121.

(4) CJCE, 12 mai 1998, préc.

(5) CJUE C507/12, *Jessy Saint-Prix c/Secretary of State for Work and Pensions*.

(6) Directive 2004/38/CE du parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler librement sur le territoire des États membres modifiant les règlements et directives CEE précédentes.

de la directive qui énumère les situations de cessation d'activité n'excluant pas la qualité de travailleur. Or, dans la lettre du texte, figure seulement la mention d'une personne ayant « été frappée par une incapacité de travail temporaire résultant d'une maladie ou d'un accident », qui ne peut être retenue pour l'état de grossesse.

Revenant au traité, la Cour de justice, fait appel à la lecture combinée de l'article 7 de la directive 2004/38 et de l'article 45 TFUE sur la libre circulation des travailleurs. La Cour considère que l'énumération des situations d'arrêt d'activité prévues par la directive n'est pas exhaustive. En effet, la notion de travailleur

doit toujours être appréciée de façon extensive afin de donner pleine efficacité au principe de libre circulation des travailleurs. Dès lors, le fait de ne pas exercer une activité professionnelle n'est pas exclusif du statut de travailleur (7). Par ce raisonnement, la Cour étend le champ d'application de la directive à la femme enceinte ayant cessé son activité. Cependant, comme pour d'autres périodes d'inactivité (chômage, formation professionnelle), la suspension de l'activité professionnelle après un congé maternité doit rester temporaire. Cette exigence reste, malgré tout, difficile à apprécier par anticipation (8). En l'espèce, la salariée avait repris son activité professionnelle dans les trois mois qui ont suivi sa grossesse.

II. La notion de congé : l'exemple du congé maternité

Les congés maternité et adoption mènent parfois la Cour sur des chemins inconnus et difficiles d'accès. Ce sentiment a dû habiter les juges auxquels était soumise une situation inédite : il s'agissait de savoir s'il pouvait être accordé un congé maternité ou d'adoption à des femmes ayant eu recours à une mère porteuse dans des conditions légales dans leurs pays respectifs (9). Si la résolution de ce conflit n'intéresse pas *a priori* la France (10), les pratiques des pays voisins pourraient, sans doute, l'inspirer d'ici quelques années. En dépit de contextes nationaux différents, les deux affaires posaient des problèmes similaires. Dans la première espèce, la loi britannique était en cause. Une ressortissante britannique, employée dans un hôpital au Royaume-Uni avait conclu légalement une convention de mère porteuse. L'enfant conçu avec le sperme du mari et l'ovule d'une autre femme avait été adopté par le couple. L'autre affaire concernait le droit irlandais qui n'interdit ni n'autorise la GPA. Une ressortissante irlandaise, bien que fertile, n'avait pas d'utérus. L'enfant du couple fut porté par une femme californienne et légalement adopté dans les deux pays.

Dans chacune de ces affaires, la CJUE était saisie d'une question préjudicielle : le congé maternité ou d'adoption est-il de droit pour des mères ayant eu recours à une convention de mère porteuse ? Chacune des deux femmes avait introduit un recours dans lequel elles faisaient valoir que le refus était contraire,

pour l'une, à une directive sur les travailleuses enceintes (11)(12), pour l'autre, pouvait constituer une discrimination fondée sur le sexe ou sur le handicap (l'absence d'utérus était ici invoquée) (13) (13 bis). La Cour a balayé les arguments des requérantes sur la discrimination et la possibilité d'obtenir un congé d'adoption car l'octroi de ce dernier relève de la volonté des États (14). La Cour a essentiellement appuyé sa décision sur la directive 92/85/CEE relative aux travailleuses enceintes.

C'est en invoquant le caractère particulièrement vulnérable des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes, que la Cour déduit que le congé maternité a pour objet de préserver la santé de la mère et de l'enfant après l'accouchement. Dans ces conditions, les mères non biologiques ne peuvent revendiquer ce droit, puisqu'elles n'ont pas accouché. CQFD... !

La Cour campe ainsi sur une analyse littérale de la directive 92/85. Les juges défendent une conception strictement biologique du congé maternité, qui doit servir uniquement à la protection des enfants et des mères dans une situation de vulnérabilité (15) tout en ajoutant de façon contradictoire que cette période permet à la mère de nouer des liens particuliers avec l'enfant. On peut adhérer à cette façon d'envisager la maternité en regrettant toutefois vivement que cette conception biologique ait strictement prévalu.

(7) CJUE 21 juin 1988, *S.Lair*, préc., pts. 31 et 36.

(8) E. Lafuma, RJS 2014 n°12.

(9) CJUE 18 mars 2014, aff. 167/12, C. D c/S.T et aff. 363/12, Z. c/A gouvernement department.

(10) Sur les difficultés de la France avec la GPA : condamnation de la France qui refusait de reconnaître la filiation d'enfants nés de la GPA : CEDH, aff. *Mennesson c/ France*, 26 juin 2014 ; N. Mathey, « Circulaire Taubira - Entre illusions et contradictions », JCP 2013 éd. G n° 7 p.292.

(11) Directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes.

(12) CJUE 18 mars 2014, aff. 167/12, C. D., préc.

(13) Directives 2006/54/CE et 2000/78/CE.

(13 bis) Aff. 363/12, Z. c/A gouvernement department, préc.

(14) Points 62 et 63, aff. 363/12.

(15) Point 33, aff. 167/12.

La Cour aurait pu répondre différemment tout en ne prenant pas parti dans un débat difficile et sur lequel il n'y a pas de consensus. En effet, dans la mesure où un État autorise le recours à la GPA, ne faudrait-il pas en tirer toutes les conséquences en termes de droits à la maternité ou à l'adoption, sous peine de discriminations entre les travailleuses concernées ? Ces affaires auraient pu être une occasion de donner un autre sens et un autre contenu au congé maternité. La Cour se contredit d'ailleurs dans ses propres arguments puisqu'elle considère que le congé maternité est à la fois celui de l'accueil de l'enfant et celui de la femme particulièrement vulnérable pendant cette période. Enfin, il reste une question qui n'était pas posée à la Cour, mais qui jaillit immédiatement : aurait-elle pu

alors accorder le droit à congé maternité à la femme qui a accouché ? N'ayant pas l'enfant à charge et, par conséquent, n'ayant avec lui aucun lien à nouer (16), cette dernière était-elle en état de vulnérabilité suffisante pour revendiquer ce droit ? Il ne reste ici que la possibilité pour elle d'obtenir un congé maladie. Si d'aventure le droit français consentait à la reconnaissance de ce type de maternité, le congé d'adoption permettrait, sans doute, de répondre favorablement à un congé d'accueil de l'enfant. La conception des différents congés devraient alors être repensés sans doute à la lumière des projets de l'Union relatifs notamment celui de l'articulation des temps de vie qui interrogeraient véritablement l'effectivité du droit aux congés de parentalité.

III. La garantie

Le congé parental est un dispositif central de mise en œuvre de l'alternance des temps de vie. Presque exclusivement utilisé par les femmes, le congé parental accroît leur sortie du monde du travail et/ou précarise leur vie professionnelle. La directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental (17) prévoit une protection contre le licenciement ainsi que le droit de retrouver son poste de travail ou un travail similaire au terme du congé (18). L'affaire ayant opposé Mme Rogiers à la société Lyreco concernait plus précisément la question du montant de l'indemnisation de son licenciement (19). À la suite de son congé maternité, Mme Rogiers, travailleuse belge, a demandé à bénéficier d'un congé parental de 4 mois. Dès le début de ce congé, l'employeur lui signifie la résiliation de son contrat de travail avec un préavis de 5 mois. Le licenciement est reconnu illégal, mais fait l'objet d'un différend sur le quantum de l'indemnité de rupture. L'employeur soutenait, en effet, que l'indemnité forfaitaire que le droit belge oblige à verser en cas de licenciement illégal, devait être calculée sur le temps partiel, alors que la salariée estimait qu'elle devait être calculée sur un temps complet, c'est-à-dire en fonction de l'emploi antérieur qu'elle occupait.

En l'espèce, la CJUE a suivi la salariée au nom de la protection mise en place par le droit de l'Union pour les salariées en congé parental. La CJUE a jugé, dans un premier temps, que l'indemnité forfaitaire prévue par le droit belge était bien une mesure de protection contre le licenciement illégal, et qu'elle devait être calculée sur la durée du travail de la salariée avant la prise de son congé parental. En effet, il a été dit dans une affaire précédente (20) que l'indemnité de rupture pour non-respect du préavis devait être calculée sur la base de la rémunération à temps complet, c'est-à-dire sur le temps de travail effectué avant le congé parental. De manière cohérente, la Cour impose la même règle pour le calcul de l'indemnité de licenciement.

La Cour motive cette décision par les principes qui gouvernent la directive 96/34/CE, notamment en relevant que les mesures sont destinées à concilier vie personnelle et vie professionnelle (21). Ce droit à conciliation des temps de vie doit être interprété de façon extensive, car il s'agit d'un droit de l'Union (22). Enfin, le calcul choisi pour l'indemnité de licenciement illégal doit avoir un effet utile ce qui sera le cas si l'indemnité est dissuasive. Ainsi, la jurisprudence communautaire renforce le droit à prendre le

(16) Point 36, aff. 167/12.

(17) Modifiée par la directive 97/75/CE du Conseil du 15 décembre 1997 (JO 98, L10, p.24), qui étend au Royaume-Uni le texte de la directive.

(18) Clause 2, point 4. : « Afin d'assurer que les travailleurs puissent exercer leur droit au congé parental, les États membres et/ou les partenaires sociaux prennent les mesures nécessaires pour protéger les travailleurs contre le licenciement en raison de la demande ou de la prise de congé parental, conformément à la législation, aux conventions collectives ou aux pratiques nationales ». Point 5 : « À l'issue du congé parental, le travailleur a le droit de retrouver son poste de travail ou, en cas d'impossibilité, un travail équivalent ou similaire conforme à son contrat ou à

sa relation de travail ». Point 6 : « Les droits acquis ou en cours d'acquisition par le travailleur à la date du début du congé parental sont maintenus dans leur état jusqu'à la fin du congé parental. À l'issue du congé parental, ces droits, y compris les changements provenant de la législation, de conventions collectives ou de la pratique nationale, s'appliquent ».

(19) CJUE 27 février 2014, aff. 588/12, *Lyreco Belgium NV c/Rogiers*.

(20) CJUE 22 octobre 2009, aff. C-116/08.

(21) Point 30.

(22) Point 36.

congé parental en réaffirmant que les droits acquis ou en cours d'acquisition (23) à la date du congé parental sont maintenus jusqu'à la fin de ce dernier. Le droit français est loin d'être en accord avec le droit communautaire, malgré la réforme de 2014 (24). En effet, la protection contre le licenciement est assurée pendant le congé maternité, mais ne se prolonge pas pendant le congé parental, contrairement à ce qu'exige le droit communautaire. Mais, plus encore, le droit français occulte complètement la question des droits acquis ou en voie d'acquisition, notamment sur le point très important de l'ancienneté du salarié (25). Cette question ne paraît pas toutefois soulever beaucoup d'intérêt car, curieusement, le contentieux français se concentre essentiellement sur la réintégration dans le poste de travail antérieurement occupé au terme du congé parental (26). En effet, les difficultés surgissent lorsque les salariées revendiquent la reprise sur leur poste de travail ou sur un emploi équivalent (27). Encore affaire de femmes, le congé parental est loin de permettre un complet maintien des droits, et mériterait une véritable refonte.

Les décisions rendues le 13 février 2014 (28) viennent clore ce point sur les congés liés à la parentalité. La Cour de justice avait déjà tranché la question de la superposition du congé maternité et des congés payés (29) et le report possible de ces derniers ; la solution fut élargie au congé parental (30). Les deux affaires commentées mettaient en cause des travailleuses finlandaises qui enceintes pendant leur congé parental, réclamaient le bénéfice d'un congé maternité. Ce droit leur avait été accordé en vertu d'une précédente décision de la Cour (31). Toutefois restait en suspens la question de l'indemnisation que leur refusaient leurs employeurs respectifs.

En effet, en Finlande, un complément de rémunération est versé aux travailleuses en congé maternité, mais à la condition que ce dernier ne débute pas pendant un congé non rémunéré, ce qui est le cas du congé parental. La question, en l'espèce, était donc de savoir si l'absence d'indemnisation empêchait

la salariée de prendre le congé maternité. La Cour relève que l'effectivité du droit à prendre le congé maternité pendant le congé parental est nécessairement affectée par l'absence de rémunération. Le droit finlandais, en quelque sorte, contraindrait à une reprise d'emploi avant de pouvoir revendiquer un nouveau congé maternité par conséquent l'effet utile de la directive 96/34 s'en trouve affecté. Les juges communautaires exigent ainsi que le droit à rémunération soit identique, que la salariée soit ou non en activité. La Cour rappelle une règle essentielle pour l'ensemble des travailleurs, à savoir qu'un congé qui serait reconnu par le droit de l'Union, n'empêche pas d'ouvrir droit à un autre congé lui-même protégé.

Sur une tout autre question, c'est à nouveau l'effectivité d'un droit reconnu par l'UE qui est au centre de l'affaire du 22 mai 2014 (32) relative à la rémunération des congés payés d'un travailleur. Ce texte pourtant doit être mis en relation avec les affaires précédentes en donnant des indications sur l'effectivité du droit à congé. C'est, ici comme précédemment, la question de la rémunération pendant la période de congés payés qui était en cause. La rémunération est, théoriquement, hors du champ de compétence de la Cour de justice ; elle se saisit néanmoins de cette affaire relative au versement de l'indemnité de congés payés par le biais du droit à congés. La Cour estime, en effet, que la prise des congés est conditionnée presque exclusivement par l'indemnité perçue par le travailleur pendant cette période. En l'espèce, le travailleur percevait sa rémunération mensuelle constituée d'une part fixe et d'une part variable. La part variable était calculée en fonction des ventes effectuées dans le mois qui précédait le versement du salaire. Par conséquent, si le mois de congés était rémunéré correctement, le mois de reprise du travail s'avérait financièrement difficile, car seule la part fixe du salaire était versée, le travailleur n'ayant évidemment accompli aucune vente pendant ses congés. Or, la Cour considère ici que ce mode de calcul est contraire à la directive relative aux congés payés. En effet, elle préconise que

(23) CJUE 22/10/2009, préc., point 43 : « Il résulte des objectifs de l'accord-cadre sur le congé parental, rappelés aux points 35 à 37 du présent arrêt, que la notion de «droits acquis ou en cours d'acquisition» au sens de la clause 2, point 6, dudit accord-cadre, recouvre l'ensemble des droits et des avantages, en espèces ou en nature, dérivés directement ou indirectement de la relation de travail, auxquels le travailleur peut prétendre à l'égard de l'employeur à la date du début du congé parental ».

(24) Loi n° 2014-873 du 14 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes dans la vie professionnelle.

(25) On peut s'étonner d'ailleurs que la loi de 2014 n'ait pas modifié l'article L.1225-54 : « La durée du congé parental d'éducation est prise en compte pour moitié pour la détermination des droits que le salarié tient de son ancienneté ».

(26) Le Code du travail dispose, dans l'article L. 1225-55 : « À l'issue du congé parental d'éducation ou de la période de travail à temps partiel ou dans le mois qui suit la demande motivée de reprise de l'activité initiale mentionnée à l'article L. 1225-52, le salarié retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ».

(27) Demande que la Cour de cassation satisfait. Pour exemple : Cass. Soc. 19 juin 2013, pourvoi n° 12-12758, Publié au bulletin.

(28) Aff. C-512/11 et 513/11.

(29) CJUE 18 mars 2014, aff. C342-01, *Maria Paz Merino Gomez c/ Continental Industrial del Caucho SA*.

(30) CJUE 20 septembre 2007, aff. C-116-06, *Kiiski*.

(31) CJUE 20 septembre 2007, préc.

(32) CJUE 22 mai 2014, C-539/12, *Lock c/British Gas Trading Limited*.

le calcul de la rémunération doit prendre en compte l'ensemble de la rémunération du travailleur sur une période significative, c'est-à-dire part fixe et part variable, prime et toutes compensations pécuniaires dont a bénéficié le travailleur sur la période considérée. Dans le cas contraire, le travailleur, notamment lorsqu'il est payé en partie par commissions, serait dissuadé de prendre ses congés annuels en raison du désavantage financier qu'il lui en coûterait.

On peut se réjouir sur ce point de ce que le droit français soit en cohérence avec la solution préconisée par la Cour. Les travailleurs rémunérés à la commission bénéficient, pour le calcul de leur indemnité de congés payés, selon ce qui leur est le plus favorable, de la perception soit du 1/10 (33) de la rémunération perçue sur l'année de référence, soit du maintien du salaire du dernier mois travaillé.

Valérie Lacoste-Mary

(33) Art. L. 3121-11 et L. 3141-22 du Code du travail.

Le salaire minimal, un instrument national pour lutter contre le dumping social ?

Face à l'insuffisance des dispositifs internationaux ou européens, la tentation est réelle de se (re) tourner vers la législation nationale. L'obligation de respecter un salaire minimal sur le territoire national pourrait être alors une des clés de la lutte contre le dumping social. Toutefois, la possibilité d'apporter une solution nationale à ces déséquilibres transnationaux est fortement contrainte. L'utilisation du droit national à des fins de lutte anti-dumping n'échappe pas aux rigueurs par les libertés économiques de circulation. La mémoire des arrêts *Laval* et *Rüffert* est encore vive. Deux arrêts de la Cour de justice ici rapportés éclairent les marges d'appréciation laissées aux législateurs nationaux dans la lutte contre le dumping social. Les contraintes européennes, qui pèsent sur le droit

national, rendent l'usage de cette marge d'appréciation complexe en raison la pluralité des objectifs dont le juge impose la conciliation. Pour la Cour, la lutte contre le dumping social doit effectivement être accommodée avec deux autres objectifs en partie contradictoires : la promotion du marché des services et la protection du travailleur détaché. C'est à cette conciliation que s'emploie la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (31). Aussi n'est-il pas surprenant, comme l'illustrent les deux récentes décisions de la Cour de justice sous commentaire (32), que le contrôle exercé sur le droit national anti-dumping varie selon que celui-ci suive, ou non, le cadre harmonisé issu de la directive.

I. La lutte contre le dumping social hors l'harmonisation

Dans un arrêt de la Cour de justice du 18 septembre 2014 (33) était en cause le recours à des clauses sociales insérées dans un appel d'offres. Ces clauses conditionnent la soumission d'une réponse à un marché public au respect par les entreprises candidates de certaines contraintes sociales ou environnementales. Le droit français n'ignore d'ailleurs pas de telles clauses, certaines dispositions du Code des marchés publics permettant au pouvoir adjudicateur d'intégrer des exigences sociales. Le droit français n'en a cependant qu'un usage modeste,

orienté pour l'essentiel vers l'insertion. À cet égard, la pratique paraît plus importante sous l'empire du droit allemand, ainsi que l'avait déjà révélé l'arrêt *Rüffert* (33 bis).

En l'espèce, la ville de Dortmund avait lancé un appel d'offres public pour la numérisation et la conservation de données. Ce projet de marché comportait une clause sociale, conditionnant la recevabilité de la réponse à l'engagement de verser à ses salariés un salaire conventionnel minimal. L'un des candidats, la

(31) Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

(32) CJUE, 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei GmbH c/ Stadt Dortmund*, aff. C. 549/13 ; CJUE 12 février 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry c/ Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, aff. C-396/13 ; J.P. Lhernould, Dr. soc. 2014, p. 234.

(33) CJUE, 18 septembre 2014, *Bundesdruckerei GmbH c/ Stadt Dortmund*, aff. C. 549/13, R. Noguellou, RDI 2014, p. 560.

(33 bis) CJCE 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c/ Land Niedersachsen*, aff. C-346/06 ; sur cet arrêt, v. au Droit Ouvrier : M. Bonnechère, La production des Cours européennes en droit social : éléments de réflexion, 2008, p. 552.

Bundesdruckerei, équivalent désormais privatisé de l'imprimerie nationale, devait s'émouvoir d'une telle exigence. En effet, elle entendait avoir recours à un sous-traitant polonais pour l'exécution du marché, dont les tarifs avantageux n'étaient manifestement pas étrangers à la faiblesse des rémunérations pratiquées en vertu de la législation polonaise. L'obligation imposée par l'appel d'offres de respecter les rémunérations fixées par une convention collective de branche pouvait-elle être compatible avec le droit de l'Union ?

Fallait-il, pour répondre à cette interrogation, faire référence à un texte de droit dérivé ? La Cour écarte systématiquement les arguments développés en ce sens.

D'une part, la directive 96/71 ne trouvait pas à s'appliquer, la situation des salariés engagés dans la prestation de service ne correspondant à aucune des hypothèses de détachement visées par la directive. La raison en était simple : la réalisation du marché public par un sous-traitant polonais ne nécessitait aucun détachement transnational de salariés sur le territoire allemand, puisque la prestation pouvait être effectuée par une « filiale à 100 % établie en Pologne » (34).

L'arrêt a ici le mérite de souligner une des lacunes de la législation européenne censée prévenir les pratiques de dumping social. Visant « à assurer une concurrence loyale entre les entreprises nationales et les entreprises effectuant une prestation de services transnationale » (35), la directive 96/71 n'embrasse pourtant qu'une partie seulement des prestations de services, celles impliquant une mobilité salariale. Or, même en l'absence de détachement de travailleurs, une prestation de service transnationale peut jouer la carte du dumping, tout en échappant aux exigences de la directive 96/71. Focalisé sur la seule question du détachement de travailleurs, le droit européen est loin de permettre de conjurer tous les risques de concurrence déloyale fondée sur les différences de législations sociales.

D'autre part, l'argument tiré de la compatibilité avec la directive 2004/18 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qui prévoit bien la possibilité d'introduire des clauses sociales dans la définition de la commande publique, n'a pas plus trouvé grâce aux yeux de la Cour de justice (35 bis).

Non seulement la Cour a soin de laisser planer un doute sur la compatibilité d'une clause imposant le respect d'une rémunération minimale aux dispositions de la directive, mais elle considère surtout qu'à « supposer » cette compatibilité, « de telles exigences ne peuvent être imposées que pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire » (36). Il n'y a là que le rappel de la hiérarchie des normes au sein du droit européen. Le droit primaire prime sur le droit dérivé et les dispositions du droit national mettant en œuvre une directive ne peuvent donc se prévaloir de leur conformité à ses dispositions pour se soustraire aux impératifs des libertés fondamentales de circulation. La compatibilité de la clause sociale prévue par le droit national doit donc être appréciée directement au regard de l'article 56 TFUE fondant la libre prestation de services.

Confrontés à ce quasi-impératif catégorique de l'Union, les instruments nationaux de lutte contre le dumping peinent à passer le test de la justification. En effet, au terme d'une démonstration aussi courte qu'implacable, la Cour de justice devait, une fois encore, mettre à bas la législation allemande. Tout d'abord, comme dans l'arrêt *Rüffert*, la Cour considère qu'imposer une rémunération minimale au sous-traitant établi dans un autre État où les rémunérations sont moindres constitue une restriction à la libre prestation de services. La motivation prétorienne a ici le mérite de la franchise. Pour la Cour, cette exigence « constitue une charge économique supplémentaire qui est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayante l'exécution de leurs prestations dans l'État membre d'accueil » (37). À ce compte, il y a peu de règles du droit social qui ne soient susceptibles d'être qualifiées de restriction à la libre prestation. Toute à l'idée libérale de la notion de restriction, la Cour paraît bien convaincue que le respect du droit (social) constitue en soi un péché économique, une externalité négative entravant la libre circulation. Or, si elle n'est pas fermée, la voie du rachat est étroite. Il faut aux autorités nationales justifier de la poursuite strictement proportionnée d'un objectif européen-compatible.

Certes, la Cour n'écarte pas, par principe, les justifications tirées de la lutte contre le dumping social. Ainsi est jugé légitime l'objectif auquel s'est expressément référé le législateur du Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie d'« assurer que les travailleurs soient payés un salaire convenable afin d'éviter à la

(34) CJUE, 18 septembre 2014, préc., pt. 25.

(35) CJUE 12 février 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry c/ Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, aff. C-396/13, pt. 30, déjà, Dir. 96/71, préc., cons. 5.

(35 bis) La directive 2014/24 est venue se substituer à la 2004/18 sans que cela ne modifie les termes du débat.

(36) CJUE, 18 septembre 2014, préc., spéc., pt. 29.

(37) CJUE, 18 septembre 2014, préc., spéc., pt. 30.

fois le « dumping social » et la pénalisation des entreprises concurrentes qui octroient un salaire convenable à leurs employés ». Mais le contrôle de cette justification dévoile ensuite toute sa rigueur.

D'une part, la Cour rappelle la solution dégagée à l'occasion de l'arrêt *Rüffert* (38). Une mesure nationale applicable aux seuls marchés publics n'est pas apte à atteindre cet objectif s'il n'existe pas d'indice laissant à penser que « des travailleurs actifs sur le marché privé n'ont pas besoin de la même protection salariale que ceux actifs dans le cadre du marché publics ». En effet, à défaut d'avoir étendu la norme collective à l'ensemble des entreprises du secteur privé, le droit national ne peut, sans incohérence, prétendre poursuivre un objectif de lutte contre le dumping social ou de protection de l'organisation autonome de la vie professionnelle des syndicats, « sans justifier le sort spécifique fait aux travailleurs détachés » (39). L'exemplarité des marchés publics n'a manifestement pas la faveur de la Cour qui, érigeant la cohérence de la justification en norme, y voit, au contraire, le signe de l'absence de caractère nécessaire des moyens mis en œuvre à la poursuite des objectifs revendiqués par les autorités nationales.

Ce n'est donc qu'à la condition, en l'espèce *a priori* satisfaite, d'avoir été étendue que l'imposition d'une rémunération minimale pourrait être justifiée. Mais encore faut-il d'autre part que la mesure satisfasse au test de la proportionnalité. Or, ici, le recours au salaire minimal comme outil de lutte contre le dumping n'a rien d'évident, dès lors que cet objectif doit être également concilié tout à la fois avec la promotion de la libre prestation de service et la protection des travailleurs du prestataire de services. Selon la Cour, imposer ainsi au sous-traitant de respecter un taux de salaire minimal supérieur à celui pratiqué sur le territoire où il emploie ses salariés est disproportionné si n'est pas pris en considération la différence de « coût de la vie » dans chacun des États en cause. Revenant aux finalités d'une telle législation, la Cour affirme que le respect d'un salaire minimal fixe doit correspondre « à celui requis pour assurer une rémunération convenable aux travailleurs de l'État membre du pouvoir adjudicateur au regard du coût de la vie existant dans cet État membre » (40). Imposer le respect d'un salaire

minimal « sans rapport avec le coût de la vie prévalant dans l'État dans lequel les prestations relatives au marché public en cause seront effectuées » conduit à « retirer un avantage concurrentiel des différences existant entre les taux de salaires respectifs » (41). Dès lors, une rémunération minimale sans rapport avec le niveau de vie locale « va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif de la protection des travailleurs » (42). Seule l'imposition d'une rémunération minimale prenant en compte la différence de niveau de vie pourrait donc être admissible. On pressent la complexité du dispositif à mettre en place pour satisfaire aux réquisits de la Cour.

Un raisonnement analogue prévaut concernant l'objectif également invoqué de stabilité des régimes de Sécurité sociale. Ainsi qu'elle l'avait considéré dans l'arrêt *Rüffert*, la Cour juge qu'il n'y pas là de risque de déséquilibre grave du système de Sécurité sociale allemand. Dans un souci de pédagogie, la Cour ajoute cette fois que « si ces travailleurs ne percevaient pas un salaire convenable et étaient, en conséquence, forcés à des aides sociales pour assurer un niveau minimal de pouvoir d'achat, ce serait à des aides sociales polonaises qu'ils auraient droit » (43). Certes, dans une telle configuration, les travailleurs polonais ne sont pas à la charge du système de Sécurité sociale allemand. Cette précision assez évidente permet néanmoins de mieux saisir les raisons qui rendent difficile la justification d'un dispositif anti-dumping devant la Cour de justice. La Cour en admet bien le principe, mais en rabattant la justification sur la protection des travailleurs du prestataire, elle méconnaît la logique nécessairement systémique des instruments anti-dumping qui, en dernière analyse, vise, par la garantie de droits aux travailleurs ressortissants d'un autre État membre, à protéger l'emploi sur le territoire national.

À l'évidence, les impératifs qu'impose aux autorités nationales le respect des libertés de circulation rendent difficiles le recours au salaire minimal comme instrument de lutte contre le dumping social. Mais l'existence d'une directive qui, telle la directive 96/71, visant à harmoniser la résistance des législations nationales au dumping social, est-elle de nature à modifier le contrôle exercé par le juge national ?

(38) CJCE 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c/ Land Niedersachsen*, aff. C-346/06, spéc., pts. 38-40.

(39) En l'absence d'une telle généralisation de la norme conventionnelle, le Gouvernement allemand ne pouvait justifier que le respect d'un taux de salaire minimal « n'est nécessaire à un travailleur actif dans le secteur de la construction que lorsque ce dernier est employé dans le cadre d'un marché public et non dans le cadre d'un marché privé » ; CJCE 3 avril 2008, *Dirk Rüffert c/ Land Niedersachsen*, aff. C-346/06, spéc., pt. 40.

(40) CJUE 18 septembre 2014, préc., *ibid.*, pt. 34.

(41) CJUE 18 septembre 2014, préc., *ibid.*, pt. 34.

(42) *Ibid.*

(43) CJUE 18 septembre 2014, préc., *ibid.*, pt. 35.

II. Sous le couvert de l'harmonisation

La rigueur des arrêts *Rüffert* et *Laval* laissait peu de place à l'imposition d'une rémunération minimale par la voie conventionnelle et pouvait donc conduire à douter de la réponse à apporter à cette question. Dans l'arrêt *Laval*, la Cour de justice avait imposé une lecture restrictive des marges d'appréciation concédées aux autorités nationales dans la mise en œuvre de la directive 96/71. D'une part, toutes les améliorations du socle de protection minimal dont la directive impose le respect ne sont pas possibles. Selon la Cour, « le niveau de protection qui doit être garanti aux travailleurs détachés sur le territoire de l'État membre d'accueil est limité, en principe, à celui prévu à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, sous a) à g), de la directive 96/71, à moins que lesdits travailleurs ne jouissent déjà, par l'application de la loi ou de convention collective de l'État membre d'origine, de conditions de travail et d'emploi plus favorables » (44). En d'autres termes, le socle de protection minimal opère une harmonisation complète et risque bien de devenir, pour les matières qu'il harmonise, un socle maximal. Pour ces matières (salaire minimum, temps de travail, ...), la directive « prévoit expressément le degré de protection dont l'État membre d'accueil est en droit d'imposer le respect aux entreprises établies dans d'autres États membres en faveur de leurs travailleurs détachés sur son territoire » (45). La faculté d'amélioration de ce socle protecteur (46) paraît limitée, puisqu'elle n'est possible que « dans le respect du traité et dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public s'appliquant, de façon égale, aux entreprises nationales et à celles d'autres États membres » (47). Autrement dit, au-delà du socle minimal, ressurgit l'impératif d'une justification des dispositifs anti-dumping au regard des libertés de circulation, dont on a vu la rigueur. De surcroît, l'intervention des partenaires sociaux paraissait également peu favorablement accueillie par la Cour pour la définition du socle minimal. Dans l'arrêt *Rüffert*, la Cour avait refusé que le salaire minimal puisse être déterminé par une convention qui n'aurait pas été déclarée d'application générale conformément aux prescriptions de l'article 3, paragraphe 8 de la directive.

Mais qu'en est-il lorsque l'exigence conventionnelle d'un salaire minimal suit le socle imposé par la directive 96/71 ? Sans modifier la jurisprudence de la Cour de justice, l'arrêt du 12 février 2015 (48) apporte ici d'utiles précisions concernant la notion de salaire minimal, tout en donnant un éclairage plus optimiste de la marge d'appréciation des États pour la mise en œuvre de la directive 96/71. En l'espèce, une entreprise polonaise avait détaché auprès d'une succursale finlandaise 186 travailleurs pour les affecter sur le chantier d'une centrale nucléaire afin d'y exécuter des travaux d'électrification. Les travailleurs reprochaient à la société polonaise de ne pas leur avoir accordé la rémunération minimale qui leur était due en vertu des minima garantis par les conventions collectives finlandaises. Afin de faire valoir leurs droits, ils avaient eu recours à un mécanisme procédural d'une redoutable efficacité, issu du droit finlandais, leur permettant de céder individuellement leur créance au syndicat, afin qu'il en assure le recouvrement (48 bis). C'est ce qui permit à ce dernier d'introduire une action contre la société polonaise devant les juridictions finlandaises afin d'obtenir sa condamnation à lui verser une somme totale de 6.648.383,15 euros.

L'arrêt donne ainsi l'occasion à la Cour de revenir sur la notion de salaire minimal au sens de la directive 96/71. Ni complètement européenne, ni véritablement nationale, la définition du salaire minimal est à la croisée de deux techniques du droit européen, celle de la notion autonome et celle du renvoi au droit national. Il ne s'agit pas d'une notion autonome dont la Cour déterminerait librement le contenu. En effet, « la directive n'a pas harmonisé le contenu matériel [des] règles impératives de protection minimale » (49). Si les États doivent imposer aux prestataires de services le respect d'un taux de salaire minimal, la définition de ce dernier est renvoyée à la compétence des autorités nationales. Aussi, « le soin de définir quels sont les éléments constitutifs de la notion de salaire minimal (...) relève du droit de l'État membre du détachement » (50). Toutefois, le renvoi au droit national n'est pas sans contrainte, puisqu'il importe

(44) CJUE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05, pt. 81 ; M. Bonnechère, préc. ; S. Laulom, Les arrêts *Viking* et *Laval* : et après ?, Droit Ouvrier 2010, p. 570.

(45) *Ibid.*, pt. 80.

(46) Prévu à l'article 3, paragraphe 10 de la directive 96/71.

(47) CJUE 18 décembre 2007, préc., pt. 82.

(48) CJUE 12 février 2015, *Sähköalojen ammattiliitto ry c/ Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, aff. C-396/15.

(48 bis) Une première question préjudicielle portait sur le droit national applicable à ce mécanisme de cession des créances salariales. Le droit polonais prohibe la cession des créances salariales ce dont ne manquait pas de se prévaloir l'employeur pour contester l'action du syndicat. Fallait-il soumettre cette cession à la loi du contrat, la loi polonaise selon l'employeur, ou à la loi du juge saisi, la loi finlandaise ? La Cour de justice opte pour cette dernière solution qualifiant le mécanisme finlandais de règle procédure, dès lors soumis à la loi du for, celle du juge saisi.

(49) CJUE 12 février 2015, préc., pt. 31.

(50) *Ibid.*, pt. 34.

que cette définition n'ait « *pas pour effet d'entraver la libre prestation des services* » (51). On va le voir, si la détermination des éléments constitutifs de la notion est libre, la notion, elle, ne l'est pas.

Tout d'abord, la Cour retient une conception heureusement large du caractère minimal du salaire. En l'espèce, le syndicat revendiquait l'application d'un salaire garanti conventionnellement, conformément au classement des travailleurs en groupes de rémunération. Était ainsi en cause l'équivalent finlandais de nos grilles de classification conventionnelle. La fixation du salaire minimal était, en l'espèce, fonction de critères tels que la qualification, la formation, l'expérience des travailleurs, la nature du travail effectué. De plus, le syndicat considérait que l'employeur devait garantir non pas seulement le salaire horaire minimal, mais le salaire garanti pour le travail à la tâche.

Se prévalant de l'arrêt *Laval*, l'avocat général Nils Wahl suggérait de retenir une lecture pour le moins appauvrie et appauvrissante de la notion de salaire minimum. Au motif de la promotion de la libre prestation de services, il considère que « *le taux le plus faible de salaire – que ce soit par classes de rémunération ou par groupe de salaires* » suffit à protéger les travailleurs détachés de manière adéquate (52). Telle était la conception également défendue par l'entreprise polonaise, la rémunération qu'elle versait à ses salariés correspondant au minimum des minima, c'est-à-dire au salaire minimal de la catégorie de salariés le plus bas des salaires au temps.

Contre cette lecture, la Cour fait prévaloir une interprétation respectueuse de l'autonomie collective. Le renvoi au droit national consacre ici une marge d'appréciation importante, puisque « *le mode de calcul [du taux de salaire minimal] et les critères retenus en ce qui le concerne* » ressortent de l'État membre d'accueil. Leur opposabilité n'est soumise qu'à une double condition. D'une part, ces règles doivent être contraignantes (53). Pareille exigence n'a

toutefois pas la même résonance selon les systèmes nationaux de négociation collective, et peut, pour certains systèmes de négociation, obliger à de considérables adaptations. Les difficultés rencontrées par le droit allemand dans l'arrêt *Rüffert* en attestent. D'autre part, les règles définissant le salaire minimal doivent répondre à une exigence de transparence, « *ce qui implique, notamment, qu'elles soient accessibles et claires* » (54).

La solution est importante. Non seulement la Cour rappelle ce faisant – mais la sévérité de ses solutions antérieures n'avait-elle instillé le doute ? – que les éléments du socle minimal peuvent bien trouver leur source dans le droit conventionnel, mais surtout, que le respect de la liberté de prestation de services n'impose pas un salaire minimal unique. Cette conception contraste avec les contraintes qui pèsent sur l'imposition d'une rémunération minimale en dehors du cadre offert par la directive 96/71, puisque, là, la rémunération minimale ne peut être imposée qu'aux fins d'assurer aux travailleurs, une rémunération convenable en fonction du niveau de vie, ce qui paraît a priori exclure une détermination du salaire minimal modulée par catégorie professionnelle.

Ensuite, l'identification des éléments du salaire minimal doit respecter la notion de salaire qui, pour la Cour, s'incarne dans l'idée de contrepartie. Elle en déduit un critère de qualification. Seuls les éléments de rémunération qui ne modifient pas le rapport entre la prestation du travailleur, d'une part, et la contrepartie que celui-ci perçoit, d'autre part, peuvent être assimilés à des composantes du salaire minimal (55). Tous les éléments de la rémunération ne sont pas du salaire. Ce critère avait déjà permis à la Cour, par exemple, d'écarter le paiement par l'employeur des heures supplémentaires du calcul du salaire minimum (56) ou la contribution patronale à la constitution d'un capital (57). Cette fois, le critère va être mobilisé positivement, non plus pour écarter un élément de l'appréciation du respect, par un

(51) *Ibid.*

(52) Conclusion de l'avocat général Nils Wahl, pt. 82.

(53) CJUE 12 février 2015, préc., pt. 40.

(54) CJUE 12 février 2015, préc., pt. 40.

(55) *Ibid.*, pt. 36. La vérification par le juge français du salaire minimum légal ou conventionnel répond à un critère analogue. La Chambre sociale a ainsi jugé à propos du salaire minimum conventionnel qu'« *en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, toutes les sommes versées en contrepartie du travail entrent dans le calcul de la rémunération à comparer avec le salaire minimum garanti* » (Soc. 7 avr. 2010, n° 07.45.322 ; sur le SMIC, Soc. 14 nov. 2012, n° 11-14.862). Mais la mise en œuvre de ce même critère n'aboutit pas systématiquement à qualifier de manière similaire certains éléments de la rémunération du salarié, telle une prime d'ancienneté, ne serait-ce qu'en regard à la volonté des parties à la convention collective.

(56) CJCE 14 avril 2005, aff. C-341/02. En l'espèce, la Cour avait considéré que « *il est tout à fait normal que, si l'employeur exige que le travailleur fournisse un surplus de travail ou des heures de travail dans des conditions particulières, cette prestation supplémentaire soit compensée pour ce travailleur sans que cette compensation soit prise en compte pour le calcul du salaire minimal* » (pt. 40).

(57) CJUE 7 novembre 2013, *Isbir*, aff. C-522/12. La Cour avait notamment considéré que, bien que non détachable de la prestation de travail, une telle contribution poursuivait l'objectif à long terme de garantir la formation d'un capital. Un tel objectif de politique sociale lui semblait ne pas pouvoir s'inscrire dans le « *rapport habituel entre la prestation de travail et la contrepartie financière que celle-ci appelle de la part de l'employeur* ».

employeur, du niveau du salaire minimal, mais, au contraire, pour imposer le versement de certains éléments de rémunération au titre du salaire minimal obligatoire. La Cour considère ainsi que « *le pécule de vacances est intrinsèquement lié à la rémunération que le travailleur reçoit en contrepartie des services rendus* » (58). Toutefois, c'est alors la référence à la directive 2003/88 et à l'article 31 de la Charte consacrant le droit de tout travailleur à une période annuelle de congé payé qui, en définitive, justifie cette qualification. En effet, ces textes impliquent que le travailleur perçoive la rémunération ordinaire pour cette période de repos. Aussi, « *le droit au congé annuel et celui à l'obtention d'un paiement à ce titre* » constituent « *les deux volets d'un droit unique* » (59).

Enfin, la Cour précise la notion d'« *allocation propre au détachement* ». L'article 3, § 7, al. 2 assimile, en effet, ces sommes à des éléments du salaire minimal, à la condition qu'elles ne soient pas versées en remboursement de dépenses effectivement encourues en raison du détachement, telles les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture. Aussi s'agissant en l'espèce, d'une indemnité journalière versée au salarié détaché, la Cour justifie son assimilation à un élément de rémunération en raison de la finalité de l'indemnité. Celle-ci n'est pas versée à titre de remboursement, mais de compensation des inconvénients dus au détachement, consistant dans l'éloignement des intéressés de leur environnement habituel (60). Pareillement, s'agissant d'une l'indemnité de trajet quotidien, la Cour relève que celle-ci est versée aux travailleurs si le trajet aller et retour quotidien effectué excède une heure. Cette prime, compensant le temps de trajet quotidien et n'étant pas versée à titre de remboursement de dépenses effectivement encourues, est intégrée au salaire minimal. En revanche, la prise en charge du logement par l'employeur, versée sans que les salariés aient dû faire d'avance, est, logiquement, assimilée par la Cour à un remboursement. Pareillement, les bons d'alimentation versés par l'employeur polonais ne sont pas considérés comme faisant partie du salaire minimal. La Cour y voit des compensations du coût de la vie effectivement encouru par les travailleurs, qui donc sont, à l'instar de la prise en charge des dépenses de logement, assimilables à des remboursements.

Sur ce point, la Chambre sociale de la Cour de cassation a retenu une lecture analogue de l'article R. 1262-8 du Code du travail transposant les

dispositions de la directive relatives aux allocations propres aux détachements. Dans un récent arrêt du 13 novembre 2014, la Cour a ainsi jugé que les sommes versées chaque mois au titre du détachement à l'étranger ne constituant pas un remboursement de frais, par ailleurs pris en charge par l'employeur, « *devaient être prises en compte pour les comparer au minimum conventionnel applicable* » (61).

Remarquable pour les précisions qu'il apporte à la notion de salaire minimal, l'arrêt du 12 février 2015 l'est encore par son silence. Nulle référence dans l'arrêt, à la différence des arrêts *Laval* ou *Rüffert*, à l'article 56 relatif à la libre prestation de services. Lorsqu'elle suit le socle minimal impératif imposé par la directive 96/71, la législation nationale anti-dumping échapperait ainsi aux contraintes de la justification. Ce n'est que s'il tend à s'écarter de ce modèle minimal imposé, fût-ce aux fins d'amélioration, que le droit national sera qualifié d'entrave. Pareil constat suggère une compréhension toute particulière de la directive 96/71. Le socle de protection minimale n'est peut-être pas tant à lire comme ce que le législateur national doit, mais comme ce qu'il peut établir au titre de la lutte contre le dumping social, sauf à se soumettre au test des libertés de circulation.

Jérôme Porta

(58) CJUE 12 février 2015, préc., pt. 68.

(59) *Ibid.*, pt. 67.

(60) *Ibid.*, pts. 47-48.

(61) Cass. Soc. 13 novembre 2014, nos 13-19.095 à 13-19.099 ; J.-P. Lhernould, Dr. soc. 2015, p.91.