

## **Titre 5 - Section 5. Défense des droits des Travailleurs.**

Après une rapide introduction, chapitre 1, nous examinerons successivement :

- les licenciements collectifs, chapitre 2,
- le transfert d'entreprise, chapitre 3,
- et enfin l'insolvabilité de l'employeur, chapitre 4.

### **Chapitre 1 Introduction.**

#### **1.1. Les domaines d'action de l'Union Européenne.**

**5501** L'Union Européenne a mis en place des prescriptions minimales en matière des droits des travailleurs et d'organisation du travail. Ces prescriptions concernent les licenciements collectifs, l'insolvabilité et le transfert d'entreprises, la consultation et l'information des travailleurs, le temps de travail, l'égalité de traitement et de rémunération, et les travailleurs détachés. Elles ont été complétées par des accords-cadres entre les partenaires sociaux européens. De cette manière, le droit aux congés parentaux et pour des raisons familiales a été introduit dans toute l'Union, le travail partiel facilité et le recours à des contrats à durée déterminée successifs limité.

En matière de licenciements collectifs, d'insolvabilité et de transfert d'entreprises, l'Union va mettre en place un ensemble de directives, parfois appelées les " directives emplois ", dont le but sera de rapprocher les législations des Etats Membres relatives au droits des travailleurs en cas de restructurations, que celles-ci aboutissent à des licenciements ou bien à des transferts totaux ou partiel d'activité.

Enfin, la notion de la Responsabilité Sociale des Entreprises, RSE, appelle les entreprises à adopter des bonnes pratiques dans le domaine social sur une base volontaire. La Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, quant à elle, va se charger de proposer des recommandations aux décideurs politiques.



## 1.2. La Notion de Représentation du Personnel à travers le Droit de l'Union Européenne.

5502

Les deux premières directives emploi, 75/129/CEE pour les licenciements collectifs et 77/187/CEE pour le transfert d'entreprise, mises en place par l'Union ne définissaient que d'une manière générale la notion d'information et de consultation du personnel.

Lors de la refonte de ces deux directives, 75/129/CEE et 77/187/CEE devenant respectivement 98/59/CE et 98/50/CE, sont apparues diverses précisions sur la notion d'information et de consultation des représentants des travailleurs.

Il est fait obligation aux employeurs, en cas de licenciement important mais aussi en cas de transfert d'entreprise ou d'établissement, d'informer et de consulter les représentants des travailleurs, au sein de l'entreprise qui licencie, de l'entreprise cédante et de l'entreprise cessionnaire. Les directives désignent à cet effet, suivant une formule d'usage, " *les représentations des travailleurs prévus par la législation des Etats Membres* ".

Mais cette formulation entretient une ambiguïté. Faut-il comprendre que les représentants des travailleurs seront saisis, mais seulement si leur existence a été prévue par la législation du lieu de situation de l'entreprise ? En réponse à cette interrogation, le Royaume-Uni, soutenait que les directives n'ont pas entendu " *modifier les règles ou les pratiques nationales de désignation des représentants des travailleurs* ", et que, en conséquence, pour les entreprises ne disposant pas de représentation des travailleurs, l'obligation d'information et de consultation était sans effet.

Devant cette situation, la Commission Européenne a saisi la Cour de Justice de deux recours en manquement du Royaume Uni dans son obligation de transposition des deux directives.

La Cour de Justice a répondu, à travers deux **arrêts " Commission contre Royaume Uni "**, du 8 juin 1994, affaires **C-382/92** et **C-383/92**, que l'existence d'une représentation des travailleurs est nécessaire pour assurer une effectivité pleine et entière des directives. Le Royaume-Uni a par conséquent été condamné, car son système juridique de relations sociales dans l'entreprise, reposant sur le principe d'une reconnaissance volontaire des représentants du personnel par l'employeur, laissait la possibilité ouverte que, faute d'accord de l'employeur, aucune représentation n'existe dans l'entreprise.

**Ces deux condamnations du Royaume Uni illustrent bien un principe constant du droit de l'Union, pour la réalisation de ses objectifs, le droit européen se repose normalement sur les institutions et procédures nationales, mais, lorsque ces dernières ne permettent pas de donner suffisamment d'effet utile au droit européen, le législateur national doit alors créer et mettre en place les moyens institutionnels nécessaires.**



## Chapitre 2 Licenciements collectifs.

### 2.1. Les Objectifs de l'Union Européenne.

#### 2.1.1. Eléments de contexte économique et social.

5503

Nous sommes au début des années 1970 et le premier choc pétrolier vient de se produire. Pour la première fois depuis sa création, la Communauté Européenne, qui ne comprend à l'époque que 9 Etats Membres, <sup>1</sup> se trouve confrontée à une crise économique grave, avec des conséquences sociales importantes. La Communauté va donc devoir prendre des dispositions pour lutter contre cette crise sociale.

Les entreprises elles aussi vont tenter de résister à la crise. Mais pour certaines, elles n'y réussiront pas et le résultat social sera une recrudescence des licenciements collectifs. L'incertitude du sort réservé à certains des salariés de ces entreprises va devenir de plus en plus critique.

Face à cette situation, la Commission Européenne fait très vite le constat d'une très forte hétérogénéité des pratiques nationales. Si dans quelques Etats Membres, comme la France, les travailleurs disposent de la protection de dispositions législatives nationales, dans beaucoup d'autres Etats Membres tel n'est pas le cas. Pour lutter contre cette absence de protection et rapprocher les pratiques nationales, la Communauté Européenne fera le choix politique de la mise en place d'un Programme d'Action Sociale, PAS, adopté par le Conseil le 21 janvier 1974, soit finalement assez peu de temps après le choc pétrolier de 1973.

Pour répondre à cet objectif de maintien de l'emploi et de protection des travailleurs, la Commission Européenne proposera et fera adopter tout un ensemble de mesures, dont un certain nombre de directives européennes.

#### 2.1.2. Première étape, la directive 75/129/CEE du 17 février 1975.

5504

Le Programme d'Action Sociale adopté par le Conseil inclus dans ses objectifs la mise en place " *d'actions tendant à réaliser le plein et le meilleur emploi* ". <sup>2</sup> Ce programme comporte différentes mesures dont une qui a explicitement pour objectif de mettre en place " ***une directive concernant le rapprochement des législations des Etats Membres relatives aux licenciements collectifs*** " .

---

<sup>1</sup> Il s'agit des six états fondateurs, Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays Bas, qui ont été rejoints en 1973 par le Danemark, l'Irlande, et le Royaume Uni.

<sup>2</sup> Programme européen d'action sociale du 21 janvier 1974, considérant 5.

C'est pour atteindre cet objectif précis que la Commission va mettre en place la directive 75/129/CEE du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats Membres relatives aux licenciements collectifs.

La directive va permettre, pour la première fois au plan des Etats Membres, de :

- définir les notions de licenciement collectif et de représentants des travailleurs,
- imposer aux employeurs de procéder à des consultations avec les représentants des travailleurs en préalable à la mise en place d'une procédure de licenciement collectif,
- notifier par écrit tout projet de licenciement collectif à l'autorité publique compétente.

Mais, si elle en régleme la procédure, **la directive 75/129/CEE n'a pas pour but d'empêcher les licenciements collectifs.**

### 2.1.3. Deuxième étape, la directive 92/56/CEE du Conseil, du 26 août 1992.

**5505** L'objectif principal de cette nouvelle directive est de :

- prendre en compte la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs,<sup>3</sup>
- permettre le recours des représentants de s travailleurs à des experts,<sup>4</sup>
- compléter les mesures prévues et en élargir le champ d'application.

L'ensemble des mesures prévues a pour unique objectif d'améliorer l'effectivité du texte de la directive précédente, 75/129/CEE, sans toutefois en modifier l'économie.

### 2.1.4. Troisième étape, la directive 98/59/CE du Conseil, du 20 juillet 1998.

**5506** L'objectif principal de cette nouvelle directive est la recodification : *“ dans un souci de clarté et de rationalité, il convient de procéder à la codification de la directive 75/129/CEE du Conseil du 17 février 1975 ”.*<sup>5</sup> Cette refonte de la première directive précédente va permettre de :

- préciser certaines définitions,
- élargir le champ d'application de la directive.<sup>6</sup>

Mais l'économie globale du texte n'a pas changé, la Directive 98/59/CE n'a toujours pas pour but d'empêcher les licenciements collectifs. La Commission ne se préoccupe que d'améliorer l'effectivité juridique dans les droits nationaux des Etats Membres du dispositif européen prévu par la directive 75/129/CEE.

<sup>3</sup> Directive 92/56/CE, considérant 1.

<sup>4</sup> Directive 92/56/CE, considérant 4.

<sup>5</sup> Directive 98/59/CE, considérant 1.

<sup>6</sup> Directive 98/59/CE, considérant 9.

## 2.2. Le processus d'élaboration des Directives.

### 2.2.1. Mise en place des trois directives.

**5507** La directive 75/129/CEE a fait l'objet d'une proposition de la Commission suivie d'un avis du Parlement Européen, JO C 19/73 P 10 et d'un avis Comité économique et social, JO C 100/73 p. 11.

La deuxième directive, 92/56/CEE, a fait l'objet de deux propositions de la Commission :

- une première présentée le 20 septembre 1991, COM(91)0292 final,
- une seconde proposition présentée le 31 mars 1992, COM(92)0127 final

Ces propositions ont données lieu à des :

- avis Parlement européen, JO C 94/92 P 157,
- avis Comité économique et social, JO C 79/92 P 12.

La troisième directive, 98/59/CE a fait l'objet d'une proposition de la Commission, COM(96)0620 final du 29 novembre 1996 suivie des avis du Parlement Européen, JO C 210/98, et du Comité économique et social, JO C 158/97 P 11.

### 2.2.2. Les considérants des Directives.

- **Directive 75/129/CEE du 17 février 1975.**

**5508** Rappelons que les considérants d'une directive, s'ils sont sans valeur juridique, ont toutefois pour but d'expliquer et de justifier l'action entreprise par l'Union dans le domaine visé par la directive. Les considérants de la directive 75/129/CEE ne sont qu'au nombre de 5, et sont extrêmement simples :

- considérant 1 : importance qu'il y a de renforcer la protection des travailleurs,
- considérant 2 : malgré une convergence des dispositions nationales, des différences subsistent qu'il convient de réduire,
- considérant 3 : ces différences peuvent avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun,
- considérant 4 : la résolution du Conseil, du 21 janvier 1974, concernant un programme d'action sociale prévoit une directive pour le rapprochement des législations des Etats Membres relatives aux licenciements collectifs,
- considérant 5 : il est par conséquent nécessaire de promouvoir ce rapprochement dans le progrès au sens de l'article 117 du traité.

Sans y faire référence, et sans le dire, la Commission applique déjà les principes de subsidiarité et de proportionnalité, principes qui ne seront théorisés et inscrits dans les textes que beaucoup plus tard.

- **Directive 92/56/CEE du 26 août 1992.**

Les considérants de la directive 92/56/CEE sont au nombre de 7. Par rapport à 1975 :

- l'objectif essentiel est de prendre en charge les **éléments nouveaux introduits par la Charte Communautaire des Droits sociaux Fondamentaux des Travailleurs**, adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989.<sup>7</sup> Rappelons qu'à cette date la charte n'a pas de valeur juridique contraignante, et que, par conséquent, si l'on souhaite donner une meilleure effectivité aux principes qu'elle proclame, il y a lieu de les intégrer dans un texte qui, lui, possédera une valeur juridique,
- il y a lieu d'élargir le champ d'application de la directive et de préciser certains points.

- **Directive 98/59/CE du 20 juillet 1998.**

Les considérants de la directive 98/59/CE sont au nombre de 13. Ils portent sur :

- nécessité de recodifier à la suite des modifications apportées,<sup>8</sup>
- l'importance de renforcer la protection des travailleurs et d'améliorer encore la convergence des législations nationales,<sup>9</sup>
- possibilité pour la représentation des travailleurs de faire appel à un expert,<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Directive 92/56/CEE, considérant 1.

<sup>8</sup> Directive 98/59/CE, considérant 1.

<sup>9</sup> Directive 98/59/CE, considérants 2 et 3,

<sup>10</sup> Directive 98/59/CE, considérant 10.

## 2.3. Fondements juridiques des directives.

### 2.3.1. Sur le fond.

**5509** La Commission a fondé son action sur l'article 100 du traité, , “ *Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du Comité Economique et Social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun.*”

### 2.3.2. Sur la forme.

La Commission a conduit son action conformément à la procédure prévue par l'article 251 du traité.



## 2.4. Les interventions de la Cour de Justice.

### 2.4.1. La notion de licenciements collectifs.

**5510** La Cour de Justice a été saisie d'un certain nombre de requête en manquement quant à la transposition des directives sur le licenciement collectif dans les droits nationaux des Etats Membres. A cette occasion, la Cour viendra, par différentes jurisprudences, rappeler et préciser différents points de la législation européenne relative aux **licenciements collectifs**.

- **Arrêt “ Commission c/ Royaume Uni ”, du 8 juin 1994, affaire C-383/92.**

Avec l'arrêt “ **Commission c/ Royaume Uni** ”, la Cour précise que la directive : <sup>11</sup>

- s'applique, selon son article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous a), “ aux licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs lorsque le nombre de licenciements intervenus ” répond au critère choisi par l'Etat Membre parmi les deux qui fixe la directive,
- prévoit une procédure de consultation et d'information des représentants des travailleurs,
- l'employeur est tenu de notifier par écrit tout projet de licenciement collectif à l'autorité publique compétente. Les représentants des travailleurs sont informés de cette notification et peuvent faire valoir leurs observations auprès de l'autorité publique,
- les licenciements collectifs ne peuvent pas intervenir avant un délai de 30 jours après la notification de leur projet à l'autorité publique. L'autorité publique compétente doit mettre à profit ce délai pour chercher des solutions aux problèmes soulevés par les licenciements collectifs envisagés.

- **Arrêt “ Rockfon ”, du 7 décembre 1995, affaire C-449/93.**

**5511** La Cour a été saisie par une question préjudicielle relative à la question de savoir si les dispositions de l'article premier de la directive s'oppose “ à ce que deux entreprises ou plus qui font partie d'un groupe tout en maintenant leur indépendance, même si aucune d'entre elles n'exerce une domination sur l'autre ou sur d'autres, créent un département commun en matière d'embauches ou de licenciements, de manière à ce que, par exemple, les licenciements prévus par l'une de ces entreprises ne puissent prendre effet que sous réserve de l'accord dudit département, et, en conséquence, pour le calcul du nombre de licenciements prévus au premier paragraphe de l'article premier de la directive, c'est le nombre total des travailleurs de l'ensemble des entreprises concernées qui est pris en compte ”.

---

<sup>11</sup> CJUE, arrêt “ **Commission c/ Royaume Uni** ”, du 8 juin 1994, affaire C-383/92, points 3, 4 et 5.

Ceci implique, comme l'affirmait la Cour elle-même, deux questions :

- premièrement déterminer si le paragraphe 1 sous a) de l'article premier de la directive s'oppose à ce que deux entreprises ou plus d'un groupe créent un département commun d'embauches ou de licenciements, de manière à ce que les licenciements prévus par l'une des entreprises ne peuvent prendre effet que sous réserve de l'accord dudit département,
- deuxièmement, déterminer si, dans cette hypothèse, il faut interpréter que " l'établissement " visé au paragraphe 1 sous a) de l'article premier de la directive désigne l'ensemble des entreprises disposant de ce département d'embauche et de licenciement, ou si, au contraire, il faut qualifier " d'établissement " chacune des entreprises où travaillent habituellement les travailleurs licenciés.

La Cour a estimé que la notion d'établissement était une notion clé dans ce litige. Si l'on retenait l'interprétation soutenue par Rockfon, il était possible que les sociétés réunies au sein d'un même groupe fassent obstacle à l'application de la directive en confiant à un organe distinct la décision de licencier, de manière à exclure certaines procédures conçues pour la protection des travailleurs.

Une telle interprétation était donc inadmissible. Aux fins de déterminer le champ d'application de la directive, on entend par établissement " l'unité à laquelle sont affectés les travailleurs concernés par le licenciement pour accomplir leur tâche. Aux effets de la définition de la notion d'établissement ", il n'est pas essentiel que cette entité dispose d'une direction habilitée à effectuer des licenciements collectifs de façon autonome " .

Aux fins de la directive, l'établissement est par conséquent l'unité à laquelle sont affectés les travailleurs concernés par les licenciements pour accomplir leur tâche.

- **Arrêt " Metalarbejderforbund ", du 17 décembre 1998, affaire C-250/97.**

**5512** Cet arrêt concerne la notion de licenciement collectif lié à une cessation des activités de l'établissement qui résulte d'une décision de justice, article 3, paragraphe 1, second alinéa, et article 4, paragraphe 4 de la directive 75/129/CEE, dans sa rédaction modifiée par la directive 92/56/CEE. La question préjudicielle était de savoir si la directive vise les licenciements collectifs prononcés le jour même de l'introduction par l'employeur de la demande de déclaration de faillite et de la cessation des activités de l'établissement, avant que soit rendue la décision du Tribunal des Faillites.

La Cour a dit pour droit que les articles cités ci-dessus doivent être interprétés en ce sens que les dérogations qu'ils prévoient ne s'appliquent pas aux licenciements collectifs prononcés le jour même de l'introduction par l'employeur de la demande en déclaration de faillite et de la cessation des activités de l'établissement, dès lors que la juridiction compétente a rendu, ultérieurement et sans autre report que celui qui résulte du délai fixé par cette dernière, le jugement déclaratif de faillite demandé, lequel produit certains de ses effets à la date de l'introduction de la demande.

- **Arrêt “ Commission c/ Portugal ”, du 12 octobre 2004, affaire C-055/02.**

**5513** A travers l’arrêt “ **Commission c/ Portugal** ”, la Cour va compléter et préciser la notion de “ licenciement ”, telle que visée par la directive sur les licenciements collectifs. Un licenciement :

- ne peut pas être définie par un renvoi aux législations des Etats Membres, mais a une portée communautaire,<sup>12</sup>
- englobe “ toute cessation du contrat de travail non voulue par le travailleur, et donc sans son consentement ”.<sup>13</sup>

#### **2.4.2. La date des licenciements collectifs.**

**5514** Plusieurs décisions rendues par la Cour Justice à la suite de questions préjudicielles vont permettre d’apporter des précisions sur différents points du droit de l’Union. Parmi ceux-ci figure la notion de date à laquelle peuvent intervenir les licenciements collectifs.

Puisque la notion de licenciement revêt une portée communautaire, il importe de préciser à quelle date se produit le licenciement. C’est ce qu’a fait la Cour dans son **arrêt “ Junk ”**, du 27 janvier 2005, **affaire C-188/03**.

La controverse provient de ce que le droit allemand distingue deux étapes dans le licenciement :<sup>14</sup>

- “ **Kündigung** ”, étape correspondant à la manifestation unilatérale de volonté de l’une des parties de mettre fin au contrat de travail,
- “ **Entlassung** ”, étape correspondant à la cessation effective du contrat de travail, c’est à dire à l’expiration du délai de préavis.

La version linguistique allemande de la directive 98/59/CE renvoie uniquement au terme “ **Entlassung** ”, c’est à dire, en droit allemand, à la cessation effective de la relation d’emploi et non à la manifestation de la volonté de l’employeur de résilier le contrat de travail. Dans les autres versions linguistiques de la directive, le terme utilisé à la place de “ **Entlassung** ” ou bien couvre à la fois les deux événements visés par la juridiction de renvoi ou bien renvoie plutôt à la manifestation de la volonté de l’employeur de résilier le contrat de travail.<sup>15</sup>

Il y a donc lieu d’indiquer quand l’employeur doit informer et consulter les représentants des travailleurs des licenciements collectifs, lorsque l’employeur fait le projet de licenciement ou bien lorsque ces licenciements deviennent réels.

<sup>12</sup> CJUE, **arrêt “ Commission c/ Portugal ”**, du 12 octobre 2004, **affaire C-55/02**, point 49.

<sup>13</sup> CJUE, **arrêt “ Commission c/ Portugal ”**, du 12 octobre 2004, **affaire C-55/02**, points 50 et 62.

<sup>14</sup> CJUE, **arrêt “ Junk ”**, du 27 janvier 2005, **affaire C-188/03**, point 22.

<sup>15</sup> CJUE, **arrêt “ Junk ”**, du 27 janvier 2005, **affaire C-188/03**, points 32 et 34.

Pour la Cour, Il convient donc de considérer que : <sup>16</sup>

- les articles 2 à 4 de la directive 98/59/CE doivent être interprétés en ce sens que l'événement valant licenciement est constitué par la manifestation de la volonté de l'employeur de résilier le contrat de travail,
- l'employeur est en droit d'effectuer des licenciements collectifs après la fin de la procédure de consultation prévue à l'article 2 de la directive et après la notification du projet de licenciement collectif prévue aux articles 3 et 4 de cette même directive.

En pratique, les obligations de l'employeur naissent donc avant même que la décision de licencier soit prise. <sup>17</sup>

### 2.4.3. Licenciement collectif et fermeture d'entreprise.

**5515** Certain Etats font une distinction entre la notion de fermeture d'entreprise et celle de licenciement collectif. C'est la cas du droit belge qui fait traditionnellement cette distinction, ce qui aurait pour conséquence que les licenciements en cas de fermeture d'entreprises, que celle-ci résulte ou non d'une décision de justice, seraient régis non pas par la réglementation adoptée pour la mise en œuvre de la directive 75/129/CEE, mais par les dispositions spécifiques de la loi belge du 28 juin 1966, relative à l'indemnisation des travailleurs licenciés en cas de fermeture d'entreprises.

Cette distinction faite par la Belgique a conduit la Commission à introduire un recours en manquement contre la Belgique dans la transposition de la directive 75/129/CEE en droit belge.

Par son arrêt "**Commission c/ Belgique**", du 28 mars 1985, **affaire C-215/83**, la Cour de Justice rappelle que, En vertu d'une jurisprudence constante de la Cour, les Etats Membres sont tenus aux obligations découlant des directives communautaires dans toute leur étendue et ne sauraient exciper de dispositions, pratiques ou situations de leur ordre juridique interne pour justifier le non-respect de ces obligations. <sup>18</sup>

La Cour confirmera ces dispositions dans son arrêt "**Agorastoudis**", du 7 septembre 2006, **affaires jointes C- 187/05 à C-190/05**. Dans son arrêt, la Cour que " *dans tous les autres cas, notamment lorsque la cessation définitive des activités de l'entreprise concernée résulte de la seule volonté de l'employeur et qu'elle repose sur des appréciations de nature économique ou autres, les obligations de celui-ci, découlant de la directive 75/129/CEE, restent entières. Le fait que les dispositions du droit national, auxquelles se réfère la juridiction de renvoi, ne prévoient pas qu'une décision de justice soit rendue préalablement à la cessation définitive de l'entreprise ou de l'exploitation due à la seule volonté de l'employeur est sans pertinence à cet égard.* " <sup>19</sup>

<sup>16</sup> CJUE, arrêt "**Junk**", du 27 janvier 2005, **affaire C-188/03**, points 39 et 54.

<sup>17</sup> En ce sens, la Cour de Justice se rapproche de la théorie institutionnelle de l'entreprise.

<sup>18</sup> CJUE, arrêt "**Commission c/ Belgique**", du 28 mars 1985, **affaire C-215/83**, point 25.

<sup>19</sup> CJUE, arrêt "**Agorastoudis**", du 7 septembre 2006, **affaires jointes C- 187/05 à C-190/05**, point 32.

#### 2.4.4. La notion d'établissement.

5516 Parmi les questions préjudicielles posées à la Cour, certaines vont permettre d'apporter des précisions sur l'interprétation de la notion d'établissement par le droit de l'Union.

- **Arrêt " Rockfon ".**

Dans son arrêt " **Rockfon** ", du 7 décembre 1995, **affaire C-449/93**, la Cour de Justice va venir pour la première fois interroger la notion d'établissement au sens communautaire.

La question porte sur l'interprétation de l'article 1<sup>er</sup> de la directive 75/129/CEE.

La Cour commence par constater que la notion d'établissement n'est pas définie par la directive.<sup>20</sup> Mais, la Cour relève que la notion d' " établissement ", au sens de la directive, constitue une notion de droit communautaire et ne peut se définir par référence aux législations des Etats Membres.<sup>21</sup> En effet, les différentes versions linguistiques de la directive utilisent des termes quelque peu différents pour désigner la notion en cause, à savoir " Betrieb " dans la version allemande, " establishment " dans la version anglaise, " virksomhed " dans la version danoise, " centro de trabajo " dans la version espagnole, " yritys " dans la version finnoise, " établissement " dans la version française, " επιχείρηση " dans la version grecque, " stabilimento " dans la version italienne, " plaatselijke eenheid " dans la version néerlandaise, " estabecimento » dans la version portugaise et enfin " arbetsplats " dans la version suédoise.<sup>22</sup> Ces termes ne recouvrent pas toujours la même notion dans les différents Etats Membres.

**Or, les diverses versions linguistiques d'un texte communautaire doivent être interprétées de façon uniforme et que, dès lors, en cas de divergence entre ces versions, la disposition en cause doit être interprétée en fonction de l'économie générale et de la finalité de la réglementation dont elle constitue un élément.**<sup>23</sup>

La Cour rappelle ensuite qu'il y a lieu d'éviter toute interprétation de la notion d'établissement qui permettrait à des sociétés appartenant à un même groupe de chercher, en confiant la décision de licencier à un organe de décision distinct, à rendre plus difficile leur assujettissement à la directive. Par ce biais, il leur serait ainsi possible d'échapper à l'obligation de respecter certaines procédures protectrices des travailleurs et d'importants groupes de travailleurs pourraient se voir dénier le droit d'être informés et entendus, qui leur revient normalement en vertu de la directive. Une telle interprétation apparaît donc comme étant incompatible avec la finalité de la directive.

<sup>20</sup> CJUE, arrêt " **Rockfon** ", du 7 décembre 1995, **affaire C-449/93**, point 23.

<sup>21</sup> CJUE, arrêt " **Rockfon** ", du 7 décembre 1995, **affaire C-449/93**, point 25.

<sup>22</sup> CJUE, arrêt " **Rockfon** ", du 7 décembre 1995, **affaire C-449/93**, point 26.

<sup>23</sup> CJUE, arrêt " **Bouchereau** ", du 27 octobre 1977, **affaire C-30/77**, point 14.

La Cour rappelle également qu'elle a jugé que la relation de travail est essentiellement caractérisée par le lien qui existe entre le travailleur et la partie de l'entreprise à laquelle il est affecté pour exercer sa tâche. <sup>24</sup>

Pour la Cour de Justice, il y a donc lieu d'interpréter la **notion d' " établissement "** figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous a), de la directive 75/129/CEE **comme désignant, selon les circonstances, l'unité à laquelle les travailleurs concernés par le licenciement sont affectés pour exercer leur tâche.** Que l'unité en cause dispose d'une direction pouvant effectuer de manière indépendante des licenciements collectifs n'est pas essentiel à la définition de la notion d' " établissement ". <sup>25</sup>

- **Arrêt " Athinaïki Chartopoïia ".**

**5517** Dans l'arrêt " **Athinaïki Chartopoïia** ", du 15 février 2007, **affaire C-270/05**, il s'agit cette fois également d'une demande de décision préjudicielle qui porte sur l'interprétation de la notion d' " établissement " en droit de l'Union, telle qu'elle figure, notamment, à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous a), de la directive 98/59/CE. Mais cette fois la Cour va s'intéresser à l'articulation entre l' " établissement " d'une part et l' " entreprise " d'autre part.

La Cour rappelle que la notion d' " établissement " : <sup>26</sup>

- n'est pas définie dans les directives, mais qu'elle constitue une notion de droit communautaire et ne peut par conséquent pas se définir par référence aux législations des Etats Membres,
- désigne, selon les circonstances, l'unité à laquelle les travailleurs concernés par le licenciement sont affectés pour exercer leur tâche.

Cette définition extrêmement vaste de la notion d' " établissement " donnée par la Cour a pour objectif de **limiter dans la mesure du possible les cas de licenciements collectifs qui ne seraient pas soumis à la directive 98/59/CE en raison de la qualification juridique de cette notion au niveau national.** <sup>27</sup> Toutefois, étant donné le caractère général de cette définition, celle-ci ne peut pas être à elle-seule décisive pour apprécier les circonstances concrètes de l'affaire au principal.

Aux fins de l'application de la directive 98/59/CE, peut ainsi notamment constituer un " établissement ", dans le cadre d'une entreprise, une entité distincte, présentant une certaine permanence et stabilité, qui est affectée à l'exécution d'une ou de plusieurs tâches déterminées et qui dispose d'un ensemble de travailleurs ainsi que de moyens techniques et d'une certaine structure organisationnelle permettant l'accomplissement de ces tâches. <sup>28</sup>

<sup>24</sup> CJUE, **arrêt " Botzen "**, du 7 février 1985, **affaire C-186/83**, point 15. Voir infra chapitre sur la directive relative au transfert d'entreprise.

<sup>25</sup> CJUE, **arrêt " Rockfon "**, du 7 décembre 1995, **affaire C-449/93**, points 32, 33 et 34.

<sup>26</sup> CJUE, **arrêt " Rockfon "**, du 7 décembre 1995, **affaire C-449/93**, points 23, 25, 26, 27, 31 et 32.

<sup>27</sup> Voir en particulier CJUE, **arrêt " Agorastoudis "**, du 7 septembre 2006, **affaire C-187/05 à C-190/05**, point 37.

<sup>28</sup> CJUE, **arrêt " Athinaïki Chartopoïia "**, du 15 février 2007, **affaire C-270/05**, point 27.

Et la Cour de conclure que **l'établissement, unité de travail " distincte, présentant une certaine permanence et stabilité ", se distingue de l'entreprise, centre de décision économique, à partir notamment du critère d' " autonomie " qui ne caractérise pas l'établissement à la différence de l'entreprise.**<sup>29</sup>

#### 2.4.5. Les notions d'employeur et d'entreprise.

**5518** La Cour de Justice a également du adresser les notions d'employeur et d'entreprise au sens droit de l'Union à l'occasion d'un recours en manquement introduit par la Commission contre la République italienne.

En effet dans la transposition de la directive 98/59/CE dans son droit national, l'Italie avait exclus du champ d'application des mesures de l'Union les employeurs qui, dans le cadre de leurs activités, ne poursuivent pas de buts lucratifs.

Dans son arrêt **" Commission c/ République italienne "**, du 16 octobre 2003, **affaire C-032/02**, la Cour précise que Le terme " employeur ", au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, sous a), de la directive 98/59/CE, comprend également les employeurs qui, dans le cadre de leurs activités, ne poursuivent pas un but lucratif. En effet, ainsi qu'il résulte du libellé même de l'article 1<sup>er</sup> de cette directive, cette disposition s'applique aux licenciements effectués par " un employeur " sans autres distinctions, de telle sorte qu'elle vise tout employeur. L'interprétation contraire ne serait pas non plus conforme à la finalité de cette directive, telle qu'elle découle de son deuxième considérant.<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> CJUE, arrêt **" Athinaïki Chartopoiïa "**, du 15 février 2007, **affaire C-270/05**, points 33 et 34.

<sup>30</sup> CJUE, arrêt **" Commission c/ République italienne "**, du 16 octobre 2003, **affaire C-32/02**, point 26.

## 2.5. Le Contenu des Mesures de l'Union Européenne.

### 2.5.1. Définitions de l'Union Européenne.

5519 L'Union Européenne, avec les directives sur le licenciement collectif, pose deux définitions extrêmement importantes.<sup>31</sup>

- “ licenciements collectifs ” :

Ce sont les licenciements effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs lorsque le nombre de licenciements intervenus est, selon le choix effectué par les Etats Membres :

- soit, pour une période de trente jours :
  - au moins égal à 10 dans les établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs,
  - au moins égal à 10 % du nombre des travailleurs dans les établissements employant habituellement au moins 100 et moins de 300 travailleurs,
  - au moins égal à 30 dans les établissements employant habituellement au moins 300 travailleurs,
- soit, pour une période de quatre-vingt-dix jours, au moins égal à 20, quel que soit le nombre des travailleurs habituellement employés dans les établissements concernés

Pour le calcul du nombre de licenciements prévus, sont assimilées aux licenciements les cessations du contrat de travail intervenues à l'initiative de l'employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs, à condition que les licenciements soient au moins au nombre de cinq.

- “ représentants des travailleurs ”.

Ce sont les représentants des travailleurs prévus par la législation ou la pratique des Etats Membres.

---

<sup>31</sup> Directive 98/59/CE, article premier.

## 2.5.2. Modalités d'application des mesures de l'Union en matière de licenciement collectif.

- **Champs géographique et professionnel.**

**5520** Au plan géographique, les mesures de l'Union s'appliquent à l'ensemble des Etats Membres, et au plan des entreprises, les mesures s'appliquent à l'ensemble des entreprises situées sur le territoire de l'Union, hormis les cas d'exclusions explicitement prévus.

Sont également concernés les Etats de l'Espace Economique Européen et la Suisse.

- **Sur la notion de licenciement.**

Pour rentrer dans le champ d'application de la directive, les licenciements doivent être justifiés par une, ou plusieurs, raison économique, c'est à dire effectués par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne des travailleurs.<sup>32</sup>

En pratique, à travers l'expression " licenciements collectifs ", les mesures de l'Union visent des licenciements ayant une cause économique et intéressant un nombre minimum de personnes sur une même période, donc des **licenciements économiques et collectifs**. Le critère qualitatif est ainsi complété par des critères quantitatifs.<sup>33</sup>

Les mesures de l'Union s'appliquent pleinement lorsqu'une cessation définitive des activités de l'entreprise aura été "*décidée à la seule initiative de l'employeur, en l'absence d'une décision de justice préalable*".<sup>34</sup>

Les mesures de l'Union s'appliquent également aux départs négociés, lorsque ceux-ci ont lieu à l'initiative de l'employeur. La directive initiale, 75/129/CEE, ne visait que les licenciements, la modification de 1992, directive 92/56/CEE, a ajouté " les cessations de contrats de travail intervenus à l'initiative de l'employeur ", pourvu que ces cessations s'ajoutent à cinq licenciements au moins.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Directive 98/59/CE, article premier.

<sup>33</sup> Voir supra, arrêts CJUE " **Commission c/ Royaume Uni** ", du 8 juin 1994, **affaire C-383/92**, et arrêt " **Commission c/ Portugal** ", du 12 octobre 2004, **affaire C-55/02**.

<sup>34</sup> Voir supra, arrêt " **Agorastoudis** ", du 7 septembre 2006, **affaires jointes C- 187/05 à C-190/05**.

<sup>35</sup> Directive 92/56/CEE, article premier, paragraphe 1, point a), confirmé par la directive 98/59/CE, article premier, paragraphe 1, point b).

- **Sur la notion de collectif.**

Ainsi que nous l'avons vu, l'Union ouvre aux Etats Membres le choix entre deux possibilités pour définir l'aspect collectif des licenciements. Rappelons que, lorsque l'on effectue le décompte des travailleurs victimes d'un licenciement, doivent être concernés : <sup>36</sup>

- sur une **période de 30 jours** :
  - établissements employant habituellement plus de 20 et moins de 100 travailleurs : au moins 10 travailleurs,
  - établissements employant habituellement entre 100 et 300 travailleurs : au moins 10 % du nombre des travailleurs,
  - établissements employant habituellement plus de 300 travailleurs : au moins 30 travailleurs.
- sur une **période de 90 jours** : 20 travailleurs, quel que soit le nombre des travailleurs employés habituellement dans le ou les établissements concernés.

- **Sur le décompte des licenciements.**

La volonté du législateur européen est claire pour ce qui est des contrats à durée indéterminée, ils rentrent pleinement dans le champ des mesures de l'Union. Mais qu'en est-il des autres formes de contrat de travail ? La directive 75/129/CEE avait exclus les contrats de travail à durée déterminée et les travailleurs touchés par la cessation des activités de l'établissement lorsque celle-ci résulte d'une décision de justice. <sup>37</sup>

La directive 92/56/CEE, confirmée en cela par la directive de recodification 98/59/CE, a réintégré dans le champ des mesures de l'Union les travailleurs touchés par la cessation des activités de l'établissement lorsque celle-ci résulte d'une décision de justice.

### 2.5.3. Les conséquences du projet de licenciement collectif.

5521

L'employeur est tenu de notifier par écrit tout projet de licenciement collectif à l'autorité publique compétente, sauf, lorsque les Etats Membres le prévoient, dans le cas d'un projet de licenciement collectif lié à une cessation des activités de l'établissement qui résulte d'une décision de justice. <sup>38</sup>

De la même manière, l'employeur est tenu de transmettre aux représentants des travailleurs copie de la notification tout projet de licenciement collectif faite à l'autorité publique compétente. <sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Directive 98/59/CE, article premier.

<sup>37</sup> Directive 75/129/CEE, article premier, paragraphe 2.

<sup>38</sup> Directive 98/59/CE, article 3, point 1.

<sup>39</sup> Directive 98/59/CE, article 3, point 2.

Enfin, Les licenciements collectifs dont le projet a été notifié à l'autorité publique compétente prennent effet au plus tôt trente jours après leur notification.<sup>40</sup>

Par ailleurs, La notification doit contenir tous renseignements utiles concernant le projet de licenciement collectif et les consultations des représentants des travailleurs prévues, notamment les motifs de licenciement, le nombre des travailleurs à licencier, le nombre des travailleurs habituellement employés et la période au cours de laquelle il est envisagé d'effectuer les licenciements.<sup>41</sup>

#### 2.5.4. Information et Consultations des Représentants des Travailleurs.

- **Obligation de consultation.**

5522 Lorsqu'un employeur envisage d'effectuer des licenciements collectifs, **il est tenu de procéder**, en temps utile, à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord.<sup>42</sup>

#### 2.5.5. Les exclusions.

5523 Si la directive ne régit pas les cessations de contrat résultant de l'arrivée du terme ou de l'accomplissement d'une tâche déterminée, elle s'applique en cas de licenciement anticipé. Article 1 § 2 a) de la directive.

Le texte de 1975 les avait exclus du champ d'application de la directive. Celui de 1992 a supprimé l'exclusion, mais permet en ce cas d'écarter la notification obligatoire du projet de licenciement à l'autorité publique, article 3 § 1, 2<sup>ème</sup> alinéa, de la directive.

Les mesures de l'Union Européenne comportent diverses exclusions. Elles ne s'appliquent pas :<sup>43</sup>

- aux licenciements collectifs effectués dans le cadre de **contrats de travail conclus pour une durée ou une tâche déterminée**, sauf si ces licenciements interviennent avant le terme ou l'accomplissement de ces contrats,
- aux **travailleurs des administrations publiques ou des établissements de droit public** (ou, dans les Etats Membres qui ne connaissent pas cette notion, des entités équivalentes),
- aux **équipages de navires de mer**.

<sup>40</sup> Directive 98/59/CE, article 4, point 1.

<sup>41</sup> Directive 98/59/CE, article 3, point 1.

<sup>42</sup> Directive 98/59/CE, article 2, point 1.

<sup>43</sup> Directive 98/59/CE, article premier, point 2.

## 2.6. Mesures Nationales d'Exécution des Directives.

### 2.6.1. Cadre général des Mesures Nationales d'Exécution.

5524 La Commission européenne, DG Emploi et Affaires Sociales, a procédé à différentes évaluations de la mise en œuvre des directives sur le licenciement collectif. Une première évaluation a donné lieu à un rapport de la Commission remis le 13 septembre 1991. Une seconde évaluation de la mise en œuvre des directives sur le licenciement collectif a fait l'objet d'un nouveau rapport terminé en août 1999. Ce dernier comprend plusieurs parties :

- première partie : mise en œuvre par l'Autriche, la Finlande et la Suède, nouveaux Etats Membres de l'Union depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1995, mais qui avait déjà implémenté une partie des mesures européennes dans le cadre de l'accord avec l'AELE entré en vigueur à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1994,
- deuxième partie : mise en œuvre par les Etats Membres " historiques " que sont Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, France, Grèce, Irlande, Luxembourg, Pays Bas, Portugal et Royaume Uni,
- troisième partie : analyse rapide des trois arrêts rendus par la Cour de Justice, **arrêt " Commission c/ Royaume Uni "**, du 8 juin 1994, **affaire C-383/92**, **arrêt " Rockfon A/S c/ Specialarbejderforbundet i Danmark "**, du 7 décembre 1995, **affaire C-449/93**, et **arrêt " Metalarbejderforbund "**, du 17 décembre 1998, **affaire C-250/97**.

### 2.6.2. Mesures Nationales d'Exécution des directives licenciement collectif.

5525 La France est venue mettre en conformité ses mesures nationales avec la Loi n° 89-549 du 2 août 1989 sur la prévention modifiant le Code du Travail et relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion. Bien que le droit français n'ait pas établi à l'époque de contenu minimum pour la notification du projet de licenciement collectif à l'autorité administrative, le Code du Travail imposait de porter à sa connaissance l'ensemble des informations devant être fournies aux représentants du personnel. Les dispositions des directives se trouvaient donc respectées dans les faits.

La Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi procède à une refonte profonde des règles applicables en matière de licenciement collectif. Elle prévoit deux modalités pour l'élaboration d'un Plan de Sauvegarde de l'Emploi, PSE, conclusion d'un accord majoritaire ou élaboration par l'employeur d'un document unilatéral. Elle organise la procédure d'information / consultation du Comité d'Entreprise en redéfinissant notamment les délais applicables. L'accord et le document unilatéral, dont le contenu est encadré par la loi, devront faire l'objet, respectivement, d'une validation ou d'une homologation par l'Administration. Cette décision, qui interviendra de manière implicite à l'issue de délais fixés par la loi, conditionnera la possibilité pour l'employeur de notifier les licenciements économiques.

## 2.7. Application des Directives Licenciement Collectif en Droit Français.

### 5526 Notion de licenciement.

La définition retenue par le Code du Travail français, à l'article L. 1233-3, anciennement L. 321-1, ajoute au motif non inhérent à la personne du salarié une cause résidant dans une suppression ou transformation d'emploi ou dans une modification refusée par le salarié, du contrat de travail et, sortant du terrain de la qualification pour celui de la justification, ajoute encore que le licenciement doit répondre à des difficultés économiques ou des mutations technologiques, notions auxquelles la jurisprudence a ajouté pour justification possible la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise.

### Décompte des travailleurs concernés.

Période de trente jours : c'est le choix opéré par le législateur français, cf. L. 1233-28 du Code du Travail, ancien article L. 321-2.

## Chapitre 3

### Maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise.

#### 3.1. Les Objectifs de l'Union Européenne.

##### 3.1.1. Rappel de la situation économique et sociale. <sup>44</sup>

5527

Nous sommes toujours au début des années 1970, l'Europe subit le premier choc pétrolier, elle se trouve confrontée à une crise économique grave, avec des conséquences sociales importantes, la Communauté Européenne ne comprend à l'époque que 9 Etats Membres. <sup>45</sup>

La Communauté a mis en place en 1975 une première directive, 75/129/CEE, sur les licenciements collectifs et souhaite compléter son dispositif par des mesures concernant les transferts d'entreprise.

Les entreprises elles aussi tentent de résister à la crise. Les mesures qu'elles seront amenées à prendre comprennent des opérations de concentration, de restructuration, de fusions et d'absorptions. Le sort réservé à certains des salariés de ces entreprises va se poser d'une manière de plus en plus critique.

Face à cette situation, la Commission Européenne fait vite le constat, en matière de transfert d'entreprise, d'une très forte hétérogénéité des pratiques nationales. Si, à l'époque, les travailleurs français disposent de la protection de l'article L. 122-12 du Code du Travail, <sup>46</sup> à l'exception de l'Allemagne, il n'existe guère d'équivalent dans les autres Etats Membres. Pour lutter contre cette hétérogénéité et rapprocher les pratiques nationales, la Communauté Européenne fera le choix politique de la mise en place d'un programme d'action sociale, adopté par le Conseil le 21 janvier 1974, soit finalement assez peu de temps après le choc pétrolier de 1973.

Pour répondre à cet objectif de maintien de l'emploi et de protection des travailleurs, la Commission Européenne proposera et fera adopter tout un ensemble de mesures, dont un certain nombre de directives européennes. La directive sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise va venir compléter la directive 75/129/CEE sur les licenciements collectifs.

<sup>44</sup> Voir supra, paragraphe 2.1.1. Sur les éléments de contexte économique et social.

<sup>45</sup> Il s'agit des six états fondateurs, Allemagne, Belgique, France, Italie, Luxembourg, Pays Bas, qui ont été rejoint en 1973 par le Danemark, l'Irlande, et le Royaume Uni.

<sup>46</sup> Devenu L. 1224-1 depuis la réforme du Code du Travail de 2008.

### 3.1.2. Première étape, la directive 77/187/CEE du 14 février 1977.

**5528** Le programme d'action sociale adopté par le Conseil inclus dans ses objectifs la mise en place " *d'actions tendant à réaliser le plein et le meilleur emploi* ".<sup>47</sup> Ce programme comporte différentes mesures dont une qui a pour objectif de " **protéger les intérêts des travailleurs, particulièrement en ce qui concerne le maintien des droits et avantages en cas de fusion, de concentration ou de rationalisation** ".

C'est pour répondre à cet objectif précis que la Commission va mettre en place un premier projet de directive concernant le rapprochement des législations des Etats Membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements.

Cette directive vise à protéger les travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise et plus particulièrement à assurer le maintien de leurs droits. Elle souligne les droits et les obligations des employeurs concernés par le transfert.

Mais attention, la directive n'a pas pour but d'assurer le maintien des emplois. Son objectif est autre. Il s'agit, comme la lettre de son titre l'annonce, de **garantir aux travailleurs, dans leur relation avec leur nouvel employeur, le maintien des droits qui étaient les leurs dans les relations avec l'ancien employeur.**

### 3.1.3. Deuxième étape, la directive 98/50/CE du 29 juin 1998.

**5529** Une proposition de révision de la directive avait été présentée le 8 septembre 1994.<sup>48</sup> Au cours de cette nouvelle étape la Commission a souhaité prendre en compte plusieurs aspects :

- l'arrivée de nouveaux textes, comme charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée le 9 décembre 1989,<sup>49</sup>
- un renforcement de la notion d'information et de consultation des représentants des travailleurs,<sup>50</sup>
- l'impact du marché intérieur, des tendances législatives des Etats Membres en ce qui concerne le sauvetage des entreprises en difficultés économiques,<sup>51</sup>
- l'impact de la directive 75/129/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats Membres relatives aux licenciements collectifs,
- les premières jurisprudences de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

<sup>47</sup> Programme européen d'action sociale du 21 janvier 1974, considérant 5.

<sup>48</sup> COM(94) 300 final du 08.09.1994, publié au JOEC du 01.10.1994, n° C 274/10.

<sup>49</sup> Directive 98/50/CE, considérant 1.

<sup>50</sup> Directive 98/50/CE, article premier, nouvelle rédaction de l'article 6 de la directive 77/187/CEE.

<sup>51</sup> Directive 98/50/CE, considérant 3.

Mais la philosophie du texte n'a pas changée, le but reste uniquement le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert. La directive n'a pas toujours pour but d'assurer le maintien des emplois. La Commission ne se préoccupe que d'améliorer l'effectivité juridique dans les droits nationaux du dispositif européen prévu par la directive 77/187/CEE.

#### 3.1.4. Troisième étape, la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001.

**5530** L'objectif principal de cette nouvelle directive est la recodification : <sup>52</sup> *“ il convient dès lors, pour des raisons de clarté et de rationalité, de procéder à la codification de ladite directive ”* (98/50/CE – ndlr). Cette refonte de la première directive précédente va se faire en :

- précisant certaines définitions,
- complétant les mesures prévues,
- réintroduisant certains secteurs jusque là exclus,
- prenant en compte les nouvelles jurisprudences de la Cour de Justice.

Hormis une renumérotation des articles la directive 2001/23/CE ne contient pas de nouveauté par rapport à la directive 98/50/CE.

---

<sup>52</sup> Directive 2001/23/CE, considérant 1.

### 3.2. Le processus d'élaboration des Directives.

#### 3.2.1. Mise en place des différentes directives.

- **Directive 77/187/CEE.**

5531 La première directive a été mise en place à la suite de deux propositions faites par la Commission Européenne, une proposition initiale, COM(74) 351, suivie d'une proposition modifiée, COM(75) 429, le 25 juillet 1975.

Conformément à la procédure prévue, ont été consultés :

- le Parlement européen, avis paru au JO C 95/75 p 17,
- le Comité Economique et Social, avis paru au JO C 255/75 p 25.

- **Directive 98/50/CE.**

La deuxième directive a été mise en place à la suite de la proposition COM(94) 300 final faite par la Commission Européenne le 8 septembre 1994.

Conformément à la procédure prévue, ont été consultés :

- le Parlement européen, avis paru au JO C 33 du 03.02.1997, p. 81,
- le Comité Economique et Social, avis paru au JO C 133 du 31.05.1995, p. 13,
- le Comité des Régions, avis paru au JO C 100 du 02.04.1996, p. 25.

- **Directive 2001/23/CE.**

La troisième directive a été mise en place à la suite de la proposition de la Commission, COM (2000) 259 final. Cette proposition a fait l'objet de consultations :

- Parlement européen : avis rendu le 25/10/2000,
- Comité économique et social, avis paru au JO C 367/2000 p 21.

#### 3.2.2. Les considérants des Directives.

- **Considérants de la Directive 77/187/CEE.**

5532 Rappelons que les considérants, s'ils sont sans valeur juridique, ont pour but d'expliquer et de justifier l'action entreprise par l'Union dans le domaine visé par la directive. Les

considérants de la directive 77/187/CEE ne sont qu'au nombre de 5, et sont extrêmement simples :

- considérant 1 : la référence à la situation économique et aux phénomènes de fusions absorption en cours dans les entreprises de l'Union Européenne,
- considérant 2 : dispositions sont nécessaires pour protéger les travailleurs,
- considérant 3 : des différences subsistent dans les Etats Membres en ce qui concerne la portée de la protection des travailleurs, et il convient de les réduire,
- considérant 4 : ces différences peuvent avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun,
- considérant 5 : il est par conséquent nécessaire de promouvoir le rapprochement des législations en la matière.

Dans ce cas également, sans y faire référence ni le dire, la Commission applique déjà les principes de subsidiarité et de proportionnalité, principes qui ne seront théorisés et inscrits dans les textes que beaucoup plus tard.

- **Considérants de la Directive 98/50/CE.**

Les considérants de la directive 98/50/CE sont déjà plus nombreux que pour la directive précédente puisqu'il y en a 13. Par rapport à 1977 :

- les notions d'information et de consultation des travailleurs, de partenaires sociaux, de protection des représentants des travailleurs, font leur apparition,<sup>53</sup>
- la signature de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée le 9 décembre 1989, fournit une base supplémentaire à l'action de la Communauté Européenne,<sup>54</sup>
- les premières jurisprudences de la Cour de Justice peuvent être intégrées dans la directive,<sup>55</sup>

- **Considérants de la Directive 2001/23/CE.**

Puisqu'il ne s'agit d'une directive refondue qui ne vient pas modifier sensiblement le fond des textes, le nombre de considérants est relativement modeste, 10 au total, portant sur les :

- nécessité de recodifier à la suite des modifications apportées,<sup>56</sup>
- prise en compte des spécificités liées au marché intérieur et à la problématique des entreprises en difficultés économiques,<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Directive 98/50/CE, considérants 1, 2, 9 et 12.

<sup>54</sup> Directive 98/50/CE, considérant 1.

<sup>55</sup> Directive 98/50/CE, considérants 4, 5 et 6.

<sup>56</sup> Directive 2001/23/CE, considérant 1.

<sup>57</sup> Directive 2001/23/CE, considérant 7.

### **3.3. Fondements juridiques des directives.**

#### **3.3.1. Directive 77/187/CEE.**

**5533** La directive 77/187/CEE prend pour base juridique le traité instituant la Communauté économique européenne, et notamment son article 100,

#### **3.3.2. Directive 98/50/CE.**

La directive 98/50/CE prend pour base juridique le Traité instituant la Communauté Européenne, TCE. Dans le TCE la référence retenue est toujours l'article 100, Titre V, Les règles communes sur la concurrence la fiscalité et le rapprochement des législations, Chapitre 3 : Le rapprochement des législations.

#### **3.3.3. Directive 2001/23/CE.**

La directive 2001/23/CE prend pour base juridique le Traité instituant la Communauté européenne, dans sa version consolidée Amsterdam. Les articles retenus sont, l'article 94, l'article 100 - Traité CE, version consolidée Maastricht, et l'article 100 - Traité CEE.

Ces articles figurent dans la Troisième partie : Les politiques de la communauté, Titre VI : Les règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations, Chapitre 3 : Le rapprochement des législations.



### 3.4. Les interventions de la Cour de Justice.

#### 3.4.1. Approche européenne de la notion d'entreprise.

5534

Abordant le domaine très complexe des restructurations industrielles au niveau européen, la directive 77/187/CEE et ses deux directives dérivées ont suscité un nombre élevé de litiges. Au 31 août 2006, les trois directives sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise avaient donné lieu à 44 arrêts de la Cour dont 40 se référaient à des questions préjudicielles. Trente de ces arrêts ont trait au champ d'application des directives et notamment à la notion de transfert. La directive 98/50/CE précitée précise cette notion à la lumière de l'abondante jurisprudence de la Cour. Il semble que cela explique pourquoi il n'y a eu qu'un seul arrêt à ce propos pour des transferts effectués après le 17 juillet 2001, date limite de transposition de la directive 98/50/CE.

Les interprétations que la Cour de Justice a été conduite à donner des directives sur le transfert ont contribué à préciser la notion de transfert et façonner la conception européenne de l'entreprise au regard du droit social. Cette conception intègre la dimension humaine comme un des éléments essentiels de la notion d'entreprise. “ *La notion d'entreprise renvoie à un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique* ”, répète régulièrement la Cour de justice.<sup>58</sup> De la même manière la Cour a également éclairci la notion de “ travailleur ” au sens européen.

S'il n'y a rien d'original dans les formules auxquelles la Cour s'est arrêtée, plusieurs enseignements peuvent toutefois en être tirés :

- **une entreprise ne se réduit pas à une activité.** Il ne suffit par exemple pas de constater qu'une “ entité ” nouvelle poursuit la même activité que celle à laquelle elle succède, ou une activité similaire, pour en conclure que la même entreprise se poursuit,
- **la notion d'entreprise suppose l'existence d'une organisation mise au service de l'activité exercée,**
- **le facteur “ travail ” est un élément intégrant de l'organisation** définissant l'entreprise, son importance varie considérablement d'un type d'entreprise à l'autre, suivant que l'on est face à une entreprise dite “ de main d'œuvre ” ou non. Il en va de la même façon des autres éléments composant une entreprise.

Par voie de conséquence, la réglementation européenne s'est vue précisée par les nombreuses décisions de la Cour de Justice de l'Union Européenne, CJUE ex. CJCE, qui a dégagé au fil de ses arrêts quelques grands principes. Ces principes, dont le but est d'éclairer l'appréciation du juge national, peuvent s'organiser selon deux axes principaux, l'entreprise d'une part, la relation de travail d'autre part. Quelques arrêts de la Cour seront également consacrés à des points spécifiques.

---

<sup>58</sup> Voir infra, arrêt “ *Ayşe Süzen* ”, du 11 mars 1997, affaire C-13/95.

### 3.4.2. L'entreprise vue par la Cour de Justice.

5535

La Cour va définir l'entreprise à partir de la notion " d'entité qui garde son identité ". Plusieurs arrêts vont nous apporter des précisions sur la notion d'entreprise, d'établissement et de transfert d'activité :

- **arrêt " Spijkers "**, du 18 mars 1986, **affaire C-024/85**, et **arrêt " Temco Services "**, du 24 janv. 2002, **affaire C-051/00**, par lesquels la Cour de Justice nous indique que le critère décisif pour que la directive s'applique est que l'entité, entreprise ou établissement, " garde son identité ",
- **arrêt " Watson Rask "**, du 12 novembre 1992, **affaire C-209/91**, dans lequel la Cour précise que le transfert peut ne porter que sur une partie d'établissement,
- **arrêt " Schmidt "**, du 14 avril 1994, **affaire C-392/92**, confirmé à plusieurs reprises, **arrêt " Sánchez Hidalgo "** et **" Horst Ziemann "**, du 10 décembre 1998, **affaires jointes C-173/96 et C-247/96**, **arrêt " Ayse Süzen "** du 11 mars 1997, **affaire C-013/95**, et **arrêt " Temco "** précité. Dans tous ces arrêts, la Cour précise que, dès lors qu'une activité peut fonctionner sans transfert d'éléments d'actif, le maintien de l'entité ne saurait dépendre du transfert de tels éléments, et qu'un ensemble de main d'œuvre durable peut correspondre à une entité,
- **arrêt " Rijgaard "**, du 19 septembre 1995, **affaire C-048/94**, par lequel la Cour précise qu'afin qu'un transfert d'entreprise puisse relever de la directive, il doit être accompagné du transfert d'un ensemble organisé d'éléments permettant la poursuite des activités ou de certaines activités de l'entreprise cédante de manière stable,
- **arrêt " Ayse Süzen "**, du 11 mars 1997, **affaire C-13/95**, dans lequel la Cour précise la notion d'entité qui renvoie à un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité qui poursuit un objectif propre,
- **arrêt " Mayeur "**, du 26 septembre 2000, **affaire C-175/99**, dans lequel la Cour indique que la directive 77/187/CE est applicable à la reprise par une personne morale de droit public d'une activité de publicité et d'information, jusque-là exercée par une association sans but lucratif, dès lors que l'entité est maintenue ; en précisant, **arrêt " Boor "**, du 11 novembre 2004, **affaire C-425/02**, que la directive " *ne s'oppose pas en principe à ce que, en cas de transfert d'entreprise d'une personne morale de droit privé à l'Etat, celui-ci, en tant que nouvel employeur, procède à une réduction du montant de la rémunération des travailleurs concernés aux fins de se conformer aux règles nationales en vigueur relatives aux employés publics* ", ce qui peut poser problème lorsque le salarié refuse le statut d'agent public en cas de reprise. La directive est également lorsque l'activité est reprise par une entreprise privée alors qu'elle relevait du secteur public, en particulier lorsque le personnel relève de la législation nationale du droit du travail interne, **arrêt " Collino et Chiappero "**, du 14 septembre 2000, **affaire C-343/98** et **arrêt " Beckmann "**, du 4 juin 2002, **affaire C-164/00**.

### 3.4.3. La relation de travail vue par la Cour de Justice.

5536 La Cour de justice s'est également attachée à travers plusieurs arrêts à préciser ce qu'était la relation de travail et son transfert d'un employeur vers un autre :

- **arrêt " Wendelboe "**, du 7 février 1985, **affaire C-019/83**, par lequel la Cour indique que la directive ne vise pas le transfert des droits et obligations de personnes qui ont été travailleurs employés par le cédant à la date de transfert mais qui ne continuent pas, de leur propre gré, d'occuper un emploi de travailleur auprès du cessionnaire,
- **arrêt " Abels "**, du 7 février 1985, **affaire C-135/83**, par lequel la Cour indique que la directive la directive s'applique à tout transfert découlant d'un contrat, d'un acte administratif ou législatif ou d'une décision de justice,
- **arrêt " Danmols "**, du 11 juillet 1985, **affaire C-105/84**, par lequel la Cour précise que l'existence ou non d'un contrat de travail ou d'une relation de travail à la date du transfert doit être établie en fonction des règles du droit national,
- **arrêt " Tellerup "**, du 10 février 1988, **affaire C-324/86**, confirmé par les **arrêts " Redmond Stichting "**, du 19 mai 1992, **affaire C-029/91** et **" Temco "**, du 18 novembre 2004, **affaire C-284/03** précité, dans lesquels la Cour pose que le caractère conventionnel du transfert n'implique pas un lien de droit entre les employeurs successifs : il suffit qu'il y ait deux contrats successifs par le donneur d'ordres, ce qui permet l'application de la directive aux titulaires de marchés successifs,
- **arrêt " Tellerup "**, du 10 février 1988, **affaire C-324/86**, par lequel la Cour indique qu'il y a pas lieu de se demander si la propriété de l'entreprise est transférée,
- **arrêt " Bork "**, du 15 juin 1988, **affaire C-101/87**, confirmé par l'**arrêt " Dethier Equipement "**, du 12 mars 1998, **affaire C-319/94**, par lesquels la Cour précise que le licenciement avant transfert ne fait pas échec au passage des salariés au service du repreneur, et que le contrat doit être considéré comme " existant pour le cessionnaire même si le travailleur licencié n'a pas été repris " par celui-ci,
- **arrêt " Berg et Busschers "**, du 5 mai 1988, **affaires jointes C-144/87 et C-145/87**, par lequel la Cour nous indique que la directive 77/187/CEE ne vise pas à la poursuite du contrat au cas où un travailleur ne souhaite pas rester au service du cessionnaire, position confirmée dans l'**arrêt " Merckx et Neuhuys "**, du 7 mars 1996, **affaires jointes C-171/94 et C 172/94**,
- **arrêt " Katsikas et autres "**, du 16 décembre 1992, **affaires jointes C-132/91, C-138/91 et C-139/91**, confirmées par l'**arrêt " Temco "**, précité, dans Lesquels la Cour dit que le transfert du contrat de travail s'impose tant à l'employeur qu'au travailleur, mais que celui-ci peut refuser le transfert ; dans ce cas, la situation du travailleur dépend de la législation de chaque Etat Membre,
- **arrêt " Commission contre Royaume Uni "**, du 8 juin 1994, **affaire C-382/92**, précité dans lequel la Cour indique que l'absence de caractère lucratif de l'activité exercée par une entreprise ne l'exclut pas du champ d'application de la directive,
- **arrêt " Beckmann "**, **affaire C-164/00** précitée, dans lequel la Cour pose que le transfert d'entité emporte transfert des droits résultant du contrat de travail, de la relation de travail et des conventions collectives. Les droits qui y sont prévus restent applicables jusqu'à " la date de résiliation ou d'expiration de la convention collective

*ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective ", à moins que l'Etat Membre ait limité la période de maintien des droits.*<sup>59</sup>

#### 3.4.4. Les cas spécifiques.

**5537** La Cour de Justice est aussi intervenue à travers plusieurs arrêts dans certains cas spécifiques de transfert d'entreprise :

- **arrêt " Ny Mølle Kro "**, du 17 décembre 1987, **affaire C-287/86**, par lequel la Cour précise que la directive est applicable en cas de reprise par le propriétaire de l'exploitation d'une entreprise cédée à bail,
- **arrêt " FNV "**, du 7 février 1985, **affaire C-179/83**, par lequel la Cour précise que la directive n'impose pas aux Etats Membres l'obligation d'étendre les règles qu'elle prescrit aux transferts intervenus dans le cadre d'une procédure de faillite visant, à la liquidation des biens du cédant, sans préjudice de la faculté du législateur national d'en décider autrement, confirmé par les arrêts "**Abels**", précité, "**Botzen**", du 7 février 1985, **affaire C-186/83** et "**Giuseppe d'Urso**", du 25 juillet 1991, **affaire C-362/89**,
- **arrêt " Commission c/ Royaume de Belgique "**, du 15 avril 1986, **affaire C-273/84**, par lequel la Cour nous indique que la protection donnée par la directive 77/187/CE en cas de licenciement s'applique à toute situation dans laquelle les travailleurs concernés par le transfert font l'objet d'une protection quelconque, même réduite, contre le licenciement au titre du droit national, et en conséquence cette protection ne peut ni leur être enlevée, ni être diminuée du seul fait du transfert,
- **arrêt " Spano "**, du 7 décembre 1995, **affaire C-472/93**, par lequel la Cour indique que la directive s'applique également à toute entreprise dont l'état de crise a été reconnu, puisque la procédure de constatation de cet état tend à favoriser le maintien de l'activité de l'entreprise en vue d'une reprise ultérieure.

#### 3.4.5. Les interventions de la Cour AELE.

**5538** En tant qu'Etats Membres de l'Espace Economique Européen, l'Islande, le Liechtenstein et la Norvège ont accès au marché intérieur de l'Union Européenne. Par conséquent, ils sont assujettis à un certain nombre de normes européennes. Le contrôle de l'application de ces normes reviendrait normalement à la Cour de Justice de l'Union Européenne, cependant, il y existait quelques difficultés légales dans le fait de donner à une institution de l'Union des pouvoirs sur des Etats non-membres de l'Union. Pour pallier à cette difficulté fut créée, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1994, la Cour de Justice de l'Association Européenne de Libre-Echange, Cour AELE, ou Cour EFTA en anglais.

Cette dernière a également été amenée à se prononcer sur l'application des directives européennes sur le transfert d'entreprise.

---

<sup>59</sup> Ce qui est le cas en France avec l'article L. 2261-14 du Code du Travail, ancien article L. 132-8, alinéa 7.

Deux arrêts EFTA portent sur l'interprétation de la directive 77/187/CEE :

- arrêt “ **Eilert Eidesund c/ Stavanger Catering A/S** ”, du 25 septembre 1996, **affaire E-2/95**,
- arrêt “ **Torgier Langeland c/ Norske Falnicorn A/S** ”, du 25 septembre 1996, **affaire E-3/95**.

Ces deux arrêts sont venus confirmer les décisions rendues par la CJUE.



### 3.5. Le Contenu des Mesures de l'Union Européenne.

#### 3.5.1. Introduction.

**5539** Les Mesures définies par l'Union Européenne dans les directives européennes qui traitent du maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements sont largement inspirées de ce qui figurait dans le droit français de l'époque, Code du Travail, article L. 122-12, maintenant L. 1224-1.

La législation européenne, directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 et celles qui lui ont succédé, vont poser que les contrats se maintiennent lorsqu'il y a transfert d'une "entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique que celle-ci soit essentielle ou accessoire." En d'autres termes, les droits et les obligations du cédant, nés d'un contrat de travail ou d'une relation de travail, sont transférés au cessionnaire.

La législation européenne prévoit également la protection des travailleurs concernés contre un licenciement prononcé par le cédant ou le cessionnaire, mais elle ne fait pas obstacle à des "licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation impliquant des changements sur le plan de l'emploi."

De plus, le cédant et le cessionnaire sont tenus d'informer et de consulter les représentants des travailleurs concernés par le transfert.

En ce sens, la législation européenne s'est révélée un instrument inestimable pour la protection des travailleurs en cas de réorganisation de l'entreprise, en assurant une restructuration économique et technique pacifique et consensuelle et en prévoyant des normes minimales pour promouvoir une concurrence loyale dans ce type de situations.

#### 3.5.2. Définitions de l'Union Européenne.

**5540** Avec la publication des directives sur le transfert d'entreprises, l'Union Européenne va poser, au plan européen, les définitions de plusieurs concepts :<sup>60</sup>

- " **Transfert d'entreprise** " : transfert d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens, en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire,
- " **Cédant** " : toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert, perd la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement,

---

<sup>60</sup> Directive 2001/23/CE, article 2.

- “ **Cessionnaire** ” : toute personne physique ou morale qui, du fait d’un transfert, acquiert la qualité d’employeur à l’égard de l’entreprise, de l’établissement ou de la partie d’entreprise ou d’établissement,
- “ **Représentants des travailleurs** ” et expressions connexes : les représentants des travailleurs prévus par la législation ou la pratique des Etats Membres,
- “ **Travailleur** ” : toute personne qui, dans l’Etat Membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l’emploi.

### 3.5.3. Champ d’application des mesures de l’Union.

- **Quels Etats Membres ?**

**5541** La Directive est applicable “ *si et dans la mesure où l’entreprise, l’établissement ou la partie d’établissement, à transférer se trouve dans le champ d’application territorial du traité* ”, ou d’un pays membre de l’Espace Economique Européen (Norvège, Islande, Liechtenstein). <sup>61</sup>

- **Quelles entreprises ?**

**5542** La Directive s’applique aux transferts de toutes sortes d’entreprises, d’établissements ou de parties d’établissements, publiques ou privées à un autre chef d’entreprise. De même, l’absence de caractère lucratif de l’activité exercée par une entreprise ne l’exclut pas du champ d’application de la directive. <sup>62</sup>

Seuls les transferts visant les navires de mer sont expressément exclus par la directive. <sup>63</sup>

- **Quels travailleurs ?**

**5543** Les personnes que la directive vise à protéger sont celles qui se trouvent dans les liens d’un contrat de travail ou d’une relation de travail tel que définit par le droit du travail dans les Etats Membres et existant à la date du transfert.

La Cour estime qu’il appartient au tribunal national d’apprécier dans quelles mesures les intéressés ont la qualité de travailleur, et, en conséquence, l’existence ou non d’un contrat de travail ou d’une relation de travail à la date du transfert doit être établie en fonction des règles du droit national. <sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Directive 2001/23/CE, article 1, point 1 et 2.

<sup>62</sup> Arrêt Commission contre le R.U., CJCE 8 juin 1994, affaire C-382/92, précité.

<sup>63</sup> Directive 2001/23/CE, article 1, point 3.

<sup>64</sup> Arrêt “ **Danmols** ”, du 11 juillet 1985, **affaire C-105/84**, précité.

Les directives ne visent pas le transfert des droits et obligations de personnes qui ont été travailleurs employés par le cédant à la date de transfert mais qui ne continuent pas, de leur propre gré, d'occuper un emploi de travailleur auprès du cessionnaire.<sup>65</sup>

- **Quelles opérations ?**

**Notion fondamentale.**

**5544** Tout d'abord, il faut signaler que la Cour de Justice Européenne a considéré que les directives s'appliquent à tout transfert découlant d'un contrat, d'un acte administratif ou législatif ou d'une décision de justice.<sup>66</sup>

La Cour a également posé que le critère essentiel permettant de reconnaître un transfert consistait à déterminer si le cessionnaire avait reçu une entreprise existante dont il pouvait poursuivre les activités ou, du moins, des activités du même type. Il s'ensuit que le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert au sein de cette directive est de savoir si l'entité économique a conservé son identité.<sup>67</sup> Enfin, les appréciations de fait nécessaire en vue d'établir l'existence ou non d'un transfert au sens indiqué relèvent de la compétence de la juridiction nationale, compte tenu des éléments d'interprétation spécifiés d'une telle évaluation :

- le type d'entreprise ou d'établissements,
- le transfert ou non des éléments corporels, tels que les bâtiments et les biens mobiliers,
- la valeur des éléments incorporels au moment du transfert,
- la reprise ou non de l'essentiel des effectifs par le nouveau chef d'entreprise,
- le transfert ou non de la clientèle,
- le degré de similitude des activités exercées avant et après le transfert,
- la durée d'une éventuelle suspension des activités.

La Cour de Justice a souligné que ces éléments ne constituaient que des aspects partiels d'une évaluation d'ensemble et ne sauraient être appréciés isolément.<sup>68</sup> Pour la Cour, la jurisprudence précitée suppose que "*le transfert porte sur une entité économique organisée de manière stable, dont l'activité ne se borne pas à l'exécution d'un ouvrage déterminé*". Afin qu'un transfert d'entreprise puisse relever de la directive, il devrait être accompagné du transfert d'un ensemble organisé d'éléments permettant la poursuite des activités ou de certaines activités de l'entreprise cédante de manière stable.<sup>69</sup>

---

<sup>65</sup> **Arrêt "Wendelboe"**, du 7 février 1985, **affaire C-19/83**, précité.

<sup>66</sup> **Arrêt "Abels"**, du 7 février 1985, **affaire C-135/83** ; **arrêt "Katsikas et autres"**, du 16 décembre 1992, **affaires jointes C-132/91, C-138/91 et C-139/91**, précités.

<sup>67</sup> **Arrêt "Schmidt"**, du 14 avril 1994, **affaire C-392/92**, confirmé à plusieurs reprises, **arrêt "Sanchez Hidalgo"** et **"Horst Ziemann"**, du 10 décembre 1998, **affaires jointes C-173/96 et C-247/96**, **arrêt "Ayse Sützen"** et **arrêt "Temco"**, précités

<sup>68</sup> **Arrêt "Spijkers"**, du 18 mars 1986, **affaire C-024/85** et **arrêt "Temco Services"**, du 24 janv. 2002, **affaire C-51/00**, précités.

<sup>69</sup> **Arrêt "Rijgaard"**, du 19 septembre 1995, **affaire C-048/94**, précité.

### Changement d'employeur.

La Cour a jugé que les directives sont applicables dans toutes les hypothèses de changement de la personne physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entreprise.<sup>70</sup> Dès lors que l'entité économique poursuit son activité, le seul fait du changement de la personne physique ou morale responsable de l'exploitation suffit à entraîner l'application de la directive, sans qu'il y ait lieu de se demander si la propriété de l'entreprise est transférée ou non.<sup>71</sup>

### Transfert successifs.

la directive est applicable, étant donné qu'elle a pour finalité d'assurer, autant que possible, le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise, en leur permettant de rester au service du nouveau chef dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant:

- en cas de reprise par le propriétaire de l'exploitation d'une entreprise cédée à bail, à la suite d'une violation du contrat de bail par le locataire-gérant,<sup>72</sup>
- au terme d'une concession non transférable, lorsque le propriétaire de l'entreprise cède celle-ci à un nouveau concessionnaire qui en poursuit l'exploitation sans interruption avec le même personnel antérieurement licencié à l'expiration de la première concession :

La directive est également applicable lorsqu'aux termes d'un contrat de location / gérance non transférable, le locataire-gérant perd la qualité de chef d'entreprise et qu'un tiers l'acquiert en vertu d'un nouveau contrat de location-gérance conclu avec le propriétaire. Le fait que le transfert se soit effectué en deux phases n'exclut pas l'applicabilité de la directive pour autant que l'entité économique en question garde son identité. Ce qui est notamment le cas lorsque l'exploitation de l'entreprise est poursuivie sans interruption par le nouveau locataire-gérant avec le même personnel que celui qui était employé dans l'entreprise avant le transfert.<sup>73</sup>

### Opération de transferts liés à des procédures d'insolvabilité.

Les directives n'imposent pas aux Etats Membres l'obligation d'étendre les règles qu'elle prescrit aux transferts intervenus dans le cadre d'une procédure de faillite visant, à la liquidation des biens du cédant, sans préjudice de la faculté du législateur national d'en décider autrement.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> **Arrêt " Bork "**, du 15 juin 1988, **affaire C-101/87**, précité.

<sup>71</sup> **Arrêt " Daddy's Dance Hall "**, du 10 février 1988, **affaire C-324/86**, précité. Rappelons que La transmission de la propriété de la plupart des actions d'une société ou le changement de la majorité actionnaire, n'entraîne pas un transfert d'entreprise, puisque la personne juridique de l'employeur reste la même.

<sup>72</sup> **Arrêt " Ny Mølle Kro "**, du 17 décembre 1987, **affaire C-287/86**, précité.

<sup>73</sup> **Arrêt " Daddy's Dance Hall "**, du 10 février 1988, **affaire C-324/86**, précité.

<sup>74</sup> **Arrêts " FNV "**, du 7 février 1985, **affaire C-179/83**, **" Abels "**, du 7 février 1985, **affaire C-135/83**, **" Botzen "**, du 7 février 1985, **affaire C-186/83** et **" Giuseppe d'Urso "**, du 25 juillet 1991, **affaire C-362/89**, précités.

En revanche, les directives ne s'appliquent pas aux transferts d'entreprises opérés dans le cadre d'une procédure de concours de créanciers du type de celle de la législation italienne sur la liquidation administrative forcée, mais elle est applicable lorsque, dans le cadre d'un ensemble législatif du type de celui de l'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise, lorsque la poursuite de l'activité de l'entreprise a été décidée et aussi longtemps que cette dernière décision demeure en vigueur.<sup>75</sup>

De même, les directives sont applicables au transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'établissement à un autre chef d'entreprise intervenu dans le cadre d'une procédure du type de celle d'une " surséance van betaling " <sup>76</sup> prévue par le droit néerlandais, étant donné qu'une telle procédure peut permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise.

Le seul fait que le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'établissement soit intervenu après la cessation de paiements de la société cédante ne suffit pas pour exclure lesdites transactions du champ d'application de la directive.<sup>77</sup>

Les directives s'appliquent également à toute entreprise dont l'état de crise a été reconnu.<sup>78</sup>

#### 3.5.4. Les conséquences du transfert.

- **Transferts des droits et obligations au cessionnaire.**

5545

Les droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire.<sup>79</sup> Les Etats membres peuvent toutefois prévoir que le cédant est, également après la date du transfert et à côté du cessionnaire, responsable des obligations résultant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail.

Ainsi, le cessionnaire est tenu de l'ensemble des obligations du cédant résultant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail y compris celles qui sont nées antérieurement à la date du transfert. Pour la Cour, il n'y a aucune réserve aux droits et obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert. C'est au cessionnaire qu'incombe la responsabilité de faire face aux charges résultant des droits des travailleurs existant au moment du transfert.<sup>80</sup> **L'objectif poursuivi par la directive consiste à assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de l'employeur en leur permettant de continuer à travailler pour le cessionnaire dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant.**

<sup>75</sup> Arrêt " Giuseppe d'Urso ", du 25 juillet 1991, affaire C-362/89, précité.

<sup>76</sup> Surséance van betaling : sursis de paiement.

<sup>77</sup> Arrêt " Danmols ", du 11 juillet 1985, affaire C-105/84, précité.

<sup>78</sup> Arrêt " Spano ", du 7 décembre 1995, affaire C-472/93, précité.

<sup>79</sup> Directive 2001/23/CE, article 3, point 1.

<sup>80</sup> Arrêt " Abels ", du 7 février 1985, affaire C-135/83, précité.

Rappelons que les directives sur le transfert d'entreprise ne visent pas à la poursuite du contrat au cas où un travailleur ne souhaite pas rester au service du cessionnaire.<sup>81</sup>

- **Transfert d'entreprise et convention collective applicable.**

**5546** Les directives imposent au cessionnaire de maintenir les conditions de travail convenues par une convention collective dans la même mesure où celle-ci les a prévues pour le cédant, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention collective.<sup>82</sup>

D'après la Cour, la directive doit être interprétée dans le sens qu'elle oblige le cessionnaire à maintenir les conditions de travail convenues par une convention collective à l'égard des travailleurs qui étaient déjà employés de l'entreprise à la date du transfert, à l'exclusion de ceux qui ont été engagés postérieurement à cette date.<sup>83</sup>

Le cessionnaire est tenu de maintenir les conditions de travail convenues par une convention collective dans le même sens, jusqu'à la date de la résiliation ou de l'expiration de la convention collective ou bien la date de l'entrée en vigueur ou de l'application d'une autre convention. En accord avec l'article 3.2 de la directive, les Etats membres peuvent limiter cette période sous réserve que celle-ci ne soit pas inférieure à un an.<sup>84</sup>

- **Transfert d'entreprise et modifications des conditions de travail.**

**5547** Si le contrat de travail ou la relation de travail est résilié du fait que le transfert au sens de la directive entraîne une modification substantielle des conditions de travail au détriment du travailleur, la résiliation du contrat ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur.<sup>85</sup>

Les droits salariaux qui résultent pour les travailleurs de leur contrat ou relation de travail ne peuvent pas être modifiés même si le montant du salaire demeure globalement inchangé. Néanmoins, dans la mesure où le droit national permet de modifier la relation de travail dans un sens défavorable aux travailleurs, une telle modification n'est pas exclue en raison du seul fait que l'entreprise a, entre-temps, fait l'objet d'un transfert. Donc, les droits et obligations peuvent être modifiés à l'égard du cessionnaire dans les mêmes limites qu'ils auraient pu l'être à l'égard du cédant, étant entendu que, dans aucune hypothèse, le transfert d'entreprise ne saurait constituer en lui-même le motif de cette modification.<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> **Arrêt " Berg et Busschers "**, du 5 mai 1988, affaires jointes **C-144/87 et C-145/87**, et arrêt **" Merckx et Neuhuys "**, du 7 mars 1996, affaires jointes **C-171/94 et C 172/94** précités.

<sup>82</sup> Directive 2001/23/CE, article 3, point 3.

<sup>83</sup> **Arrêt " Ny Mølle Kro "**, du 17 décembre 1987, affaire **C-287/86**, précité.

<sup>84</sup> **Arrêt " Watson Rask "**, du 12 novembre 1992, affaire **C-209/91**, précité.

<sup>85</sup> Directive 2001/23/CE, article 4, point 2.

<sup>86</sup> **Arrêt " Watson Rask "**, du 12 novembre 1992, affaire **C-209/91**, précité.

- **Impossibilité de renoncer aux droits accordés par la directive.**

**5648** Selon la Cour de Justice, **la protection qu'accordent les dispositions impératives des directives sur le transfert d'entreprise est d'ordre public.** La Cour a très clairement décidé qu'un travailleur ne peut pas renoncer aux droits que lui confère les directives et que ces droits ne peuvent pas lui être enlevés, même avec son consentement et même si les inconvénients qui résultent pour lui de cette renonciation sont compensés par des avantages tels qu'il n'est pas placé, globalement, dans une situation moins favorable.<sup>87</sup>

Ainsi que la Cour l'a précisé, les règles de la directive s'imposent à tous y compris aux représentants syndicaux des travailleurs, qui ne peuvent y déroger par voie d'accords conclus avec le cédant ou le cessionnaire.

Selon la Cour, il n'était pas permis d'y déroger dans un sens défavorable aux travailleurs et, dès lors, la mise en œuvre des droits conférés aux travailleurs par les directives ne saurait être subordonnée au consentement ni du cédant ou du cessionnaire, ni des représentants des travailleurs, ni des travailleurs eux-mêmes, sous la seule réserve, en ce qui concerne ces derniers, de la possibilité qui leur est ouverte, à la suite d'une décision prise par eux librement, de ne pas poursuivre après le transfert la relation de travail avec le nouveau chef d'entreprise.<sup>88</sup> Dans une telle hypothèse, il appartient aux Etats Membres de déterminer le sort réservé au contrat ou à la relation de travail. Ils peuvent, en particulier, prévoir que, dans ce cas, le contrat doit être considéré comme résilié soit à l'initiative du salarié, soit à l'initiative de l'employeur. Ils peuvent aussi prévoir que le contrat est maintenu avec le cédant.<sup>89</sup>

- **Non application de la directive aux prestations en dehors des régimes légaux de Sécurité Sociale.**

**5549** Le transfert des droits et obligations du contrat ou de la relation de travail ne s'applique pas aux droits des travailleurs à des prestations de vieillesse, d'invalidité, ou de survivants au titre de régime complémentaire de prévoyance professionnelle ou interprofessionnelle existant en dehors des régimes légaux de Sécurité Sociale des Etats Membres.<sup>90</sup>

Il n'y a donc pas de transfert des obligations du cédant fondées sur les régimes extralégaux. Toutefois, en vue d'éviter les conséquences défavorables que pourrait entraîner cette exclusion pour les travailleurs, les Etats Membres sont tenus de prendre les mesures nécessaires pour protéger les intérêts des travailleurs et des personnes qui ont déjà quitté l'établissement du cédant au moment du transfert.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> Arrêt " Daddy's Dance Hall ", du 10 février 1988, affaire C-324/86, précité.

<sup>88</sup> Arrêt " Giuseppe d'Urso ", du 25 juillet 1991, affaire C-362/89, précité.

<sup>89</sup> Arrêt " Katsikas et autres ", du 16 décembre 1992, affaires jointes C-132/91, C-138/91 et C-139/91, précité.

<sup>90</sup> Directive 2001/23/CE, article 3, point 4, alinéa a).

<sup>91</sup> Directive 2001/23/CE, article 3, point 4, alinéa b).

- **Protection contre le licenciement.**

**5550** Le transfert d'une entreprise, d'un établissement ou d'une partie d'établissement ne constitue pas en lui-même un motif de licenciement pour le cédant ou le cessionnaire,<sup>92</sup> mais cette disposition ne fait pas obstacle à des licenciements pouvant intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisations impliquant des changements sur le plan de l'emploi.

Ainsi, les directives se limitent à interdire les licenciements en raison du seul transfert.

Rappelons que la Cour a déclaré que la protection donnée par la directive en cas de licenciement s'applique à toute situation dans laquelle les travailleurs concernés par le transfert font l'objet d'une protection quelconque, même réduite, contre le licenciement au titre du droit national, et qu'en conséquence cette protection ne peut ni leur être enlevée, ni être diminuée du seul fait du transfert.<sup>93</sup>

En revanche, notons également que la portée des directives se trouve, en cas de licenciement, réduite par le droit, reconnu aux Etats Membres de soustraire de la protection "*certaines catégories délimitées de travailleurs qui ne sont pas couvertes par la législation ou la pratique des Etats Membres en matière de protection contre les licenciements*".<sup>94</sup>

- **Protection des fonctions de représentant du personnel.**

**5551** Les directives tendent à assurer la continuité de la fonction de représentation du personnel et la protection des intéressés. S'agissant de la continuité de la fonction de représentation du personnel,<sup>95</sup> il faut tenir compte que si l'établissement transféré a conservé son autonomie, c'est-à-dire s'il subsiste comme unité d'exploitation séparée et n'est pas absorbé par une structure plus complexe, le statut et la fonction des représentants ou de la représentation des travailleurs transférés, tels que prévus par le droit interne des Etats Membres, subsistent.

En revanche, le statut et la fonction des représentants ou de la représentation des travailleurs concernés par un transfert ne s'applique pas, si selon la législation nationale sont réunies les conditions nécessaires à la nouvelle désignation des représentants des travailleurs.

Les représentants des travailleurs concernés par un transfert dont le mandat expire en raison du transfert "*continuent à bénéficier des mesures de protection prévues par les dispositions législatives, réglementaires et administratives ou la pratique des Etats Membres*".<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> Directive 2001/23/CE, article 4, point 1.

<sup>93</sup> **Arrêt " Commission contre Royaume de Belgique "**, du 15 avril 1986, **affaire C-273/84**, précité.

<sup>94</sup> Directive 2001/23/CE, article 4, point 1 second alinéa.

<sup>95</sup> Directive 2001/23/CE, article 6, point 1.

<sup>96</sup> Directive 2001/23/CE, article 6, point 2.

### 3.5.5. Information et Consultations des Représentants des Travailleurs.

- **Obligation d’information.**

**5552** Les trois directives imposent au cédant et au cessionnaire d’informer les représentants de leurs travailleurs respectifs concernés par le transfert.<sup>97</sup> Cette information doit porter, à minima, sur les points suivants :

- la date fixée ou proposée pour le transfert,
- le motif du transfert,
- les conséquences juridiques, économiques et sociales du transfert pour les travailleurs,
- les mesures envisagées à l’égard des travailleurs.

**Le cédant est tenu de communiquer ces informations aux représentants des travailleurs en temps utile avant la réalisation du transfert.**

Le cessionnaire est tenu de communiquer ces informations aux représentants de ses travailleurs en temps utile, et en tout cas avant que ses travailleurs ne soient affectés directement dans leurs conditions d’emploi et de travail par le transfert.

- **Existence de l’obligation de consultation.**

**5553** Alors que l’obligation d’information est de portée générale, la consultation, elle, a une portée réduite. Cette obligation n’existe que si le cédant ou le cessionnaire envisagent des mesures à l’égard de leurs travailleurs respectifs.<sup>98</sup> Tel serait le cas dans l’hypothèse d’une réduction des effectifs. La consultation se fait “ *en vue de rechercher un accord* ”. Mais attention, selon la Cour de Justice,<sup>99</sup> **cette obligation de consultation, n’est pas créatrice d’une obligation de résultat.** Cette consultation doit nécessairement se faire “ en temps utile ” avec les représentants des travailleurs.

Selon la Cour de Justice, les directives sur le transfert d’entreprise ne tendent donc pas vers une harmonisation des systèmes nationaux de représentation des travailleurs dans l’entreprise. Cependant, le caractère limité d’une telle harmonisation ne saurait priver d’effet utile les dispositions des directives. En particulier, ce caractère limité ne saurait faire obstacle à ce que les Etats Membres soient obligés de prendre toutes les mesures utiles pour que des représentants des travailleurs soient désignés en vue de l’information et de la consultation prévues par les directives. Ceci étant, le droit européen laisse aux Etats

---

<sup>97</sup> Directive 2001/23/CE, article 7, point 1.

<sup>98</sup> Directive 2001/23/CE, article 7, point 2.

<sup>99</sup> **Arrêt “ Dansk Metalarbejderforbund ”** du 12 février 1985, **affaire C-284/83**, rendu par la Cour de Justice à propos de l’obligation de consultation figurant dans la directive 75/129/CEE relative aux licenciements collectifs.

Membres le choix des modalités pratiques de désignation des représentants des travailleurs.<sup>100</sup>

D'ailleurs, les Etats membres peuvent limiter les obligations prévues ci-dessus aux entreprises ou aux établissements qui remplissent, en ce qui concerne le nombre des travailleurs employés, les conditions pour l'élection ou la désignation d'une " *instance collégiale représentant les travailleurs* ".<sup>101</sup> Les Etats Membres peuvent, en outre, prévoir que, au cas où il n'y aurait pas, dans une entreprise ou un établissement de représentants des travailleurs, les travailleurs concernés doivent être informés préalablement de l'imminence du transfert.<sup>102</sup>

Il faut souligner au cas où l'employeur omet d'informer et de consulter les représentants des travailleurs, que les droits nationaux doivent prévoir une sanction avec un caractère effectif, proportionné et dissuasif.<sup>103</sup>

### 3.5.6. Les exclusions.

5554 Rappelons que les directives excluent un certains nombre de cas lors du transfert d'entreprise.

- **Navires de mer.**

Les navires de mer sont explicitement exclus du champ d'application des directives.

- **Licenciement économique.**

Les directives visent à assurer la continuité des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Selon les directives, le transfert ne constitue pas un motif de licenciement valable pour l'employeur confronté au transfert. Cependant, **un licenciement peut intervenir pour des raisons économiques, techniques ou d'organisation**, ou bien pour certaines catégories de travailleurs qui ne sont pas couverts par la législation en matière de protection contre le licenciement.

- **Prestations vieillesse.**

Sauf si les Etats Membres en disposent autrement, le maintien des droits ne s'applique pas aux prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants au titre de régime complémentaire existant en dehors des régimes légaux. Il appartient aux Etats Membres d'adopter les

---

<sup>100</sup> Arrêts " *Commission contre Royaume Uni* ", du 8 juin 1994, affaires C-382/92 et C-383/92, précités.

<sup>101</sup> Directive 2001/23/CE, article 7, point 5.

<sup>102</sup> Directive 2001/23/CE, article 7, point 6.

<sup>103</sup> Arrêts " *Commission contre Royaume Uni* ", du 8 juin 1994, affaires C-382/92 et C-383/92, précités.

mesures nécessaires pour protéger les droits acquis ou en voie d'acquisition des travailleurs et des personnes ayant déjà quitté l'entreprise.

- **Procédure de faillite.**

A moins que les Etats Membres en décident autrement, les dispositions des directives ne s'appliquent pas lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant et sous le contrôle d'une autorité publique compétente.

Lorsque ces dispositions s'appliquent à un transfert au cours d'une procédure d'insolvabilité engagée à l'égard d'un cédant (que cette procédure ait ou non été engagée en vue de la liquidation des biens du cédant), un Etat Membre peut prévoir que :

- les obligations du cédant venant à échéance avant le transfert ou le début de la procédure d'insolvabilité ne sont pas transférées au cessionnaire, à condition que cette procédure entraîne, pour le travailleur, une protection au moins équivalente à celle prévue par la directive 80/987/CEE relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur,
- le cessionnaire ou le cédant d'une part, et les représentants des travailleurs d'autre part, peuvent convenir de modifier les conditions de travail pour préserver l'emploi en assurant la survie de l'entité économique transférée.

Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires en vue d'éviter des recours abusifs à des procédures d'insolvabilité visant à priver les travailleurs de leurs droits en cas de transfert.

### **3.6. Mesures Nationales d'Exécution des Directives sur le Transfert d'Entreprise.**

#### **3.6.1. Cadre général des Mesures Nationales d'Exécution.**

**5555** Ces mesures nationales seront prises en plusieurs temps et de plusieurs manières.

Plusieurs temps puisque chacune des trois directives, 77/187/CEE, 98/50/CE et 2001/23/CE, fera l'objet de mesures dans les Etats Membres. Mais plusieurs temps également, le périmètre de l'Union ayant varié entre la date d'adoption de la première directive, 14 février 1977, date à laquelle la Communauté ne compte que 9 Etats Membres, et la date d'adoption de la troisième directive, 12 mars 2001, date où la Communauté est alors à 15 Etats Membres. Plusieurs temps encore puisque de nombreux nouveaux Etats Membres devront mettre leur législation nationale à la suite de la signature de traités d'adhésion à l'Union qui leur imposent d'intégrer ce qui est couramment désigné sous le vocable générique d'acquis communautaire.

La manière, c'est à dire le processus suivi par chaque Etat Membre, pourra être différent, sous le double aspect de l'état dans lequel se trouve sa législation nationale sur le sujet, donc de la profondeur des mesures à apporter, et sous l'aspect des voies juridiques retenues pour mettre sa législation nationale en conformité avec le droit européen. Par ailleurs, certains Etats Membres contesteront le bien fondé de la législation européenne, ce qui aura pour effet de retarder le mécanisme de transposition.

#### **3.6.2. Mesures Nationales d'Exécution des directives transfert d'entreprises.**

**5556** Près de trente ans après l'adoption de la directive 77/187/CEE, la Commission considère que celle-ci, et les directives modifiées qui l'ont suivi, continuent de jouer un rôle fondamental dans la protection des droits des travailleurs. Ce texte a introduit, dans les ordres juridiques de nombreux Etats Membres qui ne le connaissaient pas, le principe du maintien des contrats de travail en dépit d'un changement dans la personnalité juridique de l'employeur.

La révision effectuée en 1998 a permis par ailleurs, d'une part, de préciser la notion de transfert à la lumière de l'abondante jurisprudence de la Cour de Justice et, d'autre part, de donner une certaine souplesse aux Etats Membres dans l'application de certaines dispositions, notamment dans les cas d'insolvabilité du cédant.

En trouvant le juste équilibre entre la protection du travailleur et la liberté de poursuivre une activité économique, les directives ont contribué dans une large mesure à rendre plus acceptables, du point de vue social, un grand nombre d'opérations de restructuration en Europe.

La Commission considère cependant que le non-traitement explicite de la question des transferts transfrontaliers par les directives, lesquelles prévoient néanmoins leur propre application aux transferts dans lesquels l'entreprise à transférer relève du champ d'application territorial du traité, est susceptible d'engendrer une insécurité dans le chef des employeurs et des travailleurs. En outre, la Commission estime que l'élargissement de l'Union et la consolidation du marché intérieur, la mondialisation et la facilitation des activités transfrontalières par les règlements sur la société européenne<sup>104</sup> et sur la société coopérative européenne<sup>105</sup> ou par la directive sur les fusions transfrontalières<sup>106</sup> sont des facteurs susceptibles d'accroître le phénomène des transferts transfrontaliers.

Par conséquent, la Commission considère que la législation européenne pourrait être modifiée en vue d'éclaircir ce point et contribuer ainsi à l'amélioration de l'acquis communautaire. A cette fin, elle entend consulter les partenaires sociaux au titre de l'article 138 paragraphe 2 du traité.

Un autre aspect que la législation européenne ne permet d'adresser de manière satisfaisante est celui des phases transitoires présentes lors d'une opération de restructuration. Que se passe-t-il en particulier en matière d'information et de consultation des représentants des travailleurs lorsque des faits nouveaux émergent durant les opérations de restructuration ou de transfert ?

---

<sup>104</sup> Règlement 2157/2001/CE du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne, SE.

<sup>105</sup> Règlement 1435/2003/CE du Conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne, SEC.

<sup>106</sup> Directive 2005/56/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux.



### 3.7. Application des Directives Transfert en Droit Français.

5557

En droit français, le transfert d'entreprise était déjà bien codifié et depuis longtemps. Créé il y a plus de 70 ans pour garantir aux salariés la stabilité de leur emploi par-delà les avatars de la vie de l'entreprise dont ils relèvent, le fameux article L. 122-12 de l'ancien Code du Travail, aujourd'hui article L. 1224-1, a connu dans sa mise en œuvre beaucoup d'évolutions, parce qu'il se situe au point de rencontre du droit (dans sa dimension sociale) et de l'économie, toujours féconde en changements dans les modes de fonctionnement de ses agents. Ce sont d'ailleurs les dispositions prévues par les textes français qui ont inspiré le législateur européen.

Le droit français du transfert d'entreprise a cependant subi différentes évolutions. A partir d'une approche extrêmement large de son domaine, que traduit le fameux arrêt Goupy,<sup>107</sup> en ce qu'il exigeait seulement que la même activité se poursuive sous une autre direction (en l'occurrence, le changement de concessionnaire d'un service d'éclairage urbain), l'article L. 122-12 a vu ensuite son empire se réduire quand la Cour de Cassation, en 1985,<sup>108</sup> a retenu que la perte d'un marché ne suffisait pas à entraîner un changement d'employeur, puis lorsque, abandonnant l'exigence un temps affirmée d'un " lien de droit " entre les employeurs successifs, elle a fait référence, à partir de 1990,<sup>109</sup> à la notion d'entité économique, qui était apparue dans les arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, interprétant la première directive sur les transferts d'entreprises du 14 février 1977. Car le droit communautaire a exercé ici une influence déterminante sur le droit interne et sur l'interprétation qui a été donnée du texte issu de la Loi du 19 juillet 1928, que traduit la succession de directives, à la lumière desquelles le juge national doit interpréter sa propre législation, la directive de 1977, 77/187/CEE, a été modifiée par la directive du 29 juin 1998, 98/50/CE, qui a repris la référence à l'entité économique comme critère de mise en œuvre du régime de protection qu'elle institue, avant que n'intervienne la directive " de codification " ou de consolidation du 12 mars 2001, 2001/23/CE, qui n'apporte pas d'élément nouveau mais systématise les textes et la jurisprudence antérieurs.

---

<sup>107</sup> **Arrêt Goupy**, 27 février 1934, DH 1934, 252. Pour de plus amples informations, voir " Les grands arrêts de droit du travail ", par J. Pélissier, A. Lyon-Caen, A. Jeammaud et E. Dockès, n° 60-62, 3e édition, Dalloz, 2004.

<sup>108</sup> Ass. plén., 15 novembre 1985, Dr. Soc. 1986, 1, concl. Piccaet note G. Couturier.

<sup>109</sup> Ass. plén., 16 mars 1990, Bull., 1990, Ass. plén., n° 4, Dr. Soc. 1990, 399, concl. Dontenwille et note Couturier et Pretot.

### 3.8. Transfert : Comparaison entre France et Allemagne.

#### 3.8.1. Le transfert d'entreprise.

5558

C'est là un sujet emblématique des bouleversements opérés dans l'ensemble des droits des Etats Membres, et ce, quel que soit leur droit national avant l'adoption de la Directive 77/187/CEE du 14 février 1977, qu'ils connaissent ou non le mécanisme du transfert automatique du contrat de travail au "repreneur". Pour tous, il a fallu s'adapter au nouveau "vocabulaire européen" et en adopter les concepts propres en la matière.

- **Allemagne.**

En droit allemand, le sort du contrat de travail en cas de transfert d'entreprise a été fixé dans le Code Civil dès 1972, puis par la suite l'article 613 BGB a été révisé à différentes reprises pour se mettre en conformité avec les directives européennes (1977, 1998 et 2001), la dernière grande réforme datant du 4 janvier 2002.

La vision allemande du transfert d'entreprise s'attache plus au maintien des droits collectifs et à la survivance des institutions représentatives (Betriebsrat - conseil d'établissement) qu'au maintien du contrat de travail pris individuellement. Ceci marque une différence essentielle entre les deux droits étudiés quant à la compréhension de cette notion. Là où la France met l'accent sur le maintien des contrats, le droit allemand, lui, préserve le conseil d'établissement.

Cette vision pose problème en cas de transfert partiel de l'entreprise : comment interpréter "l'entité économique" chère au droit européen ? Celle-ci est assimilée par la jurisprudence allemande à la notion d'établissement, ensemble constitué par une communauté de travailleurs subordonnés œuvrant pour un entrepreneur, et par des biens matériels ou immatériels au service de cette entreprise. Mais la Cour européenne condamne cette vision trop "organisationnelle" qui met hors champ de la règle les salariés isolés, **arrêt "Klarenberg"**, du 12 février 2009, **affaire C-466/07**. Le BAG<sup>110</sup> a fait évoluer sa jurisprudence et se réfère désormais à la notion européenne d'entité économique permanente et s'intéresse à la préservation de son identité en appliquant la méthode du faisceau d'indices. La situation est désormais examinée in concreto (BAG 24.4.08, 8 AZR 268/07).

Cependant, les juges allemands restent attachés à la notion d'établissement, privilégiant le critère de la structure organisationnelle du travail (BAG 17.12.09 – 8 AZR 1019/08, NZA 10, 499). D'importants problèmes se posent pour identifier "l'unité économique" dans les entreprises de services dont l'actif est plus constitué d'éléments incorporels, essentiellement les salariés, que de biens corporels. Le cas des cantines est exemplaire : le BAG considère

---

<sup>110</sup> BAG : Bundesarbeitsgericht, Tribunal fédéral du travail.

rarement que cette activité puisse constituer une unité économique et refuse d'appliquer les règles sur le transfert d'entreprise (BAG NZA 2010, 499).

De même, les opérations de concession et de sous-traitance ont donné lieu à des controverses jurisprudentielles parfois réglées par la CJCE qui étend le domaine de l'application des règles protectrices du transfert d'entreprise le plus largement possible dès lors qu'il y a, selon sa définition, une entité économique qui conserve son identité, même parfois sans transfert d'éléments corporels significatifs (en particulier lorsque ces éléments appartiennent à l'entreprise cliente, aff. Güney-Görres, CJCE NJW 2006, 889, BAG NZA 2006, 1039).

Dans le droit allemand comme dans le droit français, les difficultés viennent du caractère concret de la notion de transfert au sens européen, qui lui donne un aspect changeant selon les espèces et difficilement saisissable, d'autant que les juges tendent de déjouer les stratégies d'évitement des entreprises.

- **France.**

Il convient en premier lieu de rappeler l'ancienneté de la règle française : le maintien du contrat de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur est inscrit dans le Code du Travail depuis 1928. Déjà en 1934, dans un arrêt célèbre,<sup>111</sup> la Cour de Cassation en faisait application dans une affaire de concession de gestion de la distribution d'eau dans laquelle aucun lien juridique n'existait entre l'ancien et le nouveau concessionnaire (attribution par la ville). La Haute juridiction française soulignait alors l'esprit du texte rédigé dans le sens d'une plus grande protection du salarié.

Malgré l'ancienneté de la règle, dont le texte est resté quasi inchangé, les juridictions françaises ont du adapter leurs décisions à l'interprétation que la CJUE a faite de la Directive de 1997 sur le " transfert d'entreprise ", réformée par la Directive du 12 mars 2001. Ainsi, en 1986, Cass. Soc. 12 juin 1986, la Cour de Cassation était revenue sur sa propre jurisprudence de 1934, en jugeant que la règle sur le maintien du contrat de travail ne s'appliquait pas lorsqu'aucun lien de droit n'unissait les concessionnaires successifs. La CJUE en a décidé autrement par son **arrêt " Tellerup "**, du 10 février 1988, **affaire C-324/86**, ce qui a obligé la Cour de Cassation à opérer un nouveau revirement dans des arrêts rendus en Assemblée plénière le 16 mars 1990.

Au fur et à mesure de ses décisions, la CJUE a élaboré une définition du transfert d'entreprise, inscrite désormais dans la directive et reprise dans les décisions nationales. Pour autant des zones d'ombre demeurent d'autant que chaque situation appelle un examen concret de la situation. Il n'en reste pas moins que les contrats doivent être maintenu dès lors que ce qui est transféré (possible transfert partiel) constitue une organisation structurée, et que ce transfert s'accompagne de " moyens corporels et incorporels ".

---

<sup>111</sup> Arrêt Goupy, 27 février 1934, GADT n° 62.

Pendant, une difficulté subsiste concernant les entreprises de services, essentiellement composées de main d'œuvre (nettoyage, bureaux d'études...). En ce cas l'interprète s'intéresse aux aspects économiques : y a-t-il transfert d'entreprise ou simple perte d'un marché ? Sur ce point la CJUE a eu une jurisprudence hésitante, tandis que la Cour de Cassation a toujours considéré que la " simple perte d'un marché " n'entraînait pas le transfert obligatoire du contrat de travail. Certaines conventions collectives imposent ce transfert au nouvel attributaire du marché (cas des entreprises de nettoyage par ex.), sans que cette obligation engage le salarié qui peut dans ce cas refuser le transfert, tandis que dans les cas de transfert relevant de la règle légale le salarié ne peut s'opposer au changement d'employeur.

Un autre point a donné lieu à débat en France, c'est celui de l'identité des employeurs. Après avoir jugé que la règle n'avait pas lieu de s'appliquer en cas de transfert entre personnes privées et personnes morales, la Cour de Cassation a dû se conformer à la vision européenne pour qui le statut de l'employeur importe peu, ce qu'il faut examiner c'est la situation concrète de travail, dès lors qu'il y a subordination et transfert d'entreprise, le contrat doit être maintenu, CJCE arrêt " **Mayeur** ", du 26 septembre 2000, **affaire C-176/99**, repris par la Cour de Cassation, Cass. soc. 25 juin 2002, Bull. Civ. V n° 209. Cette position a obligé le législateur français à revoir le statut de la fonction publique pour permettre d'incorporer des salariés venant du secteur privé par reprise d'une activité économique (Ex. : une clinique absorbée par un hôpital public).

Il n'en reste pas moins que certaines divergences demeurent en particulier quant aux moyens matériels qui sont transférés, la Cour de Cassation ne reprend pas la distinction européenne concernant les entreprises constituées essentiellement de personnes. Il semble d'ailleurs que la Cour de Cassation soit prudente face à des entreprises dont les conventions collectives prévoient la reprise d'une partie, en pourcentage, du personnel, le risque d'une interprétation trop sévère serait la dénonciation de ces conventions collectives protectrices malgré tout des salariés.

### 3.8.2. L'information et la consultation des salariés.

**5559** La problématique posée en matière d'information et de consultation des salariés peut s'avérer différentes en fonction de l'Etat Membre.

- **Allemagne.**

Une affaire soumise au tribunal du travail de Gelsenkirchen (30.11.2006 – 5 BVGa 9/06), permet d'appréhender l'approche allemande selon la méthode traditionnelle concrète chère aux juristes germaniques. En l'espèce, un hôtel employant 140 salariés avait décidé d'externaliser la partie nettoyage (40 salariés concernés) à une entreprise spécialisée. En cas de restructuration, la loi allemande oblige l'employeur à négocier avec le Betriebsrat (BR) un accord de compensation ou un plan social, mais la loi sur la constitution de l'établissement n'interdit pas à l'employeur de poursuivre l'opération de restructuration alors même que les négociations sont en cours. En l'occurrence, le BR intentait une action

contre l'employeur pour que les juges interdisent le transfert des salariés tant qu'un accord n'avait pas été trouvé.

Le Tribunal de Gelsenkirchen reconnaît l'urgence de la situation et constate que bien que les contrats des 40 salariés concernés soient repris par le nouvel employeur, cette restructuration entraîne une profonde modification de l'établissement. Il y a donc, selon le Tribunal, une obligation de négocier et en vertu de la Directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, il existe un véritable droit à la négociation du BR. La compensation du défaut de négociation prévue par la loi allemande qui se résume à des dommages et intérêts est insuffisante relativement à la violation du droit. La sanction la plus adéquate est la suspension de l'opération de restructuration tant que l'accord n'a pas été trouvé. Ainsi en a décidé le Tribunal du travail de Gelsenkirchen. La référence au droit européen n'est pas réservée aux juridictions suprêmes.

La décision peut être critiquée sur l'application directe de la Directive, lui attribuant un effet horizontal douteux. Un autre argument aurait pu être tiré de la loi sur la procédure et les pouvoirs du juge en matière de mesures provisoires. Quoi qu'il en soit, l'effet utile du droit européen est ici respecté en même temps que l'obligation de négocier prévue tant par le droit allemand que par le droit de l'UE.

- **France.**

Il faut là souligner les difficultés rencontrées en droit français, et celles posées particulièrement dans les groupes de société et qui concernent au premier plan les groupes européens. En son temps l'affaire Renault-Vilvoorde avait défrayé la chronique et montré l'intérêt du droit européen en matière de Comité d'Entreprise Européen. Les questions en termes de pouvoir et de responsabilité se posent notamment lors de la mise en place des Institutions Représentatives du Personnel et lors des restructurations au sein du groupe.

En matière de mise en place des Institutions Représentatives du Personnel, IRP, le droit français n'impose aucune obligation d'information des salariés tant sur l'effectif que sur la structure sociale. En revanche la Cour de Justice européenne par sa jurisprudence, en particulier à travers les **arrêts " Bofrost "** du 29 mars 2001, **affaire C-062/99, " Ads Anker "** du 15 juillet 2004, **affaire C-349-01**, et **" Kühne et Nagel "** du 13 janvier 2004, **affaire C-440/00**, reconnaît le nécessaire droit à une information des salariés des entreprises concernées par la mise en place d'un Comité d'Entreprise Européen. La Directive sur le CEE révisée en 2009, directive 2009/38/CE, intègre cette jurisprudence, et l'on peut y voir une préfiguration d'un droit plus général des salariés à l'information en matière de mise en place des IRP.

Le droit français devrait évoluer dans ce sens, non seulement pour la mise en place d'instances européennes mais pour toutes les IRP, Délégués du Personnel, Comité d'Entreprise.

Dans le domaine des restructurations, le droit européen prévoit une portée assez large de l'information et de la consultation des représentants des travailleurs.<sup>112</sup> Mais la responsabilité des entreprises semble traitée différemment par la CJUE selon qu'elle porte sur les questions économiques ou sociales. En matière économique la société mère est responsable tandis qu'en matière sociale ce sont les filiales qui sont responsables.<sup>113</sup>

En France, la Cour de Cassation adopte une position comparable à celle de la CJUE (Cass. Soc. 13 janvier 2010, Flodor, P. Bailly, sur l'obligation de reclassement dans le groupe, AFDT 8 octobre 2010), seul l'employeur est responsable de l'obligation de reclassement, même si celui-ci doit être recherché dans l'ensemble des sociétés du groupe en France ou à l'étranger.

Pour autant, les droits d'information et de consultation du Comité d'Entreprise évoluent également dans le contexte d'internationalisation et de restructuration des groupes d'entreprise. Dans un arrêt du 26 octobre 2010 la Cour de Cassation a reconnu au Comité d'Entreprise de deux filiales françaises d'un groupe néerlandais le droit de recourir à une expertise relative à une opération de concentration lancée par une société américaine sur la société mère. La Cour de cassation considère que dans la mesure où les salariés des filiales françaises pouvaient être indirectement affectés par cette opération ils avaient un droit légitime à une information économique circonstanciée.<sup>114</sup>

Peut-on envisager le développement d'un droit général à l'information des salariés et d'une responsabilité en termes d'information dans les groupes de sociétés ? La question reste encore en débat.

Au vu du nombre élevé de litiges dans ce domaine très complexe, la Commission a décidé, dans le cadre de son programme d'action sociale à moyen terme (1995-1997), de rédiger un mémorandum sur les droits acquis des travailleurs en cas de transferts d'entreprises. Ceci est nécessaire pour donner aux représentants des travailleurs et des employeurs et aux citoyens européens en général plus d'informations et de conseils sur l'application du droit communautaire.

Padraig FLYNN, commissaire européen chargé de l'emploi et des affaires sociales, a déclaré à propos du mémorandum: " *Selon moi, ce mémorandum est un bon outil pour mieux comprendre le droit communautaire dans un secteur très complexe dont l'interprétation n'est pas toujours aisée. Les règles communautaires devraient être transparentes pour faciliter l'application correcte du droit européen. Cette transparence est particulièrement importante eu égard aux droits et aux obligations des travailleurs et des employeurs dans le domaine déterminant que sont les transferts d'entreprises.* "

---

<sup>112</sup> Directives 2002/14/CE, cadre général relatif à l'information et la consultation, 2001/86/CE, statut de la Société Européenne, 2009/38/CE, Comité d'Entreprise Européen.

<sup>113</sup> S. Vernac, L'information et la consultation des représentants des travailleurs lors de la restructuration d'un groupe, à propos de l'arrêt Akavan c/ Fujitsu Siemens, CJCE 10 septembre 2009, RDT 2010 p. 285.

<sup>114</sup> P. Bailly, Précisions sur l'obligation d'information et de consultation en cas de concentration, Liaisons sociales Europe n° 264, p. 4.

## ANNEXE II

ARRÊTS DE LA COUR DE JUSTICE EUROPÉENNE ET DE LA COUR EFTA RELATIFS À LA DIRECTIVE SUR LES TRANSFERTS D'ENTREPRISES - DIRECTIVE 77/187/CEE DU CONSEIL DU 14 FÉVRIER 1977

Arrêt République italienne, Affaire 235/84 du 10 juillet 1986, recueil 1986, p. 2291 et 2304

Arrêt Annette Henke contre Gemeinde Schierke et Verwaltungsgemeinschaft "Brocken", Affaire n°C-298/94, du 15-10-1996

Arrêt Claude Rotsart de Hertains contre S.a. J. Benoit/S.A. I.G.C. Housing Service, Affaire n° C-305/94 du 14.11.1996.

## ANNEXE III

AFFAIRES COURANTES DEVANT LA COUR DE JUSTICE EUROPEENNE ET DE LA COUR EFTA CONCERNANT LA DIRECTIVE 77/187/CEE DU CONSEIL DU 14 FEVRIER 1977

-Affaire n°C-319/94.S.A. Jules Dethier Equipment contre Jules Dassy, Sprl Sovam en liquidation.

-Affaire n°C -13/95. Ayse Süzen contre SA Zehnacker Gebäudereinigung GmbH.

-Affaire n°C-229/95 Simone Moll contre Berhane Mesghena.

-Affaire n°C-336/95 Pedro Burdalo contre Fondo de Garantia Salarial.

-Affaire n°E - 2/96 J. Ulstein & P.Otto Røiseng c/ A. Møller.

-Affaire n°E - 3/96 Tor A.Ask c/ABB AS et AKER AS.

-Affaire n°C -121/96 Sultan Bulut c/ Deutsche Bundespost.

-Affaire n°C-127/96 Prudencia Gómez Perez c/ Contrtas y Limpiensas S.L. et F. Hernandez vidal S.A.

-Affaire n°C-173/96 Francisco Hidalgo c/ Asociación de Servicios ASER et Sociedad Cooperativa Minerva.

-Affaire n°C-204/96 E.f. Liebelt GmbH c/ Marianne Seidel.

-Affaire n°C - 229/96 F. Santner c/ Hoechts A.g.

-Affaire n°C-247/96 H. Ziemann c/ Fa Ziemann Sicherheit GmbH et Fa H. Bohn Sicherheitsdienst.

-Affaire n° C 277/96 H. J.Dick contre EB - Schulungs GmbH i.L.

## Chapitre 4

### Protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

#### 4.1. Les Objectifs de l'Union Européenne.

##### 4.1.1. Objectifs généraux.

**5561** La législation européenne mise en place vise à garantir le versement des salaires des travailleurs si leur employeur se trouve en situation d'insolvabilité. En effet, elle oblige les Etats Membres de l'Union Européenne à mettre en place des institutions de garantie, et fixe les modalités pour les cas d'insolvabilité des employeurs transfrontaliers

##### 4.1.2. Première étape, la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980.

**5562** La directive 80/987/CEE vise à assurer aux travailleurs salariés un minimum communautaire de protection en cas d'insolvabilité de leur employeur. A cet effet, elle oblige les Etats Membres à mettre en place un organisme qui garantisse aux travailleurs salariés, dont l'employeur est devenu insolvable, le paiement des créances impayées et portant sur la rémunération afférente à une période déterminée. La directive autorise les Etats Membres à limiter l'obligation de paiement des institutions de garantie et elle prévoit, à cette fin, dans ses articles 3 et 4 des options de dates et de périodes de référence en vue d'opérer une limitation temporelle de la garantie. Les Etats Membres doivent toutefois respecter un minimum communautaire garanti à l'article 4 de la directive.

L'état d'insolvabilité de l'employeur est défini à l'article 2 de la directive par référence à des procédures existant dans les Etats Membres qui portent sur le patrimoine de l'employeur et visent à désintéresser collectivement ses créanciers.

Les modalités de l'organisation, du financement et du fonctionnement des institutions de garantie sont fixées directement par les Etats Membres qui doivent toutefois respecter trois principes :

- le patrimoine des institutions doit être indépendant du capital d'exploitation des employeurs,
- les employeurs doivent contribuer au financement, à moins que celui-ci ne soit assuré intégralement par les pouvoirs publics,
- l'obligation de paiement existe indépendamment de l'exécution des obligations de contribuer au financement.

La directive contient, en outre, des dispositions permettant aux Etats Membres de prendre des mesures nécessaires en vue d'éviter des abus ainsi que de refuser ou de réduire les obligations visées par la directive s'il apparaît que l'exécution de l'obligation ne se justifie pas.

La directive 80/987/CEE a fait l'objet de modifications à deux reprises. Elles consistaient en une adaptation de son annexe :

- dans un premier suite à l'adhésion de l'Espagne et du Portugal, <sup>115</sup>
- puis de nouveau suite à l'adhésion de l'Autriche, de la Finlande et de la Suède. <sup>116</sup>

#### **4.1.3. Deuxième étape, la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002.**

5563

Dans son programme d'action social à moyen terme couvrant la période 1995 - 1997, la Commission avait prévu de réaliser un rapport sur la transposition de la directive 80/987/CEE dans les quinze Etats Membres. Ce sont en fait deux rapports qui seront remis. <sup>117</sup>

A la suite de ces travaux, la Commission va désigner un groupe ad hoc d'experts gouvernementaux des quinze Etats Membres en vue d'examiner, en collaboration avec les services de la Commission, les principales difficultés constatées dans l'application pratique de la directive 80/987/CEE. Les travaux de ce groupe ad hoc, vont conduire la Commission à proposer des évolutions pour la directive 80/987/CEE.

Vingt ans après l'adoption de la directive 80/987/CEE, la Commission estime le moment venu de tirer les conclusions des discussions et réflexions menées sur les difficultés rencontrées dans l'application pratique de certaines dispositions et de proposer au Conseil une modification de la directive en question.

Elle considère que la structure de base de la directive doit être maintenue : son objectif de protection, le mécanisme instauré ainsi que les résultats obtenus ne peuvent être remis en cause. Il apparaît cependant qu'au fil des années les nouvelles réalités du marché du travail, les restructurations et reconfigurations opérées au sein des entreprises imposent de revoir la directive sur des points précis où elle se trouve en décalage.

Les principales évolutions qui ont mis en évidence les lacunes ou les insuffisances sont liées à l'évolution du droit d'insolvabilité dans les Etats Membres, au dynamisme du marché intérieur, au souci de cohérence avec d'autres directives communautaires en matière du droit du travail adoptées ultérieurement ainsi qu'à la jurisprudence récente de la Cour de Justice.

<sup>115</sup> Directive 87/164/CEE du Conseil du 02.03.1987, JO L 66 du 11.3.1987, p. 11.

<sup>116</sup> Acte relatif aux conditions d'adhésion, Annexe I - Liste prévue à l'article 29 de l'acte d'adhésion - IV. Politique Sociale - D. Législation du travail, JO C 241 du 29.8.1994, p. 115.

<sup>117</sup> COM (95) 164 final et COM (96) 696 final.

#### 4.1.4. Troisième étape, la directive 2008/94/CE du 22 octobre 2008.

**5564** L'examen des différents problèmes liés à la mise en œuvre de la directive 98/50/CE, puis de la directive 2002/74/CE, la nécessité d'inclure de nouvelles jurisprudences de la Cour de Justice, ainsi que la volonté de rationaliser et de clarifier la législation ont conduit la Commission à proposer une recodification de la législation européenne portant sur plusieurs points de la directive de 2002 :

- le champ d'application et les définitions qui se devaient d'être adaptés aux évolutions intervenues, en particulier pour ce qui concerne la notion d'insolvabilité et la notion de travailleurs couverts,<sup>118</sup>
- la limitation temporelle de la garantie prévue qui se devait d'être simplifiée,<sup>119</sup>
- les situations transnationales pour lesquelles la protection accordée aux salariés devait être renforcée.<sup>120</sup>

Ces évolutions ont abouti à la proposition par la Commission d'un nouveau texte.<sup>121</sup> Une fois adopté, ce texte est devenu la directive 2008/94/CE du 22 octobre 2008 qui vient remplacer la précédente directive de 2002.

## 4.2. Le processus d'élaboration des Directives.

### 4.2.1. Mise en place des différentes directives.

- **Directive 80/987/CEE**

**5565** La première directive a été mise en place à la suite d'une proposition de la Commission, COM 79/0131 final, suivie des :

- avis Parlement européen ; JO C 39/79 P 26
- avis Comité économique et social ; JO C 105/79 P 15

---

<sup>118</sup> Considérants 4 et 5 de la directive 2008/94/CE.

<sup>119</sup> Considérants 6 et 7 de la directive 2008/94/CE.

<sup>120</sup> Considérant 8 de la directive 2008/94/CE.

<sup>121</sup> Com (2000) 832 final du 15.01.2001.

- **Directive 2002/74/CE.**

Cette deuxième directive fera l'objet d'une proposition de la Commission, COM 2000/0832 final, en janvier 2001, JO C 154E/2001 P 109 Elle sera suivie des :

- avis Comité économique et social, JO C 221/2001 P 110
- consultation Comité des régions.

La procédure retenue pour la mise en place set celle de de codécision, avis Parlement européen, rendu le 29. Novembre 2001, puis position commune Conseil, JO C 119E/2002 P 1, décision du Parlement européen, rendu le 14 mai 002, et enfin décision Conseil, rendue le 27 juin 2002.

- **Directive 2008/94/CE.**

Cette nouvelle directive a fait l'objet, le 6 novembre 2006, d'une proposition de la Commission, COM (2006) 657 final, suivie des :

- avis Comité économique et social ; JO C 161/2007 P 75,
- consultation Comité des régions.

Cette proposition de directive vise à codifier la réglementation existante sur la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, à savoir les directives 80/987/CEE et 2002/74/CE, afin de créer une législation claire et cohérente. Cette démarche s'inscrit dans le processus de simplification du droit communautaire.

Là également, la procédure de codécision est appliquée :

- avis Parlement européen, rendu le 19 juin 2007, JO C 146E/2008 P 71,
- décision Conseil, rendu le 25 septembre 2008.

#### **4.2.2. Les considérants des Directives.**

- **Considérants de la Directive 80/987/CEE.**

**5566** Seuls cinq considérants précèdent le texte de la directive, dont un seul introduit la nécessité de protéger les travailleurs.

- **Considérants de la Directive 2002/74/CE.**

Douze considérants président cette fois à la mise en place de la directive. Le législateur européen indique que l'entrée en vigueur de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, considérant 1, l'évolution du droit en matière d'insolvabilité, considérant 3,

ainsi que la nécessité d'une plus grande sécurité et d'une meilleure transparence juridique, considérants 4 et 5, conduisent à réviser la directive 80/987/CE.

Par ailleurs, il convient d'intégrer dans le champ d'application de la directive les travailleurs visés par la directive 97/81/CE, ainsi que les travailleurs exerçant leur activité dans plusieurs Etats Membres, considérants 6 et 7.

- **Considérants de la Directive 2008/94/CE.**

Onze considérants précèdent la directive. Pour l'essentiel, le législateur européen a souhaité :

- procéder à une recodification de la précédente directive 2002/74/CE, considérant 1,
- une fois encore tenir compte des évolutions législatives dans les Etats Membres, considérant 4,
- élargir le champ d'application de la législation européenne aux travailleurs atypiques, considérant 5,

### **4.3. Fondements juridiques des directives.**

#### **4.3.1. Directive 80/987/CEE.**

**5567** La directive est prise sur le fondement de l'article 100 du traité et application de la procédure de codécision.

#### **4.3.2. Directive 2002/74/CE.**

La directive est prise sur le fondement de l'article 137 du traité, et application de la procédure de codécision visée à l'article 251 du traité.

#### **4.3.3. Directive 2008/94/CE.**

Là également, la directive est prise sur le fondement de l'article 137 du traité, et application de la procédure de codécision visée à l'article 251 du traité.

#### 4.4. Les interventions de la Cour de Justice.

**5568** A l'inverse des directives sur les licenciements collectifs occasionnées par la multiplication des restructurations industrielles en Europe, les directives sur la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur n'ont finalement suscité que peu d'interventions de la Cour de Justice. Peut-être est-ce dû à l'existence d'un relatif consensus au niveau européen, Etats Membres et plus largement industriels, sur la nécessité de protéger les salariés en cas de licenciement.

##### 4.4.1. Recours en manquement.

- **Directive 80/987/CEE.**

**5569** Seuls deux arrêts de la Cour de Justice sont venus condamner deux Etats Membres :

- **arrêt " Commission des Communautés Européennes c/ République italienne "**, du 2 février 1987, **affaire C-22/87**. Dans cette affaire, la Commission formulait plus particulièrement trois griefs, qui concernent la non-exécution des obligations découlant respectivement des articles 3 et 5 de la directive (création d'institutions de garantie aptes à assurer aux travailleurs le paiement de créances résultant des contrats de travail), de l'article 7 (garantie des prestations dues aux travailleurs au titre des régimes légaux de sécurité sociale) et de l'article 8 (garantie de prestations de vieillesse découlant des régimes complémentaires professionnels ou interprofessionnels). La Cour a retenu ces trois griefs comme fondés et en a conclu que la République italienne avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CEE.
- **arrêt " Commission des Communautés européennes c/ République hellénique "**, du 8 novembre 1990, **affaire C-53/88**. Dans cette affaire, la Commission faisait grief à la République hellénique, d'une part, en ce qui concerne l'ensemble des travailleurs, de ne pas s'être conformée aux obligations découlant respectivement de l'article 2 (intervention de l'institution de garantie nationale dès la demande d'ouverture d'une procédure de désintéressement collectif des créanciers), de l'article 4 (assurance aux travailleurs du paiement d'au moins trois mois de salaire), de l'article 7 (garantie des prestations dues aux travailleurs au titre des régimes légaux de Sécurité Sociale) et de l'article 8 (garantie des prestations de vieillesse émanant des régimes complémentaires professionnels) et, d'autre part, en ce qui concerne les deux catégories de travailleurs pour lesquels la République hellénique a demandé qu'ils puissent être exclus du champ d'application de la directive, de ne pas avoir pris des mesures de nature à assurer une protection équivalant à celle qui résulte de la directive. Dans ce cas également, la Cour a retenu les griefs comme fondés et en a conclu que la République hellénique avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CEE.

- **Directive 2002/74/CE.**

Là également, seuls deux arrêts ont été rendus :

- **arrêt “ Commission des Communautés Européennes c/ Royaume d’Espagne ”**, (sixième chambre) du 29 novembre 2007, **affaire C-6/07**. Dans cette affaire, la Commission fait grief au Royaume d’Espagne de ne pas avoir transposé dans les délais la directive 2002/74/CE en droit interne. L’Espagne ayant reconnu les faits, la Cour a constaté que, en ne prenant pas, dans le délai prescrit, toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 2002/74/CE, le Royaume d’Espagne avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive,
- **arrêt “ Commission des Communautés Européennes c/ France ”**, (septième chambre) du 27 septembre 2007, **affaire C-9/07**. Dans cette affaire, la Commission fait grief à la République française de ne pas avoir transposé dans les délais la directive 2002/74/CE en droit interne. La France ayant reconnu les faits, la Cour a constaté que, en ne prenant pas, dans le délai prescrit, toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive 2002/74/CE, la République Française avait manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de cette directive

#### 4.4.2. Interprétation - demandes de décision préjudicielle.

- **Directive 80/987/CEE.**

5570

Les transpositions tardives de la directive par certains Etats Membres, ainsi que des demandes spécifiques portant sur des points précis, vont conduire à abondant contentieux donnant lieu à de nombreux arrêts rendus par la Cour de Justice lui permettant de préciser, à la suite de demandes de décisions préjudicielles en interprétation, différents points pratiques :

- **arrêt “ Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c/ République italienne ”**, du 19 novembre 1991, **affaires jointes C-6/90 et C-9/90**, par lequel la Cour rappelle que *“ l’Etat Membre qui n’a pas pris, dans les délais, les mesures d’exécution imposées par une directive ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même des obligations qu’elle comporte. ”* Par ailleurs, la Cour confirme *“ que les dispositions en cause sont inconditionnelles et suffisamment précises. ”*<sup>122</sup>
- **arrêt “ Mauro Suffritti et autres c/ Istituto Nazionale della Previdenza Sociale ”**, du 3 décembre 1992, **affaires jointes C-140/91, C-141/91, C-278/91 et C-279/91**. Dans cet arrêt, la Cour confirme de nouveau sa jurisprudence en indiquant que *“ les particuliers peuvent, sous certaines conditions, faire valoir devant les juridictions nationales des droits qu’ils tirent directement des dispositions d’une directive. ”*<sup>123</sup>

<sup>122</sup> Arrêt “ Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres c/ République italienne”, points 11 et 22.

<sup>123</sup> Arrêt “ Mauro Suffritti et autres c/ Istituto Nazionale della Previdenza Sociale ”, point 13.

- arrêt “ **Teodoro Wagner Miret c/ Fondo de garantía salarial** ”, du 16 décembre 1993, affaire **C-334/92**. Dans cet arrêt, la Cour confirme que “ *les membres du personnel de direction ne peuvent être exclus du champ d’application de la directive 80/987/CEE,* ” mais que “ *le personnel de direction ne peut se prévaloir de la directive pour demander la paiement de créances de salaire à l’institution de garantie mise en place pour les autres catégories de travailleurs salariés.* ” <sup>124</sup>
- arrêt “ **Andrea Francovich c/ République italienne** ”, du 9 novembre 1995, affaire **C-479/93**, dans lequel la Cour confirme sa jurisprudence de l’arrêt “ **Suffritti** ” précité,
- arrêt “ **Danila Bonifaci e.a. et Wanda Berto e.a. c/ Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)** ”, du 10 juillet 1997, affaires jointes **C-94/95 et C-95/95**, dans lequel la Cour confirme une seconde fois sa jurisprudence,
- arrêt “ **AGS Assedic Pas-de-Calais contre François Dumon et Froment, mandataire liquidateur des Etablissements Pierre Gilson** ”, du 16 juillet 1998, affaire **C-235/95**. Dans cet arrêt, la Cour rappelle que la fixation des éventuels plafonds d’indemnité demeure de la responsabilité des Etats Membres,
- arrêt “ **Federica Maso e.a. et Graziano Gazzetta e.a. c/ INPS et Repubblica italiana** ”, du 10 juillet 1997, affaire **C-373/95**, dans lequel la cour va confirmer sa jurisprudence Francovich précitée,
- arrêt “ **Danmarks Aktive Handelsrejsende, agissant pour Carina Mosbæk c/ Lønmodtagernes Garantifond** ”, du 17 septembre 1997, affaire **C-117/96**. Par cet arrêt, la Cour précise sa position lorsque l’employeur n’est pas établi ni représenté dans l’Etat Membre dans lequel le travailleur est domicilié. Cette configuration n’est pas visée dans la directive 80/987/CEE. La Cour vient préciser que “ *lorsque l’employeur est établi dans un autre Etat Membre que celui sur le territoire duquel le travailleur réside et exerçait son activité salariée, l’institution de garantie compétente, au titre de l’article 3 de la directive, pour le paiement des créances de ce travailleur en cas d’insolvabilité de son employeur, est l’institution de l’Etat sur le territoire duquel, selon les termes de l’article 2, paragraphe 1, de la directive, soit l’ouverture de la procédure de désintéressement collectif est décidée, soit la fermeture de l’entreprise ou de l’établissement de l’employeur est constatée* ”. <sup>125</sup>
- arrêt “ **A.G.R. Regeling c/ Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid** ”, du 14 juillet 1998, affaire **C-125/97**. Dans cet arrêt, la cour précise sa position sur la notion de “ *créances impayées concernant la rémunération afférente aux trois derniers mois* ” telle que prévue par l’article 2 de la directive 80/987/CEE. La Cour précise que, “ *dans l’hypothèse où un travailleur détient à l’égard de son employeur à la fois des créances afférentes à des périodes d’emploi antérieures à la période de référence, visée par cette disposition, et des créances qui se rapportent à la période de référence elle-même, les paiements de rémunération effectués par l’employeur au cours de cette dernière période doivent être imputés, par priorité, sur des créances antérieures* ”. <sup>126</sup>
- arrêt “ **Ulla-Brith Andersson et Susanne Wåkerås-Andersson c/ Svenska staten (Etat suédois)** ”, du 15 juin 1999, affaire **C-321/97**. Dans un premier temps, et à titre liminaire, la Cour se déclare compétente pour statuer sur un litige née avant l’entrée

<sup>124</sup> Arrêt “ **Teodoro Wagner Miret c/ Fondo de garantía salarial** ”, points 14 et 19.

<sup>125</sup> Arrêt “ **DAH c/ Lønmodtagernes Garantifond** ”, affaire C-117/96, point 27.

<sup>126</sup> Arrêt “ **AGR Regeling** ”, affaire C-125/97, point 23.

de l'Etat Membre dans l'Union, en l'espèce la Suède, au motif que cet état appartenait à l'EEE avant son entrée dans l'Union, que l'AELE appartient au champ d'application de la directive 80/987/CEE, La Cour rappelle que, en revanche, elle n'est pas compétente sur le périmètre des état de l'AELE.<sup>127</sup>

- **arrêt “ G. Everson et T.J. Barrass c/ Secretary of State for Trade and Industry et Bell Lines Ltd ”**, du 16 décembre 1999, **affaire C-198/98**. Dans cet arrêt la Cour va préciser quelle est l'institution de garantie compétente au regard de l'article 3 de la directive 80/987/CEE. La Cour nous précise que *“ lorsque les travailleurs victimes de l'insolvabilité de l'employeur exerçaient leur activité salariée dans un Etat Membre pour le compte de la succursale d'une société constituée selon le droit d'un autre Etat Membre, dans lequel cette société a son siège social et y est mise en liquidation, l'institution compétente, au regard de l'article 3 de la directive, pour le paiement des créances de ces travailleurs est celle de l'Etat sur le territoire duquel ils exerçaient leur activité salariée. ”*<sup>128</sup> En ce sens, la Cour confirme l'application du principe de la **lex loci laboris**.
- **arrêt “ Riksskatteverket c/ Soghra Gharehveran ”**, du 18 octobre 2001, **affaire C-441/99**. Dans cette affaire, la Cour va être conduite à se prononcer sur la portée de l'exclusion relative à la Suède avant son entrée dans l'Union et suite à son acte d'adhésion. La Cour, en réponse aux deux questions préjudicielles, précise que, d'une part la directive 80/987/CEE *“ n'autorise pas le royaume de Suède à exclure du cercle des bénéficiaires de la garantie du paiement des rémunérations prévue par la directive les travailleurs salariés dont un proche était propriétaire d'au moins un cinquième des parts de la société les employant dans les six mois précédant la demande de mise en liquidation de celle-ci, lorsque les travailleurs concernés ne possédaient eux-mêmes aucune participation dans le capital de cette société ”*, et que d'autre part la directive prévoit que *“ lorsqu'un Etat Membre s'est désigné lui-même comme débiteur de l'obligation de paiement des créances de rémunération garanties en vertu de la directive, un travailleur salarié dont le conjoint était propriétaire de la société l'employant est fondé à invoquer le droit au paiement de sa créance de rémunération à l'encontre de l'Etat membre concerné devant une juridiction nationale. ”*<sup>129</sup>
- **arrêt “ Ángel Rodríguez Caballero c/ Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) ”**, du 12 décembre 2002, **affaire C-442/00**. Dans cette affaire, la cour va être amenée à préciser les notions de *“ créances ”*, de *“ rémunération ”* et de *“ salarios de tramitación ”*, sorte de rattrapage salarial en cas de réintégration du salarié. La Cour précise dans son arrêt que, *“ des créances qui correspondent à des « salarios de tramitación » doivent être considérées comme des créances de travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail ”*, et que *“ le juge national doit écarter une réglementation interne excluant, en violation du principe d'égalité, de la notion de « rémunération » au sens de l'article 2, paragraphe 2, de la directive des créances correspondant à des « salarios de tramitación » ”*<sup>130</sup>
- **arrêt “ Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c/ Alberto Barsotti e.a. ”** (C-19/01), **“ Milena Castellani contre Istituto nazionale della previdenza sociale**

<sup>127</sup> Arrêt “ Andersson ”, affaire C-321/97, points 27, 28 et 33.

<sup>128</sup> Arrêt “ Everson ”, affaire C-198/98, points 17 et 24.

<sup>129</sup> Arrêt “ Gharehveran ”, affaire C-442/00, points 28 et 46.

<sup>130</sup> Arrêt “ Rodríguez Caballero ”, affaire C-442/00, points 40 et 44.

- (INPS) ” (C-50/01) et “ **Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c/e Anna Maria Venturi** ” (C-84/01) ”, du 4 mars 2004 **affaires jointes C-19/01, C-50/01 et C-84/01**. Dans ces trois affaires la Cour va se pronocer sur la capacité, pour les Etats membres, de fixer un plafond au paiement des créances impayées des travailleurs salariés concernant la rémunération afférant aux trois derniers mois du contrat de travail. La Cour viendra préciser que les dispositions de la directive 80/987/CEE “ *n’autorisent pas un Etat Membre à limiter l’obligation de paiement des institutions de garantie à une somme couvrant les besoins élémentaires des travailleurs concernés et dont seraient déduits les paiements versés par l’employeur au cours de la période couverte par la garantie.* ” <sup>131</sup>
- **arrêt “ Peter Pflücke c/ Bundesanstalt für Arbeit ”**, du 18 septembre 2003, **affaire C-125/01**. Dans cet arrêt, la Cour se prononce sur les délais de forclusion prévus par les droits nationaux. La Cour nous précise que “ *la directive 80/987 ne s’oppose pas à l’application d’un délai de forclusion prévu en droit national* ”, “ *à condition qu’un tel délai ne soit pas moins favorable que ceux concernant des demandes semblables de nature interne et ne soit pas aménagé de manière à rendre en pratique impossible l’exercice reconnu par l’ordre juridique communautaire* ”. En outre, la Cour précise que “ *la juridiction nationale doit, si elle constate que la disposition nationale qui prévoit un délai de forclusion n’est pas conforme aux exigences du droit communautaire et que, aucune interprétation conforme à cette disposition n’est possible, refuser d’appliquer celle-ci* ”. En statuant ainsi, la Cour tend à préserver l’effet utile des mesures européennes. <sup>132</sup>
  - **arrêt “ Karen Mau c/ Bundesanstalt für Arbeit ”**, du 15 mai 2003, **affaire C-160/01**. Dans cet arrêt la Cour va venir confirmer ses jurisprudences précédentes sur les modalités de calcul de la période de garantie, leurs conséquences juridiques et la notion de relation de travail. Pour la Cour, la directive 80/987/CEE “ *défini la date de la survenance de l’insolvabilité de l’employeur comme étant celle de la décision qui se prononce sur la demande d’ouverture de la procédure d’insolvabilité et non pas celle du dépôt de la demande* ”. De même, “ *la notion de relation de travail exclue les périodes qui, par leur nature même, ne peuvent pas donner lieu à des créances de salaire impayées* ”. <sup>133</sup>
  - **arrêt “ Maria Walcher c/ Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark ”**, du 11 septembre 2003, **affaire C-201/01**. Ici, la Cour nous précise que “ *la directive 80/987/CEE s’oppose à ce qu’un travailleur salarié, qui dispose d’une participation significative dans la SARL l’employant, mais n’exerce pas une influence sur celle-ci, perde son droit à la garantie des créances de rémunérations impayées pour cause d’insolvabilité de l’employeur* ”. La Cour précise en outre “ *qu’un Etat Membre est, en principe, autorisé à prendre, pour éviter des abus, des mesures limitant ce droit* ”, mais qu’il ne peut s’agir là d’une règle générale. <sup>134</sup>
  - **arrêt “ José Vicente Olaso Valero c/ Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) ”**, du 16 décembre 2004, **affaire C-520/03**. Dans cet arrêt, la Cour confirma sa jurisprudence de l’arrêt “ *Rodríguez Caballero* ”, affaire C-442/00, relative aux “ *salarios de tramitación* ”, précise “ *qu’il incombe au juge national de déterminer si le terme « rémunération », tel que défini par le droit national, incluent les indemnités pour*

<sup>131</sup> Arrêt “ *Barsotto* ”, affaires jointes C-19/01, C-50/01 et C-84/01, point 40.

<sup>132</sup> Arrêt “ *Pflücke* ”, affaire C-125/01, points 46 et 49.

<sup>133</sup> Arrêt “ *Mau* ”, affaire C-160/01, points 48 et 52.

<sup>134</sup> Arrêt “ *Walcher* ”, affaire C-201/01, point 52.

*licenciement irrégulier*”, et que le juge national doit écarter une réglementation interne qui parmi des créances relevant de la notion de rémunération et de nature identiques, en exclurait certaines.<sup>135</sup> En statuant ainsi la Cour protège l’application du principe d’égalité.

- **arrêt “ Carol Marilyn Robins e.a. c/ Secretary of State for Work and Pensions ”**, du 25 janvier 2007, **affaire C-278/05**. Dans cet arrêt, la Cour nous précise que *“ l’article 8 de la directive (80/987/CEE) doit être interprété en ce sens que, en cas d’insolvabilité de l’employeur et d’insuffisance de ressources des régimes complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels, le financement des droits acquis à des prestations vieillesse ne doit pas être assuré par les Etats Membres eux-mêmes ni être intégral ”*, que la directive s’oppose à un *“ système ne garantissant pas à un salarié au moins la moitié de ses droits ”*, et enfin que, *“ en cas de transposition incorrecte, la responsabilité de l’Etat Membre concerné est subordonnée à la constatation d’une méconnaissance manifeste et grave, par ledit Etat, des limites qui s’imposait à son pouvoir d’appréciation. ”*<sup>136</sup> Par cet arrêt, la Cour confirme de nouveau sa jurisprudence en matière de transposition du droit européen.
- **arrêt “ Raffaello Visciano c/ Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) ”**, (deuxième chambre), du 16 juillet 2009, **affaire C-69/08**. Dans cet arrêt, la Cour nous précise que la directive 80/987/CEE *“ ne s’opposent pas à une réglementation nationale qui permet de qualifier de « prestations de sécurité sociale » les créances impayées des travailleurs lorsque celles-ci sont payées par une institution de garantie ”*, puis qu’elle *“ ne s’oppose pas à une réglementation nationale qui utilise comme simple terme de comparaison la créance salariale initiale du travailleur salarié pour déterminer la prestation à garantir par l’intervention du Fonds ”*, et enfin que, *“ dans le cadre d’une demande par un travailleur salarié visant à obtenir d’un fonds de garantie le paiement des créances de rémunération impayées, la directive 80/987 ne s’oppose pas à l’application d’un délai de prescription d’un an (principe d’équivalence). Néanmoins, il appartient au juge national d’examiner si son aménagement ne rend pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l’exercice des droits reconnus par l’ordre juridique communautaire (principe d’effectivité). ”*<sup>137</sup> Là également la Cour va réaffirmer des principes de base du droit de l’Union Européenne, principe d’équivalence et principe d’effectivité.
- **arrêt “ J.C. van Ardennen c/ Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen ”**, (quatrième chambre), du 17 novembre 2011, **affaire C-435/10**. Le litige concerne cette fois le paiement subordonné à la condition d’enregistrement en tant que demandeur d’emploi. La Cour précise que *“ les articles 3 et 4 de la directive 80/987/CEE doivent être interprétés en ce sens qu’ils s’opposent à une réglementation nationale qui subordonne la possibilité, pour les travailleurs dont l’employeur se trouve en situation d’insolvabilité, de faire valoir intégralement leur droit au paiement des créances salariales impayées, telles que celles en cause au principal, à l’obligation de se faire enregistrer en tant que demandeur d’emploi. ”*<sup>138</sup>

<sup>135</sup> **Arrêt “ Olaso Valero ”**, affaire C-520/03, points 24, 30 et 38.

<sup>136</sup> **Arrêt “ Robins ”**, affaire C-278/05, points 46, 56, 62 et 82.

<sup>137</sup> **Arrêt “ Visciano ”**, affaire C-69/08, points 31, 35 et 50.

<sup>138</sup> **Arrêt “ Van Ardennen ”**, affaire C-435/10, point 39.

- **Directive 2002/74/CE.**

5571

Cette nouvelle directive va également donner lieu à de nombreuses interprétations par la Cour de Justice de l'Union Européenne :

- **arrêt “ Anacleto Cordero Alonso c/ Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) ”**, du 7 septembre 2006, **affaire C-81/05**. Dans cet arrêt, La cour viendra de nouveau confirmer sa jurisprudence de l'arrêt “ Rodríguez Caballero ”, mais cette fois à la lumière de la nouvelle directive 2002/74/CE. Elle rappelle que “ *le juge national est tenu d'écarter toute disposition nationale discriminatoire* ”, et que, “ **cette obligation lui incombe indépendamment de l'existence, en droit interne, de disposition lui conférant la compétence pour le faire** ”. <sup>139</sup> Par cet arrêt, une nouvelle fois la Cour confirme la primauté du droit de l'Union sur les droits nationaux.
- **ordonnance “ Maira María Cristina Guerrero Pecino c/ Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) ”**, du 13 décembre 2005, **affaire C-177/05**. Dans cette ordonnance la Cour précise que “ *lorsque, selon la réglementation nationale concernée, des indemnités pour licenciement irrégulier, reconnues par un jugement ou une décision administrative, doivent être considérées, en vertu du droit national, comme des dédommagements pour cessation de la relation de travail, des indemnités de même nature fixées lors d'une procédure de conciliation le sont également.* ” <sup>140</sup>
- **arrêt “ Josefa Velasco Navarro c/ Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) ”**, (quatrième chambre), du 17 janvier 2008, **affaire C-246/06**. Dans cet arrêt, la cour nous précise que “ *en cas d'absence de transposition en droit interne au 8 octobre 2005 de la directive 2002/74/CE, l'effet direct éventuel de l'article 3, premier alinéa, de la directive 80/987/CEE ne saurait, en tout état de cause, être invoqué en relation avec un état d'insolvabilité intervenu avant la dite date* ”. Bien que non questionnée sur le sujet, la Cour va rappeler sa jurisprudence relative au principe d'égalité et à sa violation, “ *le juge national est tenu de garantir une application de la réglementation nationale conforme au principe de non-discrimination, tel que reconnu par l'ordre juridique communautaire* ”. <sup>141</sup>
- **arrêt “ María Robledillo Núñez c/e Fondo de Garantía Salarial (Fogasa) ”**, (quatrième chambre), du 21 février 2008, **affaire C-498/06**. Dans cet arrêt la Cour précise l'interprétation de l'article 3, premier alinéa, de la directive 80/987/CEE en indiquant “ *qu'un Etat Membre a la faculté d'exclure les indemnités accordées pour le licenciement irrégulier de la garantie de paiement assurée par l'institution de garantie* ” dans la mesure où cette exclusion permet d'éviter les abus.
- **arrêt “ Svenska staten genom Tillsynsmyndigheten i Konkursen c/ Anders Holmqvist ”**, (quatrième chambre), du 16 octobre 2008, **affaire C-310/07**. Dans cet arrêt, La cour va préciser le droit européen quant à l'implantation dont doit disposer une entreprise pour qu'elle soit considérée comme ayant des activités sur le territoire d'un Etat Membre. Pour la Cour, “ *pour qu'une entreprise établie dans un Etat Membre soit considérée comme ayant des activités sur le territoire d'un autre Etat Membre, il n'est pas nécessaire que celle-ci dispose d'une succursale ou d'un établissement stable dans cet autre Etat. Il faut toutefois que cette entreprise dispose*

<sup>139</sup> **Arrêt “ Cordero Alonso ”**, affaire C-520/03, points 23, 34 et 46.

<sup>140</sup> **Ordonnance “ Guerrero Pecino ”**, affaire C-177/05, point 30.

<sup>141</sup> **Arrêt “ Velasco Navarro ”**, affaire C-246/06, points 30 et 39.

*dans ce dernier État d'une présence économique stable, caractérisée par l'existence de moyens humains lui permettant d'y accomplir des activités.*" <sup>142</sup>

- **arrêt " Charles Defossez c/ Christian Wiart, en qualité de mandataire liquidateur de Sotimon SARL, Office national de l'emploi fonds de fermeture d'entreprises, Centre de gestion et d'études de l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés de Lille (CGEA) "**, (troisième chambre), du 10 mars 2011, **affaire C-477/09**. Dans cet arrêt la Cour va rappeler sa position lorsqu'une entreprise a des activités sur le territoire d'au moins deux Etats Membres. Dans sa décision, la Cour précise que, d'une part, *" l'article 3 de la directive 80/987, dans la version de celle-ci antérieure à celle découlant de sa modification par la directive 2002/74, doit être interprété en ce sens que, pour le paiement des créances impayées d'un travailleur, qui a habituellement exercé son activité salariée dans un Etat Membre autre que celui où se trouve le siège de son employeur, déclaré insolvable avant le 8 octobre 2005, lorsque cet employeur n'est pas établi dans cet autre Etat membre et remplit son obligation de contribution au financement de l'institution de garantie dans l'Etat membre de son siège, c'est cette institution qui est responsable des obligations définies par cet article "*, et que, d'autre part, *" la directive 80/987 ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale prévoit qu'un travailleur puisse se prévaloir de la garantie salariale de l'institution nationale, conformément au droit de cet Etat Membre, à titre complémentaire ou substitutif, par rapport à celle offerte par l'institution désignée comme étant compétente en application de cette directive, pour autant, toutefois, que ladite garantie donne lieu à un niveau supérieur de protection du travailleur.*" <sup>143</sup>
- **arrêt " Maria Albertina Gomes Viana Novo e. a. c/ Fundo de Garantia Salarial, IP "**, (cinquième chambre), du 28 novembre 2013, **affaire C-309/12**. Dans cet arrêt, la Cour nous précise que la législation européenne *" doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui ne garantit pas les créances salariales devenues exigibles plus de six mois avant l'introduction d'un recours visant la constatation de l'insolvabilité de l'employeur, alors même que les travailleurs ont entamé, avant le début de cette période, une procédure judiciaire contre leur employeur en vue d'obtenir la fixation du montant de ces créances et le recouvrement forcé de celles-ci.*" <sup>144</sup>
- **arrêt " Lotta Andersson c/ Staten genom Kronofogdemyndigheten i Jönköping, Tillsynsmyndigheten "**, du 10 février 2011, **affaire C-30/10**. Dans cet arrêt, la Cour nous indique que *" l'article 12, sous c), de la directive 2008/94 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une disposition du droit national qui exclut un travailleur salarié du bénéfice de la garantie de paiement des créances impayées des travailleurs salariés au motif qu'il détenait, seul ou conjointement avec des parents proches, une part essentielle de l'entreprise concernée et a exercé une influence considérable sur les activités de celle-ci dans les six mois précédant la demande de mise en liquidation de cette entreprise.*" <sup>145</sup>

<sup>142</sup> Arrêt " Holmqvist ", affaire C-310/07, point 36.

<sup>143</sup> Arrêt " Defossez ", affaire C-477/09, point 34.

<sup>144</sup> Arrêt " Gomes Viana ", affaire C-309/12, point 37.

<sup>145</sup> Arrêt " Andersson ", affaire C-30/10, point 28.

- **Directive 2008/94/CE.**

5572

De nouveau, et malgré la nombreuse jurisprudence déjà existante, la Cour de Justice va devoir se prononcer sur différents points :

- **arrêt “ Mme Meliha Veli Mustafa c/ Direktor na fond « Garantirani vzemania na rabotnitsite i sluzhitelite » kam Natsionalnia osiguriteln institut ”**, (cinquième chambre) du 18 avril 2013, **affaire C-247/12**. Avec cet arrêt, la Cour nous précise que *“ la directive 2008/94 doit être interprétée en ce sens qu’elle n’oblige pas les Etats Membres à prévoir des garanties pour les créances des travailleurs à chaque étape de la procédure d’insolvabilité de leur employeur. En particulier, elle ne s’oppose pas à ce que les Etats Membres prévoient une garantie uniquement pour les créances des travailleurs nées avant la transcription au registre du commerce du jugement d’ouverture de la procédure de redressement judiciaire, bien que ce jugement n’ordonne pas la cessation des activités de l’employeur. ”*<sup>146</sup>
- **arrêt “ Thomas Hogan et autres c/ Minister for Social and Family Affairs, Ireland et Attorney General ”**, du 25 avril 2013, **affaire C-398/11**. Dans cet arrêt, rendu suite à une demande préjudicielle de la High Court d’Irlande, plusieurs questions préjudicielles vont trouver réponse :<sup>147</sup>
  - *“ la directive 2008/94 doit être interprétée en ce sens qu’elle s’applique aux droits des anciens travailleurs à des prestations de vieillesse d’un régime complémentaire de prévoyance institué par leur employeur, ”*
  - *“ l’article 8 de la directive 2008/94 doit être interprété en ce sens que, afin de déterminer si un Etat Membre a exécuté l’obligation prévue à cet article, les prestations de la pension légale ne peuvent pas être prises en compte, ”*
  - *“ l’article 8 de la directive 2008/94 doit être interprété en ce sens que, pour que celui-ci trouve à s’appliquer, il suffit que le régime complémentaire de prévoyance professionnel ne bénéficie pas d’une couverture financière suffisante à la date où l’employeur se trouve en état d’insolvabilité et que, en raison de son insolvabilité, l’employeur ne dispose pas des ressources nécessaires pour verser à ce régime des cotisations suffisantes pour permettre le paiement intégral des prestations dues aux bénéficiaires. Il n’est pas nécessaire que ces derniers établissent l’existence d’autres facteurs à l’origine de la perte de leurs droits à des prestations de vieillesse, ”*
  - *“ la directive 2008/94 doit être interprétée en ce sens que les mesures adoptées par l’Irlande, à la suite de l’arrêt Robins e.a., précité, ne satisfont pas aux obligations imposées par cette directive et que la situation économique de l’Etat Membre concerné ne constitue pas une circonstance exceptionnelle susceptible de justifier un niveau de protection réduit des intérêts des travailleurs en ce qui concerne leurs droits à des prestations de vieillesse au titre d’un régime complémentaire de prévoyance professionnel ”,*
  - *“ la directive 2008/94 doit être interprétée en ce sens que le fait que les mesures prises par l’Irlande à la suite de l’arrêt Robins e.a., précité, n’ont pas*

<sup>146</sup> Arrêt “ Mustafa ”, affaire C-247/12, point 43.

<sup>147</sup> Arrêt “ Hogan ”, affaire C-398/11, points 27, 33, et 40.

*eu comme résultat de permettre aux requérants au principal de percevoir plus de 49 % de la valeur de leurs droits accumulés à des prestations de vieillesse, au titre du régime complémentaire de prévoyance professionnel, constitue, en soi, une violation caractérisée des obligations de cet Etat Membre. ”*

Voici une décision extrêmement importante, en ce sens qu'elle contribue bien à délimiter le champ d'application de la directive et du droit européen associé et que cette décision, à partir d'une simple question préjudicielle permet de déboucher sur un manquement d'état.

- **Demandes pendantes.**

**5573** Malgré une jurisprudence très abondante, certaines demandes et questions préjudicielles relatives à l'insolvabilité de l'employeur sont toujours formulées par les juridictions nationales :

- demande de décision préjudicielle présentée par le Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal) le 12 novembre 2012, “ **Joaquim Fernando Macedo Maia, e.a. c/ Fundo de Garantia Salarial, IP** ”, affaire **C-511/12**. Dans cette question préjudicielle, la juridiction de renvoi souhaite l'interprétation de la Cour de Justice quant à savoir si, le droit de l'Union, dans le cadre concret de la garantie des créances résultant de la relation de travail en cas d'insolvabilité de l'employeur, en particulier les articles 4 et 10 de la directive 80/987/CEE, doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une disposition du droit national qui garantit uniquement les créances devenues exigibles dans les six mois qui précèdent l'introduction d'une procédure d'insolvabilité de l'employeur même lorsque les travailleurs ont attaqué devant le tribunal du travail leur employeur en vue d'obtenir la fixation judiciaire du montant impayé et le recouvrement forcé de ce montant,
- demande de décision préjudicielle présentée par le Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal) le 4 février 2013, “ **Marina da Conceição Pacheco Almeida c/ Fundo de Garantia Salarial, IP, Instituto da Segurança Social, IP** ”, affaire **C-57/13**. Dans cette nouvelle demande, le Tribunal reformule la même question que précédemment,
- demande de décision préjudicielle présentée par le Juzgado de lo Social 1 de Benidorm (Espagne) le 16 avril 2013, “ **Víctor Manuel Julián Hernández et autres/Puntal Arquitectura SL et autres** ”, affaire **C-198/13**. La demande porte sur l'interprétation de l'article 1, paragraphe 1, 2, paragraphes 3 et 4, 3, 5, sous b), et 11 de la directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (version codifiée) (JO L 283, p. 36) et de l'article 20 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (JO 2000, C 364, p. 1) - Créances - Montant des créances correspondant aux salaires dus pendant la procédure de contestation du licenciement (salarios de tramitación), éléments déjà visés par la cour mais qui semblent requérir de nouvelles précisions,
- demande de décision préjudicielle présentée par le Centrale Raad van Beroep (Pays-Bas) le 7 juin 2013, “ **O. Tümer c/ Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen** ”, affaire **C-311/13**. Cette fois, la question posée est de savoir s'il convient d'interpréter la directive insolvabilité 1 et, en particulier, les

articles 2, 3 et 4 de celle-ci, en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale telle que celle établie aux articles 3, paragraphe 3, et 61 de la *Werkloosheidswet*, selon laquelle l'étranger ressortissant d'un pays tiers qui ne réside pas légalement aux Pays-Bas au sens de l'article 8, sous a) à e) et l), de la *Vreemdelingenwet 2000*, n'est pas considéré comme un travailleur salarié ; également dans une situation comme celle de l'appelant qui a introduit une demande d'indemnité d'insolvabilité, qui doit être qualifié de travailleur salarié en droit civil et qui remplit les autres conditions d'octroi de ladite indemnité.

## 4.5. Le Contenu des Mesures de l'Union Européenne.

### 4.5.1. Introduction.

**5574** Les différentes directives visent à garantir aux travailleurs salariés, en cas d'insolvabilité de l'employeur, le paiement de leurs créances impayées. Elles obligent les Etats Membres à mettre en place une institution qui garantit aux travailleurs concernés le paiement des créances impayées. De plus, elles fixent les modalités pour les cas d'insolvabilité d'un employeur transfrontalier.

Dans la mise en place de ces mesures, la Commission va largement s'inspirer de l'exemple de la législation française.<sup>148</sup>

### 4.5.2. Définitions de l'Union Européenne.

**5575** La législation européenne est venue définir la notion d' " insolvabilité de l'employeur " au sens européen.<sup>149</sup> *“ Un employeur est considéré comme se trouvant en état d'insolvabilité lorsqu'il a été demandé l'ouverture d'une procédure collective fondée sur l'insolvabilité de l'employeur, prévue par les dispositions législatives, réglementaires et administratives d'un Etat Membre, qui entraîne le dessaisissement partiel ou total de cet employeur ainsi que la désignation d'un syndic, ou d'une personne exerçant une fonction similaire ”.*

L'autorité qui est compétente en vertu desdites dispositions a :

- soit décidé l'ouverture de la procédure,
- soit constaté la fermeture définitive de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur, ainsi que l'insuffisance de l'actif disponible pour justifier l'ouverture de la procédure.

Par ailleurs, les termes " travailleur salarié ", " employeur ", " rémunération ", " droit acquis ", " droit en cours d'acquisition ", au sens de la protection contre l'insolvabilité de l'employeur et de la législation européenne associée, restent en revanche définis par les droits nationaux.

---

<sup>148</sup> Cf. arrêt " AGS Assedic Pas-de-Calais " du 16 juillet 1998, affaire C-235/95, point 24.

<sup>149</sup> Voir directive 2008/94/CE, article 2.

#### 4.5.3. Champ d'application des mesures de l'Union.

- **Quelles dispositions ?**

5576

Les mesures législatives européennes s'appliquent aux créances des travailleurs salariés résultant de contrats de travail ou de relations de travail et existant à l'égard d'employeurs qui se trouvent en état d'insolvabilité tel que défini par la législation de l'Union.<sup>150</sup>

- **Quels Etats Membres ?**

Sont concernés par les mesures législatives européennes :

- l'ensemble des Etats Membres de l'Union Européenne,
- les Etats Membres de l'Espace Economique Européen.

- **Quelles entreprises ?**

Les mesures définies par l'Union Européenne s'appliquent à l'ensemble des entreprises. Cependant, les Etats Membres peuvent, si une telle disposition est déjà d'application dans leur législation nationale, continuer d'exclure du champ d'application de la présente directive :<sup>151</sup>

- les gens de maison occupés par une personne physique;
- les pêcheurs rémunérés à la part.

- **Quels travailleurs ?**

Les mesures de l'Union Européenne s'appliquent à tous les travailleurs salariés soumis à la législation européenne.

Les Etats Membres peuvent, à titre exceptionnel, exclure les créances de certaines catégories de travailleurs. Toutefois, ils ne peuvent pas exclure du champ d'application de la législation européenne :<sup>152</sup>

- les travailleurs à temps partiel, au sens de la directive 97/81/CE,
- les travailleurs ayant un contrat à durée déterminée, au sens de la directive 1999/70/CE,

<sup>150</sup> Voir directive 2008/94/CE, article 1, alinéa 1.

<sup>151</sup> Voir directive 2008/94/CE, article 1, alinéa 3.

<sup>152</sup> Voir directive 2008/94/CE, article 2, alinéa 2.

- et les personnes bénéficiant d'un contrat intérimaire, au sens de la directive 91/383/CEE.

- **Quelles opérations ?**

Les Etats Membres peuvent appliquer ou introduire des dispositions plus favorables aux travailleurs.

Ils ont la faculté de prendre des mesures nécessaires en vue d'éviter des abus ou de refuser ou de réduire l'obligation de paiement ou de garantie prévue si l'exécution de l'obligation ne se justifie pas en raison de l'existence de liens particuliers entre le salarié et l'employeur.

#### **4.5.4. Les conséquences de l'insolvabilité de l'employeur.**

**5577** Des institutions de garantie assurent le paiement des créances impayées des travailleurs portant sur la rémunération afférente à la période se situant avant la date de la survenance de l'insolvabilité, du préavis de licenciement ou de la cessation de la relation de travail en raison de l'insolvabilité de l'employeur. Les Etats Membres peuvent limiter l'obligation de paiement de ces institutions dans les conditions fixées. La directive détermine un minimum communautaire garanti (trois mois de rémunération) mais laisse les Etats Membres fixer une date et une période de référence qui ne peut être inférieure à 6 mois. Ils fixent les modalités de l'organisation, du financement et du fonctionnement des institutions de garantie en observant certains principes.

En cas d'insolvabilité d'un employeur opérant sur les territoires d'au moins deux Etats Membres, le paiement des créances revient à l'Etat Membre où le travailleur salarié exerçait son travail. Les Etats Membres prévoient l'échange d'informations concernant les institutions de garantie et communiquent celles-ci à la Commission qui les rend accessibles au public.

#### **4.5.5. Les exclusions.**

**5578** Au-delà de l'exclusion de certaines catégories de salariés, (voir supra), les Etats Membres peuvent prévoir que la garantie de paiement ne s'applique pas aux cotisations de Sécurité Sociale ou de prévoyance. Ils prennent les mesures nécessaires pour assurer que le non-paiement à leurs institutions d'assurance de cotisations obligatoires dues par l'employeur avant la survenance de son insolvabilité n'a pas d'effet préjudiciable sur le droit à prestations du travailleur à l'égard de ces institutions dans la mesure où les cotisations salariales ont été précomptées sur les salaires versés. Les intérêts des travailleurs salariés et de ceux ayant déjà quitté l'entreprise à la date de la survenance de l'insolvabilité de l'employeur sont protégés en ce qui concerne leurs droits, acquis ou en cours d'acquisition, à des prestations de vieillesse, y compris les prestations de survivants, au titre de régimes

complémentaires de prévoyance professionnels ou interprofessionnels existant en dehors des régimes légaux nationaux de Sécurité Sociale.

#### 4.5.6. Les dispositions relatives aux institutions de garantie et de Sécurité Sociale.

5579 Les Etats Membres vont devoir prendre les dispositions nécessaires pour :

- que les institutions de garantie assurent le paiement des créances impayées des travailleurs salariés résultant de contrat de travail, y compris, lorsque le droit national le prévoit, les dédommagements pour cessation de la relation de travail,<sup>153</sup>
- indiquer si les mesures s'appliquent aux seuls régimes légaux de Sécurité Sociale, ou bien également aux régimes complémentaires de prévoyance,<sup>154</sup>
- que l'éventuel non-paiement par les employeurs des cotisations obligatoires n'ait pas d'effet préjudiciable sur le droit à prestations du travailleur salarié,
- protéger les intérêts des travailleurs salariés ayant déjà quitté l'entreprise au moment où survient l'insolvabilité mais disposant encore de droits acquis ou en cours d'acquisition.

Enfin en matière d'entreprise ayant des activités sur le territoire d'au moins deux Etats Membres, et se trouvant en état d'insolvabilité, la législation européenne précise que "*l'institution compétente pour le paiement des créances impayées des travailleurs salariés est celle de l'Etat Membre sur le territoire duquel ils exercent ou exerçaient habituellement leur travail*".<sup>155</sup> En cette matière, l'Union Européenne confirme l'application du principe de la *lex loci laboris* en vigueur en matière de Sécurité Sociale.

---

<sup>153</sup> Voir directive 2008/94/CE, article 3.

<sup>154</sup> Voir directive 2008/94/CE, article 6.

<sup>155</sup> Voir directive 2008/94/CE, article 9.

#### **4.6. Mesures Nationales d'Exécution des Directives sur l'insolvabilité de l'employeur.**

La directive 80/987/CEE devait être transposée au plus tard le 24 octobre 1983.

La directive 2002/74/CE devait être transposée au plus tard le 8 octobre 2005.

La directive 2008/947/CE devait être transposée au plus tard le 8 octobre 2010.

Les trois différentes directives relatives à l'insolvabilité de l'employeur ont fait l'objet de rapports de la Commission sur leur transposition :

- rapport de la Commission du 15 juin 1995, COM(95) 164 final, sur la transposition de la directive du Conseil 80/987/CEE du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des Etats Membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur. Ce rapport prévu à l'article 12 de la directive fait une analyse des droits nationaux qui transposent la directive afin de délivrer une appréciation sur l'application article par article de la directive. Il a été élaboré en étroite collaboration avec les Etats Membres. Il ressort de ce rapport que les droits en vigueur dans plusieurs Etats Membres, s'écartent des obligations prévues par la directive. Ceci vaut principalement pour les dispositions de la directive relatives à son champ d'application, à la notion d'insolvabilité et à la protection sociale,
- rapport de la Commission du 8 janvier 1997, COM(96) 696 final, sur la transposition de la directive 80/987/CEE concernant le rapprochement des législations des Etats Membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur en Autriche, en Finlande et en Suède.

Article 15 – directive 2008/94/CE

Au plus tard le 08 octobre 2010, la Commission établit un rapport sur la mise en œuvre et l'application de la présente directive.

#### **4.7. Application des Directives sur l'insolvabilité de l'employeur en droit français.**



## Titre 5 - Section 6 Organisation du Temps de Travail.

Cette section est consacrée aux différents aspects relatifs au temps de travail. Après une approche de la notion de temps de travail, chapitre 1, nous aborderons la manière dont l'Union européenne s'est intéressée au temps de travail, chapitre 2, pour enfin examiner différentes dispositions sectorielles, chapitre 3.

### Chapitre 1 Approche du Temps de Travail.

#### 1.1. La notion de travail avant la révolution industrielle.

**5601** Depuis l'apparition des sociétés humaines structurées, le temps et son organisation occupe une place centrale dans l'organisation de la collectivité. Toutes les civilisations réserveront une place pour le temps individuel et une autre pour le temps dédié à la collectivité. Les aspects individuels vont tout d'abord concerner les actions vitales, comme se nourrir se reposer, ou dormir, puis, beaucoup plus tard, les aspects ludiques comme les loisirs. Les aspects collectifs vont eux concerner les tâches dont la collectivité a besoin pour se construire ou survivre, chasser, se défendre, mais aussi se livrer à des rites religieux communautaires.

Parmi ces temps collectifs, les relations du travail revêtent un aspect primordial dans l'organisation du temps dédié à la collectivité et du temps dédié à la vie privée.

En France sous l'ancien régime, mais également dans toute l'Europe préindustrielle, la question du temps de travail et sa mesure n'avait pas l'importance qu'elle a acquise aujourd'hui. L'organisation se construisait plutôt autour d'un ensemble de tâches à accomplir que d'un temps pendant lequel on se trouvait à la disposition d'un " maître ". Les seules limites étaient de préférence à rechercher dans le respect de certaines règles sociales comme les fêtes religieuses ou bien le repos dominical. <sup>156</sup>

---

<sup>156</sup> Le lecteur relira par exemple l'article 6 du " Code Noir ", élaborée par le ministre Jean-Baptiste COLBERT (1616 - 1683), et promulgué en mars 1685 par Louis XIV : " *Enjoignons à tous nos sujets, de quelque qualité et condition qu'ils soient, d'observer les jours de dimanches et de fêtes, qui sont gardés par nos sujets de la religion catholique, apostolique et romaine. Leur défendons de travailler ni de faire travailler leurs esclaves auxdits jours depuis l'heure de minuit jusqu'à l'autre minuit à la culture de la terre, à la manufacture des sucres et à tous autres ouvrages, à peine d'amende et de punition arbitraire contre les maîtres et confiscation tant des sucres que des esclaves qui seront surpris par nos officiers dans le travail.* " Les mêmes dispositions se trouvent dans l'article 7 du dit code qui interdit " *de tenir le marché des nègres audits jours, sur pareille peine de confiscation des marchandises qui se trouveront alors au marché et d'amende arbitraire contre les marchands.* "

Ce type d'organisation sociale continue d'ailleurs de perdurer de nos jours dans des métiers de type agricole ou artisanal, le changement principal résidant dans le passage de l'état de maître à l'état d'employeur.

Il existait cependant déjà quelques exceptions. L'une des plus anciennes est celle que l'on peut trouver dans XENOPHON.<sup>157</sup> Plus près de nous, la République de Venise,<sup>158</sup> ou bien des savants comme LEONARD de VINCI,<sup>159</sup> ou DESCARTES,<sup>160</sup> vont s'intéresser à l'organisation du travail.

## 1.2. L'impact de la révolution industrielle.

5602

L'arrivée des machines, la nécessité de les faire fonctionner un maximum à cause de la difficulté à les arrêter et des profits attendus va modifier complètement la notion de temps de travail et asservir l'homme à la machine. Cette nouvelle organisation sera théorisée à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle par deux américains. Le premier, Frederick Winslow TAYLOR, met au point l'Organisation Scientifique du Travail, OST.<sup>161</sup> Apparue vers 1880, elle préconise l'organisation du travail à travers une analyse détaillée des modes et techniques de production (gestes, rythmes, cadences, etc.) visant à établir " *the one best way* ". La méthode de TAYLOR est basée sur un triple aspect :

- une amélioration de la technique des machines outils,

---

<sup>157</sup> XENOPHON, 550 avant J.-C., critique de l'organisation du travail humain dans un atelier de fabrication de cothurnes à la chaîne.

<sup>158</sup> Parmi ces exceptions, le lecteur pourra s'intéresser à l'organisation de l'arsenal de Venise, qui, au début du 13<sup>ème</sup> siècle inventa le travail à la chaîne pour construire, à l'aide de 3 000 ouvriers, la flotte destinée à conduire en Palestine la 4<sup>ème</sup> croisade comprenant 4 500 chevaliers, 9 000 écuyers et 20 000 combattants à pied. A cette époque les ouvriers étaient capables de construire un navire en une seule journée. Cf. " Guide de l'Arsenal de Venise ", 1829, par l'ingénieur CASONI.

<sup>159</sup> Léonard de VINCI (1452-1519), un des génies les plus complets de la Renaissance, fut un véritable théoricien de l'Organisation. Abordant tous les domaines de la recherche, il s'appliqua à découvrir dans chacun les principes scientifiques qui le menèrent à des applications très variées. Il songea à appliquer la mesure des temps au travail et conçut des représentations visuelles des diverses phases du travail qui sont les ancêtres des modernes tableaux de planning.

<sup>160</sup> René DESCARTES (1596-1650), d'abord soldat et voyageur, se fixa en Hollande pour concevoir son œuvre magistrale de mathématicien et de philosophe. Son Discours de la Méthode est un des monuments de la pensée française, qui définit la nécessaire rigueur du raisonnement scientifique. La pensée cartésienne émane du doute systématique qui ne peut être levé qu'en suivant les quatre règles que DESCARTES formule ainsi :

- règle de l'**évidence** : ne jamais admettre pour vrai un fait qui ne soit reconnu évidemment pour tel,
- règle de l'**analyse** : diviser chacune des difficultés en autant de parties qu'il se peut afin de les mieux résoudre,
- règle de **synthèse** : dans l'élaboration de ses pensées, aller toujours par degrés, du simple au composé, du connu à l'inconnu,
- règle de **contrôle** : faire des dénombrements aussi complets et généraux que possible afin d'être assuré de ne rien oublier.

<sup>161</sup> Son ouvrage principal, " *A Piece-Rate System* ", sera publié aux Etats Unis en 1895, et traduit en français dès 1912 sous le titre " *La direction des ateliers* ".

- une organisation du travail fondée sur des règles scientifiques, permettant de déterminer la meilleure façon de produire, au moyen d'une définition, d'une délimitation et d'un séquençage des tâches,
- un lien entre le salaire et le rendement, avec comme conséquence un changement du mode de rémunération, et le passage du salaire à la tâche au salaire horaire.

La combinaison de ces trois aspects permet finalement d'obtenir des conditions propres à fournir le rendement maximum. Le “ **taylorisme** ” était né.

Le taylorisme est basé sur une analyse méthodique des différentes tâches et sur la clarification de leur attribution. Double clarification en réalité, car le travail d'organisation pour être complet, du point de vue de TAYLOR, doit se déployer sous deux dimensions complémentaires :

- la dimension verticale, pour établir une stricte distinction entre d'une part les tâches de conception du travail et de formation et d'autre part celles d'exécution, les ingénieurs pensent le travail et les ouvriers doivent l'exécuter conformément aux instructions et à la formation que les premiers leur fournissent,
- la dimension horizontale, pour décomposer le processus de production d'un bien en une suite de tâches simples confiées chacune à un ouvrier spécialisé. L'objectif est d'identifier la manière la plus efficace de découper le travail. Doivent être chargés de cette mission des ingénieurs qui de manière scientifique vont chronométrer chaque mouvement élémentaire, éliminer les temps inutiles, étudier les meilleurs outils pour réaliser chaque mouvement, définir un temps optimal pour chaque stade de production, rédiger les recettes de fabrication.<sup>162</sup>

Celui qui va pousser au maximum cette organisation industrielle du travail est un autre américain, Henry FORD. Dès avril 1913, s'inspirant des travaux de TAYLOR, il avait installé son premier réseau d'assemblage dans son usine automobile de Détroit, en cherchant à fractionner les opérations de montage et à les confier à des travailleurs différents tout au long d'une ligne où les produits, en cours de montage, progressaient régulièrement. Le travail à la chaîne et le “ **fordisme** ” avaient fait leur apparition. En France, le premier qui mettra en œuvre cette méthode sera l'industriel Louis RENAULT, toujours dans le domaine de l'automobile.

De telles études demandent beaucoup de temps et de travail pour observer les ouvriers, décomposer leurs gestes, les chronométrer, afin de trouver comment réduire leurs mouvements au minimum et optimiser les opérations de montage. Mais les résultats sont spectaculaires. Les gains de productivité sont tels que les salaires peuvent être augmentés de 60 % et l'effectif embauché multiplié par 3 ou 4.

Face à cette évolution des méthodes de travail, les syndicats américains accusent ces industriels de vouloir transformer les ouvriers en machines, et feront pression sur les milieux politiques, sans beaucoup de succès, pour obtenir l'interdiction de l'usage de ces méthodes. Charlie CHAPLIN, dans son film “ *Les Temps modernes* ” fera une critique sévère de l'OST dans laquelle cette méthode moderne de travail qui laisse peu de place à l'être humain est

---

<sup>162</sup> Pour conduire cette analyse sera créé un service spécifique de l'entreprise, le bureau méthode.

ournée en dérision. Son héros, au lieu d'être prolongé par la machine, devient lui-même une partie de la machine.

Il n'en reste pas moins que ces nouvelles méthodes de travail feront des ravages sur la santé, tant physique que morale des travailleurs.

### 1.3. Le temps de travail, une double approche.

**5603** Ces nouveaux modes d'organisation du travail ont conduit à une modification de la relation juridique existante entre les parties. Du " contrat de louage de service " régi par le Code Civil <sup>163</sup> qui existait entre le maître et l'ouvrier, dans lequel l'ouvrier se mettait à la disposition du maître pour réaliser une tâche, nous sommes passé au " contrat de travail " entre un employeur et un employé. En France, la définition du contrat de travail a été donnée par la jurisprudence, qui caractérise le contrat de travail comme " *une convention par laquelle une personne physique s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération* ". <sup>164</sup>

C'est cette notion de mise à disposition de l'activité du salarié pendant un certain temps envers son employeur qui a conduit à la notion juridique de temps de travail. Mais, du point de vue du droit du travail, cette notion peut s'appréhender sous deux aspects :

- **aspect économique** : le salarié tire un revenu de son travail, l'employeur achète une capacité de travail. C'est la base du contrat synallagmatique de travail. Dans cette approche, le salarié représente un coût pour l'entreprise, salaire de base chargé auquel s'ajoute éventuellement les heures supplémentaires,
- **aspect santé** : prise en compte des effets du travail sur la santé du salarié à travers différents mécanismes, aptitude au poste occupé, limitations du temps de travail, temps de pause obligatoire etc. C'est la base de la notion de responsabilité de l'employeur en matière de santé et de sécurité. L'ensemble de ces mécanismes visent à protéger le salarié <sup>165</sup> pour éviter que le travail ne produise des aliénations irréversibles sur sa santé physique et morale.

---

<sup>163</sup> Voir le titre VIII du Code Civil, Du contrat de louage, Chapitre I, Dispositions générales, articles 1708 à 1712 et Chapitre III, Du louage d'ouvrage et d'industrie, articles 1779 et 1780.

<sup>164</sup> Depuis la Loi n° 73-4 du 2 janvier 1973 6 sur le licenciement, seul le terme de contrat de travail est utilisé pour caractériser la relation contractuelle existant entre un employeur et un salarié.

<sup>165</sup> Ces mécanismes sont également de nature à protéger l'employeur dans la mesure où leur respect permet à l'employeur de dégager sa responsabilité.

## Chapitre 2

### Union Européenne et Temps de Travail.

**5604** Peu de législations communautaire auront eu, et ont toujours, des effets aussi importants sur les législations nationales que celles relatives au temps de travail dans l'Union Européenne, et quasiment aucune autre législation européenne en matière sociale ne fera courir autant de risques d'infraction aux Etats Membres au plan général mais aussi dans des secteurs particulièrement sensibles, médecine, protection civile, sapeurs-pompiers, police, armée, etc.

Dans ce chapitre nous allons aborder l'action de l'Union Européenne en matière de temps de travail. Après avoir revisité la genèse de la notion de temps de travail, (paragraphe 2.1.), nous examinerons les premières approches de l'Union Européenne, (paragraphe 2.2.), les fondements juridiques de l'action de l'Union, (paragraphe 2.3.) et le processus d'élaboration des directives temps de travail (paragraphe 2.4.). Nous nous intéresserons ensuite aux interventions de la Cour de Justice, (paragraphe 2.5.), et au contenu des mesures de l'Union, (paragraphe 2.6.). Cette analyse ne serait pas complète sans un examen des Mesures Nationales d'Exécution prises par les Etats Membres, (paragraphe 2.7.) assorti d'une loupe sur la déclinaison des directives temps de travail en droit français, (paragraphe 2.8.). Enfin nous concluons en abordant la problématique de la révision de la directive temps de travail, (paragraphe 2.9.).

#### 2.1. Genèse.

##### 2.1.1. Norme OIT sur le temps de travail.

**5605** Dès 1919,<sup>166</sup> l'Organisation Internationale du Travail, OIT, s'est préoccupé de la mise en place de normes permettant de lutter contre un nombre excessif d'heures de travail et des périodes de repos et de récupération inappropriées, éléments qui constituent un danger pour la santé des travailleurs et augmente le risque des accidents du travail. Dans de nombreuses parties du monde, on retrouve un lien significatif entre bas salaires et durée du travail excessive. Des heures de travail longues empêchent les travailleurs de bénéficier d'un temps de récupération adéquat, de remplir leurs responsabilités familiales et de participer aux activités de leur communauté.

---

<sup>166</sup> Convention sur la durée du travail (industrie), adoptée le 28.11.1919, tendant à limiter à 8 heures par jour et à 48 heures par semaine le nombre des heures de travail dans les établissements industriels. Cette convention est entrée en vigueur le 13:06:1921. Elle est actuellement ratifiée par 51 Etats, dont 14 sur les 27 Etats Membres de l'Union Européenne. Il faut noter que des pays comme l'Allemagne, le Royaume Uni, dans l'Union, les USA, la Russie ou la Chine, dans le reste du monde, n'ont pas ratifié la convention.

Les normes de l'OIT sur le temps de travail fournissent un cadre permettant de réglementer les horaires de travail, les périodes de repos journalières et hebdomadaires ainsi que les congés annuels. La plupart des Etats ont prévu dans leur législation une durée du travail hebdomadaire de 48 heures ou moins, et les heures effectivement travaillées par semaine sont, dans la plupart des Etats, inférieures à la limite de 48 heures établie par l'OIT. Ces instruments visent à garantir une productivité élevée tout en préservant la santé physique et mentale des travailleurs

### 2.1.2. La diversité dans l'Union Européenne.

**5606** Le paysage lié au temps de travail au sein de l'Union Européenne est extrêmement diversifié, et ceci sur plusieurs points.

- **Temps de travail : durée.**

Tous les Etats Membres de l'Union ont défini une durée légale hebdomadaire du travail, le dernier à l'avoir fait est le Royaume Uni, en octobre 1988. Mais ces durées ne reflètent pas toujours la réalité d'un pays. Par exemple, si la durée conventionnelle hebdomadaire du travail en **Autriche** est de **38.8 heures**, la **durée réelle du travail est de 44 heures**, ce qui place les autrichiens en tête des Etats de l'Union. Ils sont suivis par les Grecs, 43.7 heures, suivis de près par les Britanniques, 43 heures. Avec 40 heures, les Irlandais se situent en bas du classement.<sup>167</sup>

Les français sont les seuls à pratiquer le régime officiel des 35 heures hebdomadaires, mais malgré cela, la durée hebdomadaire moyenne du travail en France se situe toujours à 41 heures, soit un peu en dessous de la durée moyenne européenne, 41.5 heures.

Autre élément susceptible de varier d'un Etat à l'autre dans l'Union, la durée maximale du travail. En effet, les travailleurs des Etats ayant une limite de **48 heures** par semaine travaillent en moyenne **41,3 heures** par semaine, tandis que ceux des Etats avec une limite comprise entre **38 et 40 heures** travaillent **41,55 heures**, soit 15 minutes de plus.

La même analyse peut être conduite pour ce qui concerne la **durée annuelle du travail** dans les Etats de l'Union Européenne. Là également, si la **valeur moyenne des Etats de l'Union** est de **1 600 heures / an**, à comparer avec 1 800 heures pour les USA et 1 750 heures pour le Japon, une grande disparité entre Etats apparaît, de 2 150 heures / an pour la Lituanie à 1 350 heures pour les Pays Bas.

Enfin, le nombre de jours fériés aussi varie énormément dans les Etats Membres, oscillant entre **18 jours** pour Chypre et la Slovénie, à seulement **8 jours** au Royaume-Uni et **9** en Allemagne, en Espagne et aux Pays-Bas. Les Français, eux, bénéficient de **11 jours** par an.

---

<sup>167</sup> Source : Observatoire européen des relations industrielles.

- **Mécanisme de définition.**

Un autre aspect pour lesquels une grande diversité règne entre les Etats Membres de l'Union réside dans le mécanisme de définition du temps de travail. Les durées du travail peuvent relever de plusieurs sources en fonction de l'Etat Membre considéré, Loi et / ou réglementation, ou bien encore accords collectifs.

De la même manière, en fonction des Etats Membres, la durée du travail peut être fixée de manière individuelle par le contrat de travail, ou bien de manière collective, voire les deux.

Enfin un mix des deux est également possible, la durée du travail fixée de manière collective pouvant être modifiée par certains mécanismes. Le système de l' " **opt out** ", qui a été traduit en français par " clause individuelle de renonciation ", cher aux britanniques est le meilleur exemple de ce qu'il est possible de faire.

### **2.1.3. Le paramètre mondialisation.**

**5607** Dernier phénomène venant impacter la notion de temps de travail, la mondialisation. La révolution industrielle des 19<sup>ème</sup> et 20<sup>ème</sup> siècles consacrait la puissance du monde occidental et sa domination sur les autres régions du monde.

Nous sommes en ce début du 21<sup>ème</sup> siècle à la croisée de deux chemins :

- celui d'un ancien monde occidental, représenté par des vieux pays industriels dont l'Europe fait partie, qui tente d'améliorer le sort de ses populations qui demandent à profiter des bienfaits de la modernité. Les notions de droits fondamentaux des travailleurs, d'hygiène et de santé au travail, d'articulation entre vie professionnelle et vie personnelle sont directement issues de ces concepts,
- celui d'un nouveau monde représenté par des pays émergents qui veulent accéder au même niveau que celui du monde occidental, et qui, pour cela, sont prêts à demander à leurs ressortissants des sacrifices supérieurs à ceux consentis par les vieux pays industriels.

La notion de temps de travail est directement impactée par cette compétition entre ces deux mondes.

Paramètres dont, à un moment ou à un autre, L'Union Européenne devra tenir compte.



## 2.2. Premières approches de l'Union Européenne.

### 2.2.1. Les choix possibles.

**5608** Deux voies s'offraient à l'Union Européenne pour aborder les problématiques du temps de travail :

- **voie normative directe**, à travers la définition par l'Union de durées du travail homogènes pour les différents Etats Membres,
- **voie normative indirecte**, l'Union abordant le thème de la durée du travail par le biais de la protection individuelle des ressortissants européens.

Le contenu des traités ne permet que très difficilement une approche par la voie normative directe, la fixation de la durée du travail demeurant d'abord une compétence des Etats Membres. L'Union a donc choisi une approche indirecte à travers la protection individuelle du travailleur, qui recoupe les cercles des droits sociaux universels et du droit commun de l'activité professionnelle.<sup>168</sup>

Comme souvent en matière sociale, l'Union va procéder par étapes successives, depuis des considérations très générales qui font consensus entre les Etats Membres pour aller progressivement vers une norme plus contraignante.

### 2.2.2. Directive 89/391/CEE du 12 juin 1989.

**5609** Bien que n'abordant pas directement le temps de travail, cette directive cadre mérite d'être citée car elle pose les fondamentaux.

Objectif de la directive 89/391/CEE :

- répondre à une volonté politique exprimée par le Conseil dans sa résolution du 21 décembre 1987 de mettre en place une directive pour organiser la sécurité et la santé des travailleurs sur le lieu de travail,<sup>169</sup>
- ouvrir la voie à une approche réellement européenne de la santé et de la sécurité au travail,
- élaborer une directive-cadre qui servirait de base à des directives spécifiques couvrant tous les risques ayant trait au domaine de la sécurité et de la santé sur le lieu de travail,<sup>170</sup>

<sup>168</sup> Voir supra, Titre 2, Fondements du Droit Social de l'Union Européenne, Introduction.

<sup>169</sup> Directive 89/391/CEE, considérant 6.

<sup>170</sup> Directive 89/391/CEE, considérant 8.

Bien que cette directive ne traite pas spécifiquement du temps de travail, c'est tout de même elle qui va ouvrir la porte pour aborder le sujet.

Elle va le faire de deux manières, en :

- s'appliquant pleinement aux domaines qu'elle régit, sauf dispositions plus contraignantes de la part des Etats Membres,
- limitant les possibilités de dérogations nationales, à travers une obligation de respect des principes généraux de santé et de sécurité des travailleurs. Ces principes sont définis comme intangibles et il ne peut y être porté atteinte.

## 2.3. Fondements juridiques des directives temps de travail.

### 2.3.1. Conditions de fond.

**5610** La Commission Européenne va fonder son action sur l'article 118 A du Traité CE. Rappelons que ce texte pose que " *le Conseil arrête, par voie de directive, des prescriptions minimales visant à promouvoir notamment l'amélioration du milieu du travail, afin de garantir un meilleur niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs* ".

La procédure associée à l'article 118 A TCE est celle de la majorité qualifiée et de coopération parlementaire.

En fonction de l'évolution des traités, l'article 118A deviendra l'article 137 TCE puis l'article 153 TFUE.

### 2.3.2. Conditions de forme.

**5611** Au plan de la forme, le Conseil va, après avoir recueilli l'avis du Parlement et du Comité Economique et Social, statuer à la majorité qualifiée, selon la procédure fixée par l'article 189C du traité.

En fonction de l'évolution des traités, l'article 189C deviendra l'article 251 TCE puis l'article 294 TFUE.



## 2.4. Processus d'élaboration des directives temps de travail.

### 2.4.1. Les premiers textes.

**5612** Dans un premier temps, la Communauté Européenne va produire un certain nombre de textes non contraignants, comme par exemple la recommandation n° 75/547 du 22 juillet 1975 relative aux principes de la semaine de 40 h et des 4 semaines de congés payés, ou bien la recommandation n° 82/577 du 10 décembre 1982 relative à l'âge de la retraite.

En parallèle à ces premiers texte, la Communauté Européenne va édicter un certain nombre de règlements et de textes sectoriels, comme par exemple les règlements n° 543/69 et n° 3820/85 relatifs à la durée du travail des chauffeurs routiers, ou bien la recommandation sur la durée du travail dans l'agriculture et l'élevage.

Enfin, la Communauté va mettre en place une approche progressive centrée sur la santé et la sécurité au travail, approche qui va se conclure par plusieurs directives européennes.

### 2.4.2. Mise en place des directives.

- **Directive de 93/104/CE du 23 novembre 1993.**

**5613** La directive 93/104/CE du 23 novembre 1993 constitue véritablement le texte fondateur de l'Union Européenne en matière de temps de travail. Son objectif est d'adopter des prescriptions minimales concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail liés à la santé et à la sécurité des travailleurs.

En 1990, la Commission introduit une proposition de directive pour réguler " certains aspects " du temps de travail.<sup>171</sup> L'objectif de la Commission est alors de régler les aspects juridiques de l'aménagement du temps de travail nécessaire à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Cette proposition aboutira à la directive de 1993.

La directive 93/104/CE du 23 novembre 1993 se fonde principalement sur :

- l'article 118 A du traité, qui prévoit que le Conseil arrête, par voie de directive, des prescriptions minimales visant à promouvoir notamment l'amélioration du milieu du travail, afin de garantir un meilleur niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs,<sup>172</sup>
- que la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs,<sup>173</sup>

<sup>171</sup> COM (90) 317 final du 03.08.1990.

<sup>172</sup> Directive 93/104/CE, considérant 1.

<sup>173</sup> Directive 93/104/CE, considérant 4.

- les dispositions de la directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, qui concernent la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.<sup>174</sup>

**En réalité, la directive 93/104/CE va aller beaucoup plus loin que son titre pourrait le laisser penser puisqu'elle va poser un véritable socle communautaire de normes minimales relatives à la réglementation générale de la durée du travail.**

L'article 1 de la directive précisera son champ d'application :

- périodes minimales de repos journalier, de repos hebdomadaire et de congé annuel ainsi qu'au temps de pause et à la durée maximale hebdomadaire de travail,
- et certains aspects du travail de nuit, du travail posté et du rythme de travail.

Par ailleurs, la directive va s'appliquer à tous les secteurs d'activités, privés ou publics, au sens de l'article 2 de la directive 89/391/CEE, sans préjudice de l'article 17 de la présente directive, **à l'exception des** transports aériens, ferroviaires, routiers, maritimes, fluviaux et lacustres, de la pêche maritime, d'autres activités en mer, ainsi que des activités des médecins en formation.

Or la première fois, l'article 2 de la directive va introduire un certain nombre de définitions au sens européens pour les notions de " temps de travail ", " période de repos ", " période nocturne ", " travailleur de nuit ", " travail posté " et " travailleur posté ".

Point extrêmement important, la directive 93/104/CE introduit des périodes minimales de repos :

- article 3 : un **repos journalier 11 heures consécutives**,
- article 4 : un **temps de pause** à déterminer dans les législations nationales pour un temps de travail de plus de 6 heures,
- article 5 : un **repos hebdomadaire de 24 heures sans interruption tous les 7 jours**, auquel s'ajoute les 11 heures,
- article 6 : une **durée maximale hebdomadaire du travail de 48 heures** y compris les heures supplémentaires,
- article 7 : un **congé payé annuel de 4 semaines** et l'interdiction de son remplacement par une indemnité financière,
- article 8 : une **durée du travail de nuit de 8 heures maximum par périodes de 24 h**,
- article 13 : un **principe d'adaptation du travail à l'homme**.

La directive 93/104/CE va apporter un certain nombre d'innovations :

- elle s'articule avec la directive cadre 89/391 sur la santé et la sécurité,
- fondée sur l'article 118A du traité, **elle consacre l'extension de ce texte vers le domaine du temps de travail**,
- elle pose **les premières définitions européennes en matière de temps de travail**,

---

<sup>174</sup> Directive 93/104/CE, considérant 3.

- elle crée une **première réglementation communautaire en matière de temps de travail dans les Etats Membres** à travers l'existence de prescriptions minimales,
- elle autorise certaines dérogations aux règles posées. **Pour la première fois elle accorde aux partenaires sociaux le pouvoir de déroger à une norme communautaire,**
- de même, elle ouvre cette possibilité de dérogation aux partenaires sociaux des Etats Membres

- **Directive 2000/34/CE du 22 juin 2000.**

**5614** Les Etats Membres et la Commission auraient du procéder à une révision de la directive de 93 dans les sept ans suivant son entrée en vigueur. Un premier travail aura lieu en 2000.

L'objectif principal de la directive 2000/34/CE consiste à étendre le champ des mesures de l'Union. La directive de 1993 comportait en effet trois exceptions dans les secteurs d'activité : les transports, les activités en mer et les activités des médecins en formation. **Depuis la modification de juin 2000, les travailleurs appartenant à ces trois catégories bénéficient de certaines dispositions en ce qui concerne périodes de repos, temps de pause, heures de travail, congés payés et travail de nuit.**<sup>175</sup>

En outre, la directive de 2000 va reprendre la définition des termes " temps de travail ", " période de repos ", " période nocturne ", " travailleur de nuit ", " travail posté ", pour les adapter, en particulier en tenant compte des premières jurisprudences de la CJUE.<sup>176</sup>

Enfin, la directive 2000/34/CE modifiant la directive 93/104/CE ajoute plusieurs nouvelles définitions, " repos suffisant ", " travailleur mobile ", " activité offshore ".

A la lumière de la directive de 2000, les Etats Membres prennent les mesures nécessaires pour que le travailleur européen bénéficie :

- de la **période minimale de repos journalier de onze heures** consécutives par vingt-quatre heures,
- de la **période minimale d'un jour de repos tous les sept jours**, ce jour de repos s'ajoutant à la période de repos journalier de onze heures,
- pour un travail journalier supérieur à six heures, d'un temps de pause dont les modalités sont fixées par des conventions collectives, par des accords conclus entre partenaires sociaux ou par la législation nationale,
- d'un congé annuel rémunéré d'au moins quatre semaines conformément aux conditions d'obtention et d'octroi prévues par les législations et/ou pratiques nationales.

---

<sup>175</sup> Certains articles de la directive initiale de 93 ne s'appliquent toujours pas à ces catégories mais des mesures ad hoc ont été établies comme, par exemple, l'établissement d'un nombre maximal d'heures de travail ou, alternativement, un nombre minimal d'heures de repos pour les travailleurs à bord des navires de pêche en mer.

<sup>176</sup> Directive 200/34/CE, considérant 15.

La nouvelle directive confirme que :

- la durée hebdomadaire du travail est limitée à quarante-huit heures en moyenne, y compris les heures supplémentaires pour chaque période de sept jours,
- la durée de travail normale d'un travailleur de nuit ne doit pas excéder huit heures en moyenne par vingt-quatre heures,
- les travailleurs de nuit doivent bénéficier d'un niveau de protection en matière de santé et de sécurité adapté à la nature de leur travail. Les services ou moyens de protection et de prévention doivent être équivalents à ceux des autres travailleurs et disponibles à tout moment.

Au vu de la directive de 2000, les Etats Membres conservent la possibilité de prévoir des périodes de référence :

- ne dépassant pas quatorze jours pour le repos hebdomadaire,
- ne dépassant pas quatre mois pour la durée maximale hebdomadaire du travail,
- pour la durée du travail de nuit.

La directive 2000/34/CE prévoit également que, sous certaines conditions de repos compensateur, des dérogations peuvent être accordées :

- dans le respect des principes généraux de la protection, de la sécurité et de la santé des travailleurs lorsque la durée du travail n'est pas mesurée et/ou prédéterminée par le travailleur lui-même,
- pour certaines activités caractérisées par un éloignement entre le lieu de travail et le lieu de résidence du travailleur,
- pour les activités de garde ou de surveillance destinées à assurer la protection de biens ou de personnes,
- pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service, tel que les soins hospitaliers, l'agriculture ou encore les services de presse et d'informations,
- en cas de surcroît prévisible de l'activité, notamment dans les secteurs de l'agriculture, le tourisme ou des services postaux; pour les personnes travaillant dans le secteur du transport ferroviaire

Enfin, une période transitoire de cinq ans, à compter du 1<sup>er</sup> août 2004 a été établie pour le cas des médecins en formation. Dans les trois premières années de cette période, la durée de travail hebdomadaire ne devra pas dépasser, en moyenne, 58 heures. Puis, dans les deux années suivantes, ce plafond ne devra pas dépasser, en moyenne, 56 heures. Une sixième année de transition peut être accordée à certains Etats Membres. Dans ce dernier cas, le temps de travail ne devra pas dépasser, en moyenne, 52 heures par semaine. A la fin de cette période de transition, le plafond sera de 48 heures par semaine.

- **Directive de 2003/88/CE du 4 novembre 2003.**

5615

La directive de 2000 prévoyait également un processus de révision. En procédant à cette révision, la Commission poursuivait plusieurs objectifs. Dans un souci de clarté et de transparence du droit communautaire, la directive 2003/88/CE codifie l'ancienne directive de base 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, ainsi que sa modification par la directive 2000/34/CE, du 22 juin 2000, du Parlement Européen et du Conseil. Elle vise à la création d'un équilibre entre l'objectif principal de sécurité et de santé des travailleurs d'une part, et les besoins d'une économie européenne moderne de l'autre. En résumé :

- les dispositions de la directive 93/104/CE ont été substantiellement modifiées, <sup>177</sup>
- l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique, <sup>178</sup>
- certaines catégories de populations exclues de la directive 93/104/CE, tels les gens de mer, ont conclu des accords spécifiques, <sup>179</sup>
- certaines normes spécifiques prévues par d'autres instruments communautaires ont évoluées, <sup>180</sup>
- il y a lieu de mieux préciser les possibilités de dérogations. <sup>181</sup>

En outre, la directive 2003/88/CE va elle même introduire un certain nombre de nouveautés :

- repos hebdomadaire : en principe le dimanche,
- renforcement des mesures relatives au travail de nuit,
- précisions quant aux dérogations possibles,
- introduction de limitations des dérogations aux périodes de référence,
- réglementation pour les travailleurs offshore,
- réglementation pour les travailleurs à bord des navires de pêche en mer,
- précisions sur les obligations de l'employeur relatives au temps de travail,
- limitation dans le temps de la période transitoire pour les Etats Membres,
- création d'un rapport quinquennal sur le temps de travail,
- examen de certaines dispositions spécifiques.

Bien évidemment, la directive 2003/88/CE abroge et remplace la directive 93/104/CE, et toutes références faites à la directive abrogée s'entendent comme faites à la nouvelle directive. <sup>182</sup>

---

<sup>177</sup> Directive 2003/88/CE, considérant 1.

<sup>178</sup> Directive 2003/88/CE, considérant 4.

<sup>179</sup> Directive 2003/88/CE, considérants 12 et 13.

<sup>180</sup> Directive 2003/88/CE, considérant 14.

<sup>181</sup> Directive 2003/88/CE, considérants 15 et 16.

<sup>182</sup> Directive 2003/88/CE, article 27.



## 2.5. Les interventions de la Cour de Justice.

### 2.5.1 Le recours en annulation du Royaume Uni - affaire C-084/94.

**5616** Le Royaume Uni n'étant pas d'accord avec les termes de la directive 93/104/CE, et s'étant abstenu lors du vote du Conseil, va introduire un recours en annulation de la directive. Il sera fondé sur plusieurs moyens d'annulations :

- premier moyen : incompétence et base légale défectueuse,
- deuxième moyen : violation du principe de proportionnalité,
- troisième moyen : détournement de pouvoir,
- quatrième moyen : violation de formes substantielles.

A travers ce recours, le Royaume-Uni poursuit, au titre de l'article 173 du Traité CE, au principal l'annulation dans sa totalité de la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail , et, à titre subsidiaire, l'annulation de certaines de ses dispositions, article 4, article 5, premier et deuxième alinéas, article 6, paragraphe 2, et article 7.

Que nous dit l'arrêt de la Cour de Justice ? L'analyse des conclusions de l'Avocat Général <sup>183</sup> et de l'arrêt de la Cour de Justice du 13 mars 1996 est, sur ces points, très instructive. <sup>184</sup>

- **Sur l'incompétence et la base légale défectueuse.**

**5617** Le Royaume Uni fait valoir que la directive aurait dû être arrêtée sur la base de l'article 100 du traité CE, voire de l'article 235 de ce traité, qui exigent l'unanimité au sein du Conseil. Or, la Cour a rappelé que l'article 118A confère à la Communauté une compétence normative interne dans le domaine social. L'existence d'autres dispositions du traité n'a pas pour conséquence de restreindre le champ d'application de l'article 118 A. Figurant dans le chapitre du traité consacré aux " dispositions sociales ", cette disposition a trait aux seules mesures relatives à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs. Elle constitue, dès lors, une réglementation plus spécifique que les articles 100 et 100A. Cette interprétation est confirmée par le texte même de l'article 100 A, paragraphe 1, selon lequel **cette disposition est d'application " sauf si le présent traité en dispose autrement "**. Par conséquent, l'argument du gouvernement requérant ne saurait être retenu.

En deuxième lieu, le Royaume-Uni, se référant au libellé même de l'article 118 A, fait d'abord valoir que cette disposition ne permet d'arrêter que des directives dont l'objet présente un lien objectif et authentique avec " la sécurité et la santé des travailleurs ". Tel ne serait pas le cas de mesures concernant, notamment, la durée de travail hebdomadaire, les congés payés annuels et les temps de repos, dont le lien avec la sécurité et la santé des

<sup>183</sup> Conclusions de l'Avocat Général M. Philippe LEGER présentées le 12 mars 1996.

<sup>184</sup> CJCE, arrêt " Recours en annulation du Royaume Uni ", du 12 novembre 1996, affaire C-84/94.

travailleurs serait trop ténu. Cette interprétation serait confirmée par la notion de “ milieu de travail ” utilisée à l’article 118 A, qui exigerait que les directives fondées sur cette disposition aient uniquement trait aux conditions et risques physiques sur le lieu de travail. **Or, Rien dans les termes de l’article 118A n’indique que les notions de “ milieu de travail ”, de “ sécurité ” et de “ santé ” au sens de cette disposition devraient, en l’absence d’autres précisions, être entendues dans un sens restrictif** et non comme visant tous les facteurs, physiques ou autres, capables d’affecter la santé et la sécurité du travailleur dans son environnement de travail, et notamment certains aspects de l’aménagement du temps de travail. Au contraire, le membre de phrase “ notamment du milieu de travail ” plaide en faveur d’une interprétation large de la compétence conférée au Conseil par l’article 118A en matière de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

Il convient de relever à cet égard que, en conférant au Conseil le pouvoir d’arrêter des prescriptions minimales, l’article 118 A ne préjuge pas l’intensité de l’action que cette institution peut considérer comme nécessaire pour l’accomplissement de la mission que la disposition litigieuse lui assigne expressément, laquelle consiste à œuvrer en faveur de l’amélioration, dans le progrès, des conditions relatives à la sécurité et à la santé des travailleurs. L’expression “ prescriptions minimales ” figurant à l’article 118A, répond la Cour signifie seulement, comme le confirme d’ailleurs le paragraphe 3 de la même disposition, qu’elle **autorise les Etats Membres à adopter des normes plus rigoureuses** que celles qui font l’objet de l’intervention communautaire.

En troisième lieu, le Royaume-Uni fait valoir que, au vu des directives fondées sur l’article 118A dans le passé, cette disposition n’autorise pas le Conseil à adopter des directives qui, comme celle faisant l’objet du présent recours, abordent de manière générale, abstraite et non scientifique la question de la santé et de la sécurité. Or, dès lors que la mesure en cause a pour objet principal la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, **le recours à l’article 118A s’impose**, nonobstant les incidences accessoires qu’une telle mesure peut avoir sur l’établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

Enfin, il convient de rappeler qu’il n’appartient pas à la Cour de contrôler l’opportunité des mesures adoptées par le législateur. Le contrôle exercé au titre de l’article 173 doit se limiter à la légalité de l’acte attaqué.

**Par conséquent, il y a lieu de considérer que la directive a été valablement adoptée sur le fondement de l’article 118 A.**

- **Sur la violation du principe de proportionnalité.**

**5618** Le Royaume-Uni rappelle, à cet égard, que le Conseil ne peut arrêter sur le fondement de l’article 118A du traité que des “ prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chaque Etat Membre ”, et que ces prescriptions doivent éviter “ d’imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu’elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises ”. Or, pour le Royaume Uni :

- les mesures de la directive 93/104/CE ne constitueraient pas des prescriptions minimales,
- une disposition ne saurait être considérée comme une “ prescription minimale ” si le niveau de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs qu’elle établit peut être atteint par des mesures moins restrictives,
- la conclusion que les mesures envisagées sont de nature à améliorer le niveau de protection de la santé ou de la sécurité des travailleurs doit reposer sur des motifs raisonnables,
- le respect du principe de subsidiarité s’impose pour qu’une mesure puisse être considérée comme proportionnée.

En réponse à ces objections, il convient de :

- écarter d’emblée l’argument tiré du non-respect du principe de subsidiarité,
- relever ensuite que la notion de “ prescriptions minimales ” n’est pas celle de l’article 118 A,
- vérifier si les moyens mis en œuvre sont aptes à réaliser l’objectif visé et s’ils ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l’atteindre

La Cour rappelle que la **notion de “ prescriptions minimales ” ne limite pas l’intervention communautaire au plus petit dénominateur commun**, voire même au niveau de protection le plus bas établi par les différents États membres, mais elle signifie que les Etats Membres sont libres d’accorder une protection renforcée par rapport à celle, le cas échéant, élevée qui résulte du droit communautaire.

Enfin, quant à l’argument du gouvernement britannique, selon lequel l’adoption de la directive n’était pas nécessaire dans la mesure où la directive 89/391 s’applique déjà aux domaines visés par la directive, il suffit de souligner que celle-ci se limite à établir des principes généraux qui ne sont pas aptes à atteindre les objectifs fixés par la directive de 93.

Le Conseil n’a donc pas commis une erreur manifeste en adoptant la directive 93/104/CE.

En résumé, **modération dans la détermination de la norme, souplesse dans son application, possibilité de déroger, font que le principe de proportionnalité est bien respecté.**

C’est la première fois que la Cour a lié prescriptions minimales, dérogeabilité et proportionnalité.

- **Sur le détournement de pouvoir.**

**5619** Pour le Royaume Uni, la directive édicte plusieurs mesures qui ne présentent aucun lien objectif avec ses buts déclarés et elle doit, pour ce motif, être annulée dans son ensemble.

La Cour précise qu’il convient de rappeler qu’il est de jurisprudence que constitue un détournement de pouvoir l’adoption, par une institution communautaire, d’un acte dans le but exclusif ou, tout au moins, déterminant d’atteindre des fins autres que celles excipées ou

d'éluider une procédure spécialement prévue par le traité pour parer aux circonstances de l'espèce.

Or, ainsi qu'il résulte de l'examen du moyen tiré de la base juridique incorrecte, le Conseil pouvait valablement fonder la directive sur l'article 118 A du traité et **le Royaume Uni est resté en défaut d'établir que la directive aurait été adoptée dans le but exclusif ou, tout au moins, déterminant d'atteindre un objectif différent que celui de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs.**

Bien que non explicitement invoqué par le Royaume Uni, la Cour fait la démonstration qu'en respectant les conditions d'application de l'article 118A, le Conseil a respecté le principe de subsidiarité tel qu'exprimé dans le traité (art. 5 TCE). L'article 118A transpose et concrétise le principe de subsidiarité dans les règles propres à un domaine particulier. L'action communautaire n'a donc pas à être examinée directement au regard des conditions générales de l'art. 5 mais au regard des conditions spéciales d'une disposition du traité en constituant la base juridique.

**En résumé, si les conditions de l'article 118A du traité sont respectées, celles du principe de subsidiarité le sont.** En d'autres termes, le respect du principe de subsidiarité s'apprécie en fonction des dispositions du traité instituant une base juridique spéciale

Là encore la Cour rejette le moyen invoqué par le Royaume Uni.

- **Sur la violation des formes substantielles.**

**5620** Le Royaume-Uni allègue que la directive est insuffisamment motivée. Elle ne ferait pas apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de l'autorité communautaire qui a adopté l'acte incriminé, dès lors qu'elle n'établirait pas l'existence du lien de causalité, invoqué par le législateur communautaire, entre la santé et la sécurité des travailleurs et la plupart des mesures qu'elle contient quant au temps de travail. Par ailleurs, les considérants de la directive ne justifieraient pas non plus la nécessité de l'action communautaire.

A cet égard, la Cour relève que, s'il est vrai que la motivation exigée par l'article 190 du traité CE doit faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement de l'autorité communautaire, auteur de l'acte incriminé, de manière à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise et à la Cour d'exercer son contrôle, il n'est toutefois pas exigé qu'elle spécifie tous les éléments de fait ou de droit pertinents.

Or, s'agissant de la directive 93/104/CE, il y a lieu de constater que les considérants font clairement apparaître que les mesures qu'elle institue visent à l'harmonisation de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

L'argument selon lequel le Conseil aurait dû faire mention dans les considérants de la directive de références scientifiques concrètes justifiant l'adoption des différentes mesures qui font l'objet de la directive doit donc être rejeté.

- **Conclusion.**

**5621** L'arrêt rendu par la Cour de Justice dans l'affaire C-84/94 opposant le Royaume Uni est extrêmement important car au delà du fait qu'il légitime la directive 93/104/CE, il légitime également le recours à l'article 118A et à la procédure de la majorité qualifiée pour tout ce qui, dans le domaine du social communautaire, n'est pas explicitement prévu autrement par les traités.

## 2.5.2. Les interventions de la Cour de Justice relative à la directive 89/391/CEE.

- **Recours en manquement d'Etat.**

**5622** Sur requête de la Commission, la Cour de Justice est intervenue à plusieurs reprises pour obtenir des Etats Membres qu'ils modifient ou complètent leurs Mesures Nationales d'Exécution :

- **affaire C-005/00** contre l'Allemagne, arrêt du 7 février 2002, sur l'obligation d'établir un document d'évaluation des risques,
- **affaire C-049/00** contre l'Italie, arrêt du 15 novembre 2001, sur la prévention des risques professionnels,
- **affaire C-425/01** contre le Portugal, arrêt du 12 juin 2003, pour transposition incomplète de la directive,
- **affaire C-441/01** contre les Pays Bas, arrêt du 22 mai 2003, sur la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail,
- **affaire C-335/02** contre le Luxembourg, arrêt du 22 mai 2003, pour transposition incomplète de la directive,
- **affaire C-132/04** contre l'Espagne, arrêt du 12 janvier 2006, pour non application de la directive aux personnels non civil des administrations, forces armées et police,
- **affaire C-428/04** contre l'Autriche, arrêt du 6 avril 2006, pour absence de communication des mesures de transposition et transposition incorrecte ou insuffisante de certains articles,
- **affaire C-127/05** contre le Royaume Uni, arrêt du 14 juin 2007, pour non transposition des mesures de la directive relatives à la responsabilité employeur en matière de santé et sécurité des travailleurs,
- **affaire C-226/06** contre la France, arrêt du 5 juin 2008, pour transposition non conforme de la directive.<sup>185</sup>

Ces différents arrêts montrent la vigilance de la Commission en matière de transposition des directives européennes ainsi que la complexité pour chaque Etat dans la mise en conformité de sa législation nationale.

---

<sup>185</sup> Voir infra, paragraphe sur les mesures françaises de transposition.

- **Interventions sur des points particuliers.**

**5623** Un certain nombre de points particuliers ont également fait l'objet de demandes de décisions préjudicielles ayant requis l'intervention de la Cour de Justice :

- **affaire C-333/97**, Susanne Lewen c/ Lothar Dendra, **arrêt du 21 octobre 1999**, par lequel la Cour précise 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 au travail,
- **affaire C-030/98**, Simap c/ Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, **arrêt du 3 octobre 2000**, relatif à l'application des dispositions de la directive 89/391/CEE aux médecins de garde,<sup>186</sup>
- **affaire C-241/99**, CIG c/ Sergas, **ordonnance du 3 juillet 2001**, relative à l'inclusion du temps des permanences dans le calcul de la durée moyenne du travail,
- **affaire C-052/04**, Personalrat der Feuerwehr Hamburg c/ Leiter der Feuerwehr Hamburg, **arrêt du 14 juillet 2005**, relatif aux mesures de protection, directive 89/391/CEE, et au temps de travail, directive 93/104/CE, par lequel la Cour confirme que les dispositions de ces deux directives s'appliquent fonctionnaires du service de lutte contre l'incendie affectés aux interventions sur le terrain.

### 2.5.3. Les interventions de la Cour de Justice relative à la directive 93/104/CE.

- **Recours en manquement d'Etat.**

**5624** Au-delà du recours en annulation formé par le Royaume Uni, affaire C-84/94,<sup>187</sup> sur requête de la Commission, la Cour de Justice a de nouveau dû intervenir sur quelques points pour obtenir de certains Etats Membres qu'ils modifient ou complètent leurs Mesures Nationales d'Exécution :

- **affaire C-386/98**, contre l'Italie, **arrêt du 9 mars 2000**, duquel il ressort que l'Italie a manqué aux obligations de transposition de la directive 93/104/CE,
- **affaire C-046/99**, contre la France, **arrêt du 8 juin 2000**, duquel il ressort une carence d'adoption de mesures d'application de la directive 93/104/CE en matière de durée du repos hebdomadaire,
- **affaire C-484/04**, contre le Royaume Uni, **arrêt du 7 septembre 2006**, duquel il ressort que le Royaume Uni a manqué aux obligations de transposition en matière de droit au repos journalier et hebdomadaire de certaines catégories de travailleurs,
- **affaire C-158/09**, contre l'Espagne, **arrêt du 20 mai 2010** ayant pour but de faire appliquer la directive 93/104/CE, maintenant remplacée par la directive 2003/88/CE, au personnel non civil des administrations publiques.

Nous noterons que, par rapport à la directive 89/391/CEE, le nombre de recours en manquement a fortement diminué, signe que les Etats Membres accordent plus d'attention

<sup>186</sup> Voir infra, l'essentiel des dispositions de l'arrêt Simap portant sur la directive 93/104/CE.

<sup>187</sup> Voir supra, paragraphe 2.5.1.

au processus de transposition, mais aussi que le rapprochement des législations nationales commence de porter ses fruits.

- **Processus de transposition.**

**5625** La Cour de Justice est également intervenue pour rappeler aux Etats Membres que, si le processus de transposition pouvait être confié aux partenaires sociaux nationaux,<sup>188</sup> la mise en œuvre de la directive sur le temps de travail au moyen de conventions collectives restait de leur responsabilité.

Dans certains Etats Membres, les conventions collectives jouent un rôle important dans la mise en œuvre de la directive sur le temps de travail. Conscient de l'importance de la négociation collective en tant que source de droit dans les systèmes de relations professionnelles des Etats Membres de l'Union Européenne, le droit communautaire considère les conventions collectives comme des moyens de mise en œuvre appropriés à condition que les champs d'application, matériel et personnel, des directives concernées soient pleinement respectés.

Dans ses jurisprudences, la Cour de Justice a cependant subordonné le recours à cette pratique à plusieurs conditions préalables :

- sur le contenu des mesures, *“ la transposition en droit interne d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions dans une disposition légale expresse et spécifique et peut, en fonction de son contenu, se satisfaire d'un contexte juridique général, dès lors que celui-ci assure effectivement la pleine application de la directive d'une façon suffisamment claire et précise, afin que, au cas où la directive vise à créer des droits pour les particuliers, les bénéficiaires soient mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits et de s'en prévaloir, le cas échéant, devant les juridictions nationales ”*. Voir par exemple l'**arrêt du 30 mai 1991 dans l'affaire C-059/89**, Commission c/ Allemagne,
- sur l'utilisation de conventions collectives comme moyen de transposition, *“ S'il est loisible aux Etats Membres de laisser le soin de réaliser le principe de l'égalité des rémunérations en premier lieu aux partenaires sociaux, cette faculté ne les dispense toutefois pas de l'obligation d'assurer, par des mesures législatives, réglementaires ou administratives appropriées, que tous les travailleurs de la Communauté puissent bénéficier de la protection prévue par la directive 75/117. La garantie étatique doit intervenir dans toutes les hypothèses d'absence de protection effective assurée autrement, quelle que soit la raison d'une telle absence, et notamment lorsque les travailleurs dont il s'agit ne sont pas syndiqués, que le secteur en cause ne fait pas l'objet d'une convention collective ou encore qu'une telle convention ne garantit pas*

---

<sup>188</sup> Cf. l'article 153 TFUE, ex art. 137 TCE, qui dispose dans son point 3 que : *“ Un Etat Membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application du paragraphe 2 ou, le cas échéant, la mise en œuvre d'une décision du Conseil adoptée conformément à l'article 155. Dans ce cas, il s'assure que, au plus tard à la date à laquelle une directive doit être transposée ou mise en œuvre, les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, l'Etat Membre concerné devant prendre toute disposition nécessaire lui permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par ladite directive.”*

le principe de l'égalité des rémunérations dans toute son étendue." Voir à ce propos les **affaires C-143/83**, Commission c/ Royaume du Danemark, **arrêt du 30 janvier 1985**, et **C-235/84**, Commission c/ République italienne, **arrêt du 10 juillet 1986**.

- **Temps de travail.**

5626

La Cour a été amenée à se prononcer à plusieurs reprises sur la notion de temps de travail. Elle a rappelé que, " *s'agissant plus particulièrement de la notion de « temps de travail » au sens de la directive 93/104, il importe de rappeler que, au point 47 de l'arrêt Simap, précité, la Cour a relevé que cette directive définit ladite notion comme toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou aux pratiques nationales, et que la même notion doit être appréhendée par opposition à la période de repos, ces deux notions étant exclusives l'une de l'autre*". (**Arrêt SIMPAP**, point 47)

De la même manière, la Cour a précisé que " *dès lors, la circonstance que la définition de la notion de temps de travail fait référence aux « législations et/ou pratiques nationales » ne signifie pas que les Etats Membres peuvent déterminer unilatéralement la portée de cette notion. Aussi ces États ne sauraient-ils subordonner à quelque condition que ce soit le droit des travailleurs à ce que les périodes de travail et, corrélativement, celles de repos soient dûment prises en compte, un tel droit résultant directement des dispositions de cette directive. Toute autre interprétation tiendrait en échec l'objectif de la directive 93/104 d'harmoniser la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs au moyen de prescriptions minimales*". (**Arrêt Jeager**, point 59)

Les principales affaires relatives au temps de travail sont :

- **affaire C-303/98**, SIMAP c/ Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, **arrêt du 3 octobre 2000**, points 44 et 47,
- **affaire C-241/99**, Confederación Intersindical Galega (C.I.G) c/ Servicio Galego de Saude (SERGAS), **ordonnance du 3 juillet 2001**, point 31, sur la notion de " temps de travail " utilisée par la directive dans le contexte des activités de garde du personnel médical d'urgence,
- **affaire C-151/02**, N. Jeager c/ Landeshauptstadt Kiel, **arrêt du 9 septembre 2003**, points 45, 47 et 58,
- **affaire C-014/04**, A. Dellas, CGT, CFDT et FO c/ Ministère des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, **arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2005**, points 40, 41 et 49,
- **affaire C-124/05**, Federatie Nederlandse Vakbeweging c/ Staat der Nederlanden, **arrêt du 6 avril 2006**, point 28,
- **affaire C-428/09**, Union Syndicale Solidaire Isère c/ Ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville, **arrêt du 14 octobre 2010**.

- **Temps de garde.**

**5627** La Cour est intervenue également sur la notion de temps de garde. Selon une jurisprudence constante de la Cour, les services de garde effectués sur le lieu de travail doivent être considérés dans leur intégralité comme du temps de travail au sens de la directive 93/104/CE :

- **affaire C-303/98** précitée, SIMAP c/ Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, **arrêt du 3 octobre 2000**, points 47 et 48,
- **affaires jointes C-397/01 à C-403/01**, Bernhard Pfeiffer, Roith, etc e.a. c/ Deutsches Rotes Kreuz Kreisverband Waldshut eV, **arrêt du 5 octobre 2004**, portant sur les notions de “ temps de travail ” et de “ période de repos ” relatives au service de garde, “ Bereitschaftsdienst ”, assuré par un médecin dans un hôpital,
- **affaire C-151/02** précitée, N. Jaeger c/ Landeshauptstadt Kiel, **arrêt du 9 septembre 2003**, points 45, 47 et 58,
- **affaire C-14/04** précitée, A. Dellas, CGT, CFDT et FO c/ Ministère des Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, **arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 2005**.

- **Durée de travail minimale.**

**5628** Dans l’affaire **C-173/99**, The Queen c/ Secretary of State for Trade and Industry, **arrêt du 26 juin 2001**, La Cour de Justice pose, qu’aux termes de l’article 7 de la directive 93/104/CE, le travailleur bénéficie d’un droit à congé annuel payé dès le début de l’exécution de son contrat de travail, qu’en conséquence il n’est pas possible pour les législations nationales d’instaurer une durée de travail minimale pour bénéficier du congé annuel prévu par la directive.

En outre, la Cour précise que, point 43 de l’arrêt, “ **le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire 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 elle-même** ”.

- **Repos compensateur.**

**5629** Dans le domaine du repos compensateur également, La Cour de Justice est intervenue. Elle a jugé dans l’arrêt “ **Jaeger** ”, du 9 septembre 2003, **affaire C-151/02** précité, que les périodes équivalentes de repos compensateur doivent être accordées rapidement, à des moments qui succèdent immédiatement aux périodes de travail qu’elles sont censées compenser : “ *aussi de telles périodes de repos doivent-elles succéder immédiatement au temps de travail qu’elles sont censées compenser, afin d’éviter la survenance d’un état de fatigue ou de surmenage du travailleur en raison de l’accumulation de périodes de travail consécutives.* ” (Arrêt Jaeger, point 94)

- **Travailleurs du secteur public.**

**5630** Les directives européennes prévoient une exception limitée pour certaines activités du service public telles que les forces armées, la police, ou certaines activités couvrant des services de protection civile. La Cour a néanmoins jugé, dans deux affaires, **C-52/04**, Personalrat c/ Feuerwehr Hamburg, **arrêt du 14 juillet 2005**, et **C-132/04**, Commission c/ Espagne, **arrêt du 12 janvier 2006**, que cette dérogation doit être limitée à des circonstances exceptionnelles telles que catastrophes naturelles ou technologiques, attentats ou accidents graves, et que les activités menées par ces travailleurs en temps normal relèvent du champ d'application de la directive.

- **Congés Payés.**

**5631** La aussi la Cour de Justice est intervenue pour rappeler que, affaires jointes **C-49/98**, **C-50/98**, **C-52/98** à **C-54/98** et **C-68/98** à **C-71/98**, **arrêt du 25 octobre 2001**, selon une jurisprudence constante, des mesures constituant une restriction à la libre prestation des services ne sauraient être justifiées par des objectifs de nature économique, tels que la protection des entreprises nationales. La Cour précise ensuite que rien ne s'oppose à ce que la réglementation d'un Etat Membre qui prévoit une durée de congés payés supérieure à celle prévue par la directive 93/104 soit étendue aux travailleurs détachés dans cet Etat Membre par des prestataires de services établis dans d'autres Etats Membres, pendant la période de détachement.

- **Portée des exclusions.**

**5632** Enfin la Cour s'est également prononcé sur la portée des exclusions, comme dans l'**affaire C-133/00**, J. R. Bowden e.a. c/ Tuffnells Parcels Express Ltd, **arrêt du 4 octobre 2001**, qui a trait à la portée des exclusions prévues à l'article premier, paragraphe 3, de la directive 93/10/CE.

## 2.6. Le contenu des mesures de l'Union.

### 2.6.1. Introduction.

**5633** Contrairement à ce que le titre exact des directives sur le temps de travail pourrait laisser penser, l'Union ne se contente pas de fixer certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Les mesures retenues vont beaucoup plus loin et pose un véritable socle communautaire, presque complet, de normes minimales relatives à la réglementation générale de la durée du travail, normes qu'il appartient à chaque Etat Membre de traduire dans sa législation nationale et de faire respecter.

Le dernier état des mesures prises par l'Union Européenne dans le domaine du temps de travail est représenté par la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003. La directive fixe des exigences minimales communes relatives aux conditions de travail dans tous les Etats Membres

### 2.6.2. Définitions de l'Union Européenne.

**5634** L'Union Européenne va poser un ensemble de définitions destinées à harmoniser la perception de ces termes au sein des différents Etat Membres.<sup>189</sup> Ces termes clefs de la directive sont :

- **“ temps de travail ”**  
Toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales,
- **“ période de repos ”**  
Toute période qui n'est pas du temps de travail,
- **“ période nocturne ”**  
Toute période d'au moins sept heures, telle que définie par la législation nationale, comprenant en tout cas l'intervalle compris entre 24 heures et 5 heures,
- **“ travailleur de nuit ”.**  
d'une part, tout travailleur qui accomplit durant la période nocturne au moins trois heures de son temps de travail journalier accomplies normalement,  
d'autre part, tout travailleur qui est susceptible d'accomplir, durant la période nocturne, une certaine partie de son temps de travail annuel, définie selon le choix de l'Etat Membre concerné :

---

<sup>189</sup> Directive 2003/88/CE, article 2.

- par la législation nationale, après consultation des partenaires sociaux, ou
  - par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux au niveau national ou régional.
- “ **travail posté** ”  
Tout mode d’organisation du travail en équipe selon lequel des travailleurs sont occupés successivement sur les mêmes postes de travail, selon un certain rythme, y compris le rythme rotatif, et qui peut être de type continu ou discontinu, entraînant pour les travailleurs la nécessité d’accomplir un travail à des heures différentes sur une période donnée de jours ou de semaines,
  - “ **travailleur posté** ”  
Tout travailleur dont l’horaire de travail s’inscrit dans le cadre du travail posté,
  - “ **travailleur mobile** ”  
Tout travailleur faisant partie du personnel roulant ou navigant qui est au service d’une entreprise effectuant des services de transport de passagers ou de marchandises par route, air ou voie navigable,
  - “ **activité offshore** ”  
L’activité accomplie principalement sur une ou à partir d’une installation offshore (y compris les installations de forage), directement ou indirectement liée à l’exploration, à l’extraction ou à l’exploitation de ressources minérales, y compris les hydrocarbures, et la plongée en liaison avec de telles activités, effectuée à partir d’une installation offshore ou d’un navire,
  - “ **repos suffisant** ”  
Le fait que les travailleurs disposent de périodes de repos régulières dont la durée est exprimée en unités de temps et qui sont suffisamment longues et continues pour éviter qu’ils ne se blessent eux-mêmes ou ne blessent leurs collègues ou d’autres personnes et qu’ils ne nuisent à leur santé, à court ou à plus long terme, par suite de la fatigue ou d’autres rythmes de travail irrégulier.

### 2.6.3. Champs d’application des mesures de l’Union.

**5635** Le champ d’application des mesures de l’Union a varié au fil des trois directives. Dans le dernier état de la législation européenne, directive 2003/88/CE, sont concernés **l’ensemble des prescriptions minimales de sécurité et de santé en matière d’aménagement du temps de travail.**

Par ailleurs, la directive s’applique :

- **aux périodes minimales de repos journalier, de repos hebdomadaire et de congé annuel ainsi qu’au temps de pause et à la durée maximale hebdomadaire de travail,** et
- à certains aspects du **travail de nuit, du travail posté** et du **rythme de travail.**

Sont concernés par les mesures de l'Union à **tous les secteurs d'activités, privés ou publics**, au sens de l'article 2 de la directive 89/391/CEE,

Enfin, les dispositions de la directive 89/391/CEE s'appliquent pleinement aux matières visées au paragraphe 2, sans préjudice des dispositions plus contraignantes et/ou spécifiques contenues dans la directive 2003/88/CE.

#### **2.6.4. Les conséquences en matière d'aménagement du temps de travail.**

**5636** La directive 2003/88/CE prévoit différentes mesures en matière d'aménagement du temps de travail.

- **Repos journalier.**

Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de vingt-quatre heures, d'une période minimale de repos de onze heures consécutives.<sup>190</sup>

- **Temps de pause.**

Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cas où le temps de travail journalier est supérieur à six heures, d'un temps de pause dont les modalités, et notamment la durée et les conditions d'octroi, sont fixées par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux ou, à défaut, par la législation nationale.<sup>191</sup>

- **Repos hebdomadaire.**

Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cours de chaque période de sept jours, d'une période minimale de repos sans interruption de vingt-quatre heures auxquelles s'ajoutent les onze heures de repos journalier.<sup>192</sup>

Si des conditions objectives, techniques ou d'organisation du travail le justifient, une période minimale de repos de vingt-quatre heures pourra être retenue.

---

<sup>190</sup> Directive 2003/88/CE, article 3.

<sup>191</sup> Directive 2003/88/CE, article 4.

<sup>192</sup> Directive 2003/88/CE, article 5.

- **Durée maximale hebdomadaire de travail.**

Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires pour que, en fonction des impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs : <sup>193</sup>

- la durée hebdomadaire du travail soit limitée au moyen de dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux,
- la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires.

- **Congé annuel.**

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. <sup>194</sup>

La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail.

- **Durée du travail de nuit.**

Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires pour que : <sup>195</sup>

- le **temps de travail normal des travailleurs de nuit ne dépasse pas huit heures en moyenne par période de vingt-quatre heures**,
- les travailleurs de nuit dont le travail comporte des risques particuliers ou des tensions physiques ou mentales importantes ne travaillent pas plus de huit heures au cours d'une période de vingt-quatre heures durant laquelle ils effectuent un travail de nuit.

Aux fins du second alinéa, le travail comportant des risques particuliers ou des tensions physiques ou mentales importantes est défini par les législations et/ou pratiques nationales ou par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux, compte tenu des effets et des risques inhérents au travail de nuit.

---

<sup>193</sup> Directive 2003/88/CE, article 6.

<sup>194</sup> Directive 2003/88/CE, article 7.

<sup>195</sup> Directive 2003/88/CE, article 8.

- **Evaluation de la santé et transfert au travail de jour des travailleurs de nuit.**

Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires pour que : <sup>196</sup>

- les **travailleurs de nuit bénéficient d'une évaluation gratuite de leur santé**, préalablement à leur affectation et à intervalles réguliers par la suite,
- les travailleurs de nuit souffrant de problèmes de santé reconnus, liés au fait que ces travailleurs accomplissent un travail de nuit, soient transférés, chaque fois que cela est possible, à un travail de jour pour lequel ils sont aptes.

L'évaluation gratuite de santé telle que prévue par la législation européenne doit respecter le secret médical. Elle peut faire partie d'un système national de santé.

- **Garanties pour travail en période nocturne.**

Les Etats Membres peuvent subordonner le travail de certaines catégories de travailleurs de nuit à certaines garanties, dans des conditions fixées par les législations et/ou pratiques nationales, pour des travailleurs qui courent un risque de sécurité ou de santé lié au travail durant la période nocturne. <sup>197</sup>

- **Information en cas de recours régulier aux travailleurs de nuit**

Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires pour que l'employeur qui a régulièrement recours à des travailleurs de nuit informe de ce fait les autorités compétentes, sur leur demande. <sup>198</sup>

- **Protection en matière de sécurité et de santé.**

Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires pour que : <sup>199</sup>

- les travailleurs de nuit et les travailleurs postés bénéficient d'un niveau de protection en matière de sécurité et de santé, adapté à la nature de leur travail,
- les services ou moyens appropriés de protection et de prévention en matière de sécurité et de santé des travailleurs de nuit et des travailleurs postés soient équivalents à ceux applicables aux autres travailleurs et soient disponibles à tout moment.

---

<sup>196</sup> Directive 2003/88/CE, article 9.

<sup>197</sup> Directive 2003/88/CE, article 10.

<sup>198</sup> Directive 2003/88/CE, article 11.

<sup>199</sup> Directive 2003/88/CE, article 12.

- **Rythme de travail.**

Les Etats Membres prennent les mesures nécessaires pour que l'employeur qui envisage d'organiser le travail selon un certain rythme tienne compte du principe général de l'adaptation du travail à l'homme, notamment en vue d'atténuer le travail monotone et le travail cadencé en fonction du type d'activité et des exigences en matière de sécurité et de santé, particulièrement en ce qui concerne les pauses pendant le temps de travail. <sup>200</sup>

### 2.6.5. La notion de périodes de référence.

**5637** La législation européenne a introduit dans ses textes la notion de période de référence, c'est à dire de périodes sur lesquelles se calculent les durées prévues par la norme européenne. Pour l'application des différentes mesures prévues, les Etats Membres doivent appliquer les périodes de référence suivantes : <sup>201</sup>

- **repos hebdomadaire**, une période de référence ne dépassant pas **quatorze jours**,
- **durée maximale hebdomadaire de travail**, une période de référence ne dépassant pas **quatre mois**,
- **durée du travail de nuit**, une période de référence définie après **consultation des partenaires sociaux** ou par des conventions collectives ou accords conclus au niveau national ou régional entre partenaires sociaux.

Outre ces périodes de référence, la législation européenne précise que :

- les périodes de congé annuel payé et les périodes de congé de maladie ne sont pas prises en compte ou sont neutres pour le calcul de la moyenne de référence,
- Si la période minimale de repos hebdomadaire de vingt-quatre heures exigée par la législation européenne tombe dans cette période de référence, elle n'est pas prise en compte pour le calcul de la moyenne de référence.

### 2.6.6. Information et Consultations des Représentants des Travailleurs.

**5638** En matière de durée du travail, la législation européenne ne prévoit explicitement que peu de cas dans lesquels les représentants du personnel sont consultés.

Cependant, l'employeur consulte les représentants du personnel en temps utile afin de parvenir, si possible, à un accord sur les arrangements applicables pendant les périodes transitoires. Dans les limites fixées par la législation européenne, cet accord peut porter sur :

---

<sup>200</sup> Directive 2003/88/CE, article 13.

<sup>201</sup> Directive 2003/88/CE, article 16.

- le nombre moyen d'heures de travail hebdomadaire pendant la période transitoire, et
- les mesures à prendre pour ramener le temps de travail hebdomadaire à une moyenne de quarante-huit heures avant la fin de la période transitoire.

En ce qui concerne l'article 16, point b), les dérogations visées au premier alinéa sont autorisées pour autant que la période de référence ne dépasse pas douze mois pendant la première partie de la période transitoire visée au cinquième alinéa et six mois par la suite.

### 2.6.7. Les dérogations et exceptions.

**5639** La législation européenne continue de prévoir encore un certain nombre de dérogations et exceptions. La directive prévoit ainsi une certaine flexibilité dans l'organisation concrète du temps de travail. Ainsi, il est possible, dans le cadre de certaines activités, de reporter en partie ou dans leur intégralité les périodes minimales de repos.

- **L' " opt-out ", ou " clause individuelle de renonciation " .**

Cette clause a été imposée à l'ensemble des autres Etats Membres par le Royaume Uni pour qui elle a acquis une valeur symbolique. Ce dernier en a fait l'un des points majeur de sa diplomatie européenne, point qui fait l'objet d'un très large consensus de l'autre côté de la Manche, toutes formations politiques confondues. Il n'en reste pas moins que cette clause d' " opt-out " pose un problème juridique, non résolu à ce jour. En effet, en permettant au contrat individuel de travail de prévoir des règles dérogatoires moins favorables que la législation, européenne ou nationale, ou bien encore que la convention collective, la clause d' " opt-out " vient contredire directement le principe de l'ordre public social européen.

Il n'en reste pas moins que, à travers la possibilité de l' " opt-out ", en français clause individuelle de renonciation, les travailleurs ont la possibilité, à titre individuel, de choisir de dépasser le plafond des 48 heures de travail. Des conventions collectives peuvent toutefois garantir la flexibilité de l'organisation du temps de travail, par exemple en permettant que le calcul du temps de travail hebdomadaire fasse l'objet de moyennes sur des périodes pouvant aller jusqu'à douze mois.

- **Dérogations prévues par la législation européenne.**

**5640** Dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, les Etats Membres peuvent déroger aux dispositions de l'Union lorsque la durée du temps de travail, en raison des caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes, et notamment lorsqu'il s'agit : <sup>202</sup>

---

<sup>202</sup> Directive 2003/88/CE, article 17.

- de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome,
- de main-d'œuvre familiale, ou
- de travailleurs dans le domaine liturgique des églises et des communautés religieuses.

Les dérogations prévues par la législation européenne peuvent être adoptées par les Etats Membres par voie législative, réglementaire et administrative ou par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux, à condition que des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés ou que, dans des cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes équivalentes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives, une protection appropriée soit accordée aux travailleurs concernés.

Par ailleurs, il peut être dérogé aux dispositions législatives européennes :

- pour les activités caractérisées par un éloignement entre le lieu de travail et le lieu de résidence du travailleur, comme les activités offshore, ou par un éloignement entre différents lieux de travail du travailleur,
- pour les activités de garde, de surveillance et de permanence caractérisées par la nécessité d'assurer la protection des biens et des personnes, notamment lorsqu'il s'agit de gardiens ou de concierges ou d'entreprises de gardiennage,
- pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production, notamment lorsqu'il s'agit :
  - des services relatifs à la réception, au traitement et/ou aux soins donnés par des hôpitaux ou des établissements similaires, y compris les activités des médecins en formation, par des institutions résidentielles et par des prisons;
  - des personnels travaillant dans les ports ou dans les aéroports,
  - des services de presse, de radio, de télévision, de productions cinématographiques, des postes ou télécommunications, des services d'ambulance, de sapeurs-pompiers ou de protection civile,
  - des services de production, de transmission et de distribution de gaz, d'eau ou d'électricité, des services de collecte des ordures ménagères ou des installations d'incinération,
  - des industries dans lesquelles le processus de travail ne peut être interrompu pour des raisons techniques,
  - des activités de recherche et de développement,
  - de l'agriculture,
  - des travailleurs concernés par le transport de voyageurs sur des services de transport urbain régulier.
- en cas de surcroît prévisible d'activité, notamment :
  - dans l'agriculture,
  - dans le tourisme,
  - dans les services postaux,
- pour les personnes travaillant dans le secteur du transport ferroviaire :
  - dont les activités sont intermittentes,
  - qui accomplissent leur temps de travail à bord des trains, ou

- dont les activités sont liées aux horaires de transport et à l'assurance de la continuité et de la régularité du trafic,
- dans les circonstances visées à l'article 5, paragraphe 4, de la directive 89/391/CEE,
- en cas d'accident ou de risque d'accident imminent.

Il peut également être dérogé aux dispositions législatives européennes :

- pour les activités du travail posté, chaque fois que le travailleur change d'équipe et ne peut bénéficier entre la fin d'une équipe et le début de la suivante de périodes de repos journalier et/ou hebdomadaire,
- pour les activités caractérisées par des périodes de travail fractionnées dans la journée, notamment des personnels occupés aux activités de nettoyage.

Enfin, il peut également être dérogé à la législation communautaire dans le cas des médecins en formation, dans des conditions spécifiques fixées par la législation européenne.

Un certain nombre de dispositions dérogatoire ne sont autorisées que pour une période transitoire. Mais dans tous les cas, les Etats Membres veillent à ce que, en aucun cas, le nombre d'heures de travail hebdomadaire ne dépasse une moyenne de cinquante-huit heures pendant les trois premières années de la période transitoire, une moyenne de cinquante-six heures pendant les deux années suivantes et une moyenne de cinquante-deux heures pour toute période supplémentaire.

- **Dérogations par voie de conventions collectives.**

**5641** La législation européenne prévoit également qu'il peut être dérogé aux dispositions législatives par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux au niveau national ou régional ou, en conformité avec les règles fixées par ces partenaires sociaux, par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux à un niveau inférieur.<sup>203</sup>

Les Etats Membres dans lesquels juridiquement il n'existe pas de système assurant la conclusion de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux au niveau national ou régional, dans les matières couvertes par la présente directive, ou les Etats Membres dans lesquels il existe un cadre législatif spécifique à cette fin et dans les limites de celui-ci, peuvent, conformément aux législations et/ou pratiques nationales, permettre des dérogations aux dispositions législatives européenne par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux au niveau collectif approprié.

Les dérogations prévues par la législation ne sont admises qu'à condition que des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés ou que, dans des cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives, une protection appropriée soit accordée aux travailleurs concernés.

---

<sup>203</sup> Directive 2003/88/CE, article 18.

Les Etats Membres peuvent prévoir des règles :

- pour l'application du présent article par des partenaires sociaux, et
- pour l'extension des dispositions des conventions collectives ou accords conclus en conformité avec le présent article à d'autres travailleurs, conformément aux législations et/ou pratiques nationales.

#### 2.6.8. Les mesures spécifiques à certaines professions.

- Les directives spécifiques.

5642 Certaines professions font l'objet de directives spécifiques :

- les **métiers de la mer**, pour lesquels le temps de travail est régi par :
  - la **directive 1999/63/CE du 21 juin 1999**, venant codifier l'accord relatif au temps de travail des gens de mer conclu entre l'Association des Armateurs de la Communauté Européenne, ECSA, et la Fédération des syndicats des Transports de l'Union Européenne, FST,
  - la **directive 1999/95/CE du 13 décembre 1999**, concernant l'application des dispositions relatives à la durée du travail des gens de mer à bord des navires faisant escale dans les ports de la Communauté
- les **métiers de l'aviation civile**, pour lesquels le temps de travail est régi la **directive 2000/79/CE du 27 novembre 2000**, venant codifier l'accord relatif au temps de travail des personnels mobiles dans l'aviation civile conclu entre l'Association des Compagnies Européennes de Navigation Aérienne, AEA, la Fédération Européenne des Transports, ETF, l'Association Européenne des Personnels Navigants Techniques, ECA, l'Association Européenne des Compagnies d'Aviation des Régions d'Europe, ERA, et l'Association Internationales des Charters Aériens, AICA. La directive 2000/79/CE instaure un **temps de travail annuel maximum de 2000 heures, dont un temps de vol total imité à 900 heures**, qui doit être réparti de la manière la plus uniforme possible sur l'année,
- les **métiers du transport ferroviaire**, pour lesquels le temps de travail est régi la **directive 2005/47/CE du 18 juillet 2005**, venant mettre en œuvre l'accord les partenaires sociaux des différents secteurs à l'échelle européenne. Aux termes de cette directive, les travailleurs du transport ferroviaire ont droit à une période de repos quotidienne de douze heures consécutives et à des pauses de trente à quarante-cinq minutes. De plus, le temps de conduite est limité à neuf heures le jour et à huit heures la nuit. Enfin la directive aménage la flexibilité permise aux employeurs. Dans des circonstances exceptionnelles ils peuvent réduire les périodes de repos quotidien à neuf heures au lieu des onze imposées par la législation européenne standard,
- les **métiers du transport routier**, pour lesquels deux textes européens sont venus aménager les dispositions de la directive 2003/88/CE, instaurant ainsi une forme de "*lex specialis*" :

- la **directive 2002/15/CE du 11 mars 2002** qui fixe les **règles de protection sociale minimale pour les conducteurs**,
- le **règlement 561/2006/CE du 15 mars 2006**, qui fixe les **règles communes relatives aux temps de conduite et de repos**.

- **Dispositions particulières.**

**5643** Enfin, des dispositions particulières s'appliquent à certains secteurs de l'emploi :

- **travailleurs mobiles et activité " offshore "** : les dispositions sur le repos journalier, le temps de pause, le repos hebdomadaire, et le travail de nuit ne s'appliquent pas aux travailleurs mobiles, cependant les Etats Membres garantissent un repos suffisant en accord avec les orientations de la directive. Les périodes de référence pour les travailleurs offshore peuvent être portées à douze mois pour le calcul de la durée maximale du temps de travail hebdomadaire,
- **travailleurs à bord de navire de pêche** : les dispositions sur le repos journalier, la durée maximale hebdomadaire de travail et le travail de nuit ne s'appliquent pas aux travailleurs à bord d'un navire de pêche d'un Etat Membre, mais la moyenne hebdomadaire de travail ne doit pas dépasser quarante-huit heures sur une période de référence de un an. Le nombre maximal d'heures de travail est de quatorze heures par période de vingt-quatre heures et soixante-douze heures hebdomadaires. Le nombre minimal d'heures de repos n'est pas inférieur à dix heures quotidiennes et soixante-dix-sept heures hebdomadaires. Des dispositions nationales, des conventions collectives ou des accords avec les partenaires sociaux fixent le nombre limite d'heures dans ces deux domaines. Au plus tard en 2009, la Commission réexamine les dispositions dans ce domaine,
- **médecins en formation** : une période transitoire de cinq ans, à compter du 1<sup>er</sup> août 2004 a été établie pour le cas des médecins en formation. Dans les trois premières années de cette période, la durée de travail hebdomadaire ne devra pas dépasser, en moyenne, 58 heures. Puis, dans les deux années suivantes, ce plafond ne devra pas dépasser, en moyenne, 56 heures. Une sixième année de transition peut être accordée à certains Etats Membres. Dans ce dernier cas, le temps de travail ne devra pas dépasser, en moyenne, 52 heures par semaine. A la fin de cette période de transition, le plafond sera de 48 heures par semaine.

Des dispositions particulières s'appliquent également au cas des dérogations aux périodes de référence pour le calcul de la durée du temps de travail hebdomadaire. Ces dérogations ne peuvent dépasser six mois ou, par convention collective, douze mois.

Enfin, un Etat Membre peut autoriser un employeur à déroger à la limite de quarante-huit heures hebdomadaires de travail à condition que le travailleur donne son accord. Il ne doit subir aucun préjudice en cas de refus. L'employeur s'engage à tenir un registre, accessibles aux autorités compétentes, sur chaque travailleur ayant accepté de dépasser les limites d'heures de travail. Les principes généraux de sécurité et de santé doivent être respectés.

## 2.7. Mesures Nationales d'Exécution.

### 2.7.1 Transposition de la directive 93/104/CE.

- **Les Mesures Nationales d'Exécution.**

**5644** En 1993 sont concernés par l'obligation de transposition 12 Etats Membres, **la date limite de transposition étant fixée pour ces Etats au 23 novembre 1996.**<sup>204</sup> L'ensemble des Etats Membres a procédé à la transposition, de manière plus ou moins totale, de la directive 93/104/CE. La multiplicité des normes qu'on du édicter certains de Etats Membres, le record étant détenu par l'Allemagne qui a promulgué 67 textes différents, suffit à elle seule à mesurer la complexité des législations nationales de certain Etats en matière de temps de travail et de la difficulté de leur rapprochement.

Le détail des textes promulgués par les différents Etats Membres est donné en annexe 5 - 4, Mesures Nationales d'Exécution - Directives Temps de Travail

En synthèse :

**Allemagne :** 67 textes différents

**Belgique :** 2 Lois relatives au travail de nuit et transposant certaines dispositions de la directive 93/104/CE

**Danemark :** 8 textes

**Espagne :** 2 Lois et deux décrets royaux

**France :** Loi numéro 98/461 du 13/06/1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, Journal Officiel du 14/06/1998 page 9029

**Grèce :** 1 texte, 93/104/EK

**Irlande :** 9 textes

**Italie :** 5 textes

**Luxembourg :** 4 Lois

**Pays Bas :** 3 textes

**Portugal :** 1 Loi

---

<sup>204</sup> Directive 93/104/CE, article 18.

### **Royaume Uni : 2 textes**

Les nouveaux Etats Membres qui ont rejoint l'Union postérieurement à l'adoption de la directive de 1993 sur le temps de travail, et avant l'adoption des directives suivantes, ont également procédé à la mise aux normes de leur législation nationale, mais cette fois dans le cadre du processus d'adhésion et de leur adoption de l'acquis communautaire.

**Autriche :** 34 textes

**Finlande :** 7 textes

**Suède :** 6 textes

- **Le bilan de l'application de la directive 93/104/CE dans les Etats Membres.**

**5645** La Commission a effectué entre fin 1999 et fin 2000 un premier bilan relatif à l'avancement du processus de transposition de la directives 93/104/CE par les Etats Membres. Les conclusions de la Commission sont regroupées dans le document COM(2000) 787 final du 1<sup>er</sup> décembre 2000.

#### **Champ d'application.**

La grande majorité des Etats Membres appliquent leur législation en la matière d'une part aux salariés " traditionnels " ayant un contrat de travail comme défini par la législation et les pratiques nationales et, d'autre part, aux fonctionnaires du secteur public. Certains Etats Membres n'ont toutefois pas communiqué les mesures nationales prises à l'égard des fonctionnaires.

Quelques exclusions doivent encore être corrigées par certains Etats Membres.

#### **Définitions.**

De manière générale, les mesures nationales de transposition tendent à reproduire à tout le moins les définitions de la directive concernant le " temps de travail " et la " période de repos ". Pour les autres définitions, tous les Etats Membres ne les ont pas encore transposés dans leur droit national.

#### **Période de repos journalier.**

La plus part des Etats Membres ont correctement transposé la directive, des difficultés demeurent cependant au niveau des dérogations permises par certaines législations nationales.

### **Temps de pause.**

Dans la majorité des Etats Membres, la directive a été transposée par une combinaison de mesures législatives et de conventions collectives. Les dispositions réglementaires définissent généralement la longueur maximale de la période de travail sans pause ainsi que la durée de la pause.

### **Période de repos hebdomadaire.**

La directive prévoyait initialement que le dimanche devait en principe être inclus dans la période de repos hebdomadaire. Cette disposition a été annulée par la Cour de Justice dans l'affaire C-84/9412. Néanmoins, neuf des quinze Etats Membres possèdent des dispositions spécifiques relatives au repos dominical. Les six autres en sont dépourvus.

### **Durée maximale hebdomadaire de travail.**

L'analyse de la transposition de la directive en matière de durée maximale hebdomadaire s'avère parfois problématique en raison des différences entre les Etats Membres en matière de limitation de la durée maximale du travail. Au lieu de limiter le temps de travail moyen pendant une période de référence donnée, de nombreux Etats Membres fixent une limite journalière et/ou hebdomadaire absolue tout en autorisant la réalisation d'heures supplémentaires dans des limites journalières, hebdomadaires, mensuelles ou annuelles.

### **Congé annuel.**

Il est important de souligner que les dispositions de la directive nécessitent l'addition de deux éléments distincts :

- 1) le " congé ", c'est-à-dire une période de l'horaire de travail ordinaire non ouvrée, définie par la législation et/ou l'usage du pays,
- 2) l' " indemnité financière ", c'est-à-dire le droit à la rémunération normale ou à une compensation financière équivalente accordée pendant le congé, bien qu'aucun travail ne soit effectué pendant cette période.

**Tous les Etats Membres, à l'exception de l'Italie, prévoient explicitement que la période minimale de congé annuel ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de cessation de la relation de travail.**

### **Travail de nuit.**

Dans ce domaine l'harmonisation des législations des Etats Membres n'est pas encore réalisée, certaines d'entre elles présentant toujours des lacunes considérables.

• **Conclusion sur la transposition de la directive 93/104/CE dans les Etats Membres.** <sup>205</sup>

5646

La mise en œuvre de la directive 93/104/CE sur le temps de travail dans les Etats Membres atteint un niveau globalement satisfaisant. La Commission souhaite toutefois, sans porter préjudice aux remarques présentées de manière détaillée dans les chapitres précédents, attirer l'attention sur quelques points généraux :

- premier point, certains Etats Membres ont entièrement **exclu les catégories de travailleurs qui ne sont pas couvertes par les exclusions autorisées** par l'article 1, paragraphe 3, de la directive sur le temps de travail ou par l'article 2 de la directive 89/391/CE. Le fait que certaines catégories soient effectivement concernées par l'article 17, paragraphe 1, de la directive sur le temps de travail ne permet pas d'exclure totalement ces travailleurs. De plus, dans certains cas, le champ d'application des mesures nationales relatives à la dérogation prévue par l'article 17, paragraphe 1, de la directive a pu être étendu au-delà de l'objectif de la dérogation,
- deuxième point, étant donné la structure de la législation de certains Etats Membres dans le domaine des limitations du temps de travail, la distinction opérée entre le temps de travail ordinaire et les heures supplémentaires, sans limite absolue pour une période de référence donnée, peut se traduire par le **non-respect de la durée moyenne hebdomadaire de travail de 48 heures**. Ce risque est particulièrement élevé dans le cas où la majorité des heures supplémentaires accordées sont effectuées pendant une période de référence de courte durée.
- troisième point, certains Etats Membres contraignent les salariés à travailler de manière continue pendant une certaine période avant de pouvoir bénéficier du **congé annuel**. L'article 7 de la directive accorde à tous les travailleurs le droit à 4 semaines de congé annuel qui peuvent, le cas échéant, être octroyées pro rata temporis. En raison des règles détaillées du droit au congé annuel appliquées dans certains Etats membres, il arrive que des travailleurs ne puissent pas prendre de congé pendant leur première année de travail.
- Quatrième point, certains Etats Membres présentent des **lacunes considérables dans le domaine du respect de la réglementation du travail de nuit**. Certains Etats Membres ne disposent ainsi pas de législation sur le travail de nuit et certains pays ne tiennent pas compte des heures supplémentaires dans les limites imposées au travail de nuit.

Certains Etats Membres ne définissent pas les types de travail comportant des risques particuliers ou des tensions physiques ou mentales importantes.

**Enfin, la directive a été mise en œuvre de manière telle dans certains Etats Membres que l'on peut douter que sa transposition garantisse son intégration dans la législation nationale avec suffisamment de clarté et de précision et qu'elle permette d'assurer la bonne application de la directive.** Etant donné que la directive vise à établir les droits légaux des individus, les personnes concernées doivent être à même de déterminer toute la portée de leurs droits et, le cas échéant, les invoquer devant la juridiction nationale.

---

<sup>205</sup> Cf. conclusion document Commission COM(2000) 787 final.

## 2.7.2. Transposition de la directive 2000/34/CE.

**5647** En 2000 sont concernés par l'obligation de transposition 15 Etats Membres, la date limite de transposition étant fixée pour ces Etats au 1<sup>er</sup> août 2003.<sup>206</sup> L'ensemble des Etats Membres a procédé à la transposition de la directive 2000/34/CE.

Le détail des textes promulgués par les différents Etats Membres est donné en annexe 5 - 4, Mesures Nationales d'Exécution - Directives Temps de Travail

<b>Allemagne :</b>	3 nouveaux textes
<b>Autriche :</b>	8 nouveaux textes
<b>Belgique :</b>	1 Loi-programme et 1 Arrêté royal
<b>Danemark :</b>	4 nouveaux textes
<b>Espagne :</b>	1 décret royal et 1 nouvelle Loi
<b>Finlande :</b>	6 nouveaux textes
<b>France :</b>	12 nouveaux textes

Il est intéressant de regarder la différence entre la transposition de la première directive 93/104/CE et celle de la seconde. La quasi-totalité des nouveaux textes français concerne les entreprises de transport et correspondent à la mise aux normes européennes du temps de travail dans ces entreprises.

<b>Grèce :</b>	1 nouveau texte
<b>Irlande :</b>	4 nouveaux textes
<b>Italie :</b>	1 seul nouveau décret
<b>Luxembourg :</b>	5 nouveaux textes
<b>Pays Bas :</b>	2 nouveaux textes
<b>Portugal :</b>	2 nouveaux textes
<b>Royaume Uni :</b>	5 nouveaux textes
<b>Suède :</b>	13 nouveaux textes

---

<sup>206</sup> Directive 2000/88/CE, article 2.

A l'occasion de leur entrée dans l'Union Européenne, les nouveaux Etats Membres, à travers le processus d'adoption de l'acquis communautaire, ont également transposé la directive de 2003 sur le temps de travail dans leur législation nationale, cette fois-ci avec une date limite de transposition correspondant aux modalités fixées par les traités d'adhésion, 1<sup>er</sup> mai 2004 pour l'ensembles des PECO, sauf Bulgarie et Roumanie pour lesquels la transposition devait être réalisée pour le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

**Bulgarie :** 4 textes

**Chypre:** 6 textes

**Estonie :** 1 texte

**Hongrie :** 13 textes

**Lettonie :** 1 texte

**Lituanie :** 2 textes

**Malte :** 2 textes

**Pologne :** 9 textes

**République tchèque :** 1 texte

**Roumanie :** l'Etat Membre estime les mesures nationales d'exécution non nécessaires.

**Slovaquie :** 9 textes

**Slovénie :** 7 textes

### **2.7.3. Transposition de la directive 2003/88/CE.**

**5648** Beaucoup d'Etats Membres, soit n'ont vu aucune nécessité de mesures nationales d'exécution particulières pour la transposition de la directive 2003/88/CE, estimant que leur législation était déjà conforme, (tous sont des anciens Etats Membres), soit n'ont pris que des mesures d'adaptation. Quelques Etats Membres ont fourni des tables de concordance ou des références de conformité.

Ceci montre bien que l'harmonisation des législations nationales avance.

Le détail des textes promulgués par les différents Etats Membres est donné en annexe 5 - 4, Mesures Nationales d'Exécution - Directives Temps de Travail.

Le bilan de la transposition de la directive 2003/88/CE est le suivant :

**Allemagne :** MNE non nécessaires

**Autriche :** 33 nouveaux textes

**Belgique :** MNE non nécessaires.

**Bulgarie :** 4 textes

La transposition s'est faite dans le cadre de l'intégration de l'acquis communautaire et du traité d'adhésion. La date limite de transposition était le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

**Chypre :** 1 nouveau texte

**Danemark :** MNE non nécessaires.

**Espagne :** 1 nouveau texte

**Estonie :** 2 nouveaux textes

**Finlande :** 6 nouveaux textes

**France :** **Pas de référence disponible.**

**Grèce :** MNE non nécessaires.

**Hongrie :** 13 nouveaux textes

**Irlande :** MNE non nécessaires.

**Italie :** MNE non nécessaires.

**Lettonie :** 3 nouveaux textes

**Lituanie :** 4 nouveaux textes

**Luxembourg :** MNE non nécessaires.

**Malte :** 1 nouveau texte

**Pays Bas :** MNE non nécessaires.

**Pologne :** 6 nouveaux textes

**Portugal :** 2 nouveaux textes

**République tchèque :** tables de concordance

**Roumanie :** tables de concordance

Comme pour la Bulgarie, la transposition s'est faite dans le cadre de l'intégration de l'acquis communautaire et du traité d'adhésion. La date limite de transposition était le 1<sup>er</sup> janvier 2007.

**Royaume Uni :** MNE non nécessaires.

**Slovaquie :** 12 nouveaux textes

**Slovénie :** 12 nouveaux textes

**Suède :** 2 nouveaux textes

#### 2.7.4. Bilan global des modalités d'application dans les Etats Membres.

**5649** Ainsi qu'il a été vu, les différentes directives européennes relatives au temps de travail ont donné lieu à de très nombreuses mesures nationales d'exécution, MNE, dans les Etats Membres de l'Union, mesures législatives, réglementaires et administratives, mais aussi accords collectifs entre partenaires sociaux nationaux. En 2008 la Commission a lancé une opération d'analyse intégrale de la mise en œuvre des directives par l'ensemble des Etats Membres.<sup>207</sup> Cette analyse est fondée sur :

- les rapports nationaux fournis par les Etats Membres et intégrant le point de vue des partenaires sociaux au niveau national,
- les rapports établis par les partenaires sociaux au niveau européen,
- et les informations mises à la disposition de la Commission par d'autres sources, tels que les rapports d'experts indépendants.

- **Limitation du temps de travail.**

**5450** En application de la législation européenne, la durée moyenne hebdomadaire de travail, heures supplémentaires comprises, ne peut dépasser 48 heures. Sur ce point, la directive a, en général, été transposée de manière satisfaisante, de nombreux Etats Membres prescrivant des normes plus protectrices.

Toutefois quelques points durs demeurent :

- **Autriche**, une législation sectorielle prévoit la possibilité d'exiger des médecins qu'ils travaillent en moyenne 60 heures par semaine, sans consentement préalable de leur part.

---

<sup>207</sup> Voir document de la Commission référence COM(2010) 802 final du 21.12.2010.

- **France**, le manque de clarté des dispositions relatives à la durée de travail des médecins semble avoir généré une pratique où les médecins des hôpitaux publics, rien qu'en effectuant leur service normal, dépassent déjà la limite des 48 heures prévue par la directive.
- **Hongrie**, une durée de travail hebdomadaire moyenne allant de 60 à 72 heures, est tolérée moyennant un accord entre les parties concernées, dans le cadre des emplois comprenant des astreintes. On est néanmoins en droit de se demander si ce type de contrats s'inscrit bien dans le cadre de l' " opt-out " .
- dans plusieurs Etats Membres, l'application de règles relatives aux périodes de garde, à la formation des médecins, ou aux travailleurs du secteur public se révèle problématique sur le plan de la conformité à la durée maximale de temps de travail.

Les dispositions relatives aux périodes de référence sont, en règle générale, appliquées de manière satisfaisante dans les Etats Membres les, sachant que dans certains d'entre eux la législation nationale a été récemment modifiée en profondeur pour mieux respecter la directive. Pour autant, un certain nombre d'Etats Membres semblent ne s'être toujours pas mis en complète conformité avec la directive. Ainsi, la **Bulgarie** et l'**Allemagne** autorisent le calcul sur une période de référence de six mois pour toutes les activités. L'**Allemagne**, la **Hongrie**, la **Pologne** et l'**Espagne** autorisent l'extension de la période de référence à douze mois sans signature préalable d'une convention collective.

- **Temps de garde.**

**5651** Le principe du temps de garde s'applique à la fois aux périodes durant lesquelles le travailleur effectue un travail en réponse à une sollicitation, période dite " active " du temps de garde, et aux périodes durant lesquelles il lui est permis de se reposer dans l'attente d'une sollicitation, période " inactive " du temps de garde, à condition qu'il ne quitte pas son lieu de travail.

L'analyse a montré qu'un certain nombre d'Etats Membres, à savoir la **République tchèque**, la **France**, l'**Allemagne**, la **Hongrie**, les **Pays-Bas**, la **Pologne** (dans certains secteurs), la **Slovaquie** et le **Royaume-Uni**, ont considérablement modifié leur réglementation ou revu les pratiques en cours chez eux, afin de se rapprocher des exigences énoncées dans les décisions de la Cour de Justice.

Compte tenu des informations disponibles, il semble que les législations nationales de neuf Etats Membres prévoient que le temps de garde sur le lieu de travail soit entièrement assimilé à du temps de travail, à savoir celle de **Chypre**, de la **République tchèque**, d'**Estonie**, d'**Italie**, de **Lettonie**, de **Lituanie**, de **Malte**, des **Pays-Bas** et du **Royaume-Uni**.

Il s'agit également, à quelques exceptions près touchant certains secteurs, de la position générale adoptée en **Autriche** et en **Hongrie**. En outre, les codes du travail **espagnol** et **slovaque** prévoient que le temps de garde sur le lieu de travail est entièrement considéré comme du temps de travail en ce qui concerne le secteur privé (mais pas uniformément dans le secteur public). On ajoutera que le temps de garde effectué sur le lieu de travail dans le cadre spécifique du secteur de la santé publique est désormais entièrement assimilé à du temps de travail en **France**, en **Pologne**, en **Slovaquie** et en **Espagne**.

Il n'en reste pas moins que **dans un nombre significatif d'Etats Membres, les services de garde effectués sur le lieu de travail continuent de ne pas être considérés comme du temps de travail à part entière**, ce que requièrent pourtant les décisions de la Cour :

- il n'existe aucune exigence légale ou pratique consistant à assimiler les périodes "actives" du temps de garde à du temps de travail en **Irlande** (en règle générale), pas plus qu'en **Grèce** (médecins des services de santé publique),
- en règle générale, ni la législation nationale en vigueur au **Danemark**, en **Grèce** et en **Irlande**, ni les conventions collectives s'appliquant dans ces Etats ne prévoient que les périodes "inactives" de temps de garde soient intégralement comptabilisées dans le temps de travail. Il en va de même en **Pologne** (sauf dans certains secteurs spécifiques). En **Grèce** (médecins du secteur public), en **Slovénie** (forces armées, police, administration pénitentiaire, juges, procureurs), et en **Espagne** (Guardia Civil), elles ne sont que partiellement comptabilisées dans le temps de travail en vertu de réglementations spécifiques sectorielles,
- les réglementations nationales **belge, finlandaise et suédoise** assimilent en principe les périodes "inactives" de temps de garde à du temps de travail, mais permettent qu'il soit dérogé à cette règle moyennant la signature de conventions collectives rarement conformes aux décisions de la Cour. En **France**, il est monnaie courante que les conventions collectives sectorielles prévoient des "équivalences", autrement dit, les périodes inactives du temps de garde sur le lieu de travail ne sont que partiellement comptabilisées. Les autorités françaises ont invité les partenaires sociaux à revoir leurs conventions, mais on ne peut affirmer avec certitude que toutes se trouvent désormais en complète conformité.
- la question de la conformité quant au temps de garde demeure problématique en **Bulgarie** et en **Roumanie** (en général), en **Slovénie** (secteurs autres que les segments du service public déjà mentionnés plus haut), ainsi qu'en **Espagne** (service public, police, pompiers).

- **Repos compensateur.**

**5652** Le socle d'exigences établi par la directive en matière de périodes minimales de repos journalier et hebdomadaire et de temps de pause durant la journée de travail, a été, en règle générale, transposé de manière satisfaisante par les Etats Membres.

Les principales difficultés résident davantage dans l'usage qui est fait des dispositions dérogatoires autorisant le report ou la réduction du temps de repos minimal. Dans plusieurs Etats Membres, les dérogations mises en place vont bien au-delà de ce qu'autorise cette réglementation. Les principaux problèmes sont au nombre de trois :

- **exclusion de certains travailleurs du bénéfice du droit à des périodes de repos** : il s'agit là d'un problème propre à certains secteurs spécifiques en **Belgique** (internats, forces armées), en **Grèce** (médecins du secteur public) ainsi qu'en **Hongrie** (travailleurs saisonniers, écoles publiques, forces armées). Le problème touche plus généralement un certain type de travailleurs en **Autriche** (y compris les employés des établissements de santé et des structures d'accueil) ainsi qu'en **Lettonie**.

- **autorisation de dérogations qui font l'impasse sur l'octroi de périodes équivalentes de repos compensateur** : la **Belgique**, la **Bulgarie**, l'**Estonie**, la **Hongrie** et la **Lettonie** autorisent toutes de telles dérogations dans une série de secteurs ou d'activités correspondant à des définitions très larges. L'**Allemagne**, uniquement moyennant une convention collective, et la **Roumanie** les autorisent pour les services de garde et de santé. Au **Portugal**, c'est l'ensemble du secteur public qui est concerné.
  - **retards dans l'octroi du repos compensateur** : neuf Etats Membres semblent ne pas avoir instauré de norme générale juridiquement contraignante concernant la programmation du repos compensateur, à savoir l'**Autriche**, pour ce qui est du repos hebdomadaire, **Chypre**, le **Danemark**, la **France**, la **Grèce**, l'**Irlande**, l'**Italie**, le **Luxembourg** et **Malte**. En **Belgique**, en **Allemagne** et en **Lettonie**, les normes juridiquement contraignantes font défaut dans des secteurs importants ou dans des situations cruciales. En **Autriche** (pour ce qui est du repos journalier), en **Belgique** (secteur public), au **Danemark** (dans le cadre de certaines conventions collectives), en **Finlande**, en **Hongrie**, en **Pologne** (pour certains secteurs), au **Portugal** (secteur public), en **Slovaquie**, en **Slovénie**, en **Espagne**, le repos compensateur doit intervenir dans une période déterminée, mais susceptible de dépasser le délai prescrit par l'arrêt Jaeger.
- **Médecins en formation.**

**5653** L'introduction d'une norme européenne a indéniablement conduit à des améliorations considérables pour les médecins en formation dans le domaine de la protection de la santé et de la sécurité puisque dans un certain nombre d'Etats Membres aucune période minimale de repos ni aucune limitation du temps de travail ne s'appliquaient jusqu'alors pour les médecins en formation. Pour autant, la situation n'est toujours pas satisfaisante.

Ainsi, la **Grèce** n'a pas transposé les dispositions relatives à ce groupe de travailleurs. Les médecins en formation sont par conséquent susceptibles de se voir imposer de ne pas prendre les périodes de repos minimales et de travailler un nombre d'heures tout à fait excessif (entre 66 et 80 heures par semaine en moyenne).

En **Irlande**, les lois qui transposent la directive ne sont pas appliquées, de sorte qu'un nombre considérable de médecins en formation continuent de travailler plus de 60 heures par semaine en moyenne, sachant que certains accomplissent jusqu'à 90 heures de travail en l'espace d'une semaine, sans pouvoir prendre leurs heures de repos journalier minimal.

La **Belgique** n'avait pas transposé les dispositions de la directive relatives aux médecins en formation, susceptibles de travailler jusqu'à 79 heures par semaine en moyenne, mais elle est en train de légiférer en ce sens.<sup>208</sup>

En **France**, la réglementation nationale relative aux médecins en formation ne semble toujours pas imposer de plafond en termes de temps de travail.

---

<sup>208</sup> L'acte législatif a du entrer en vigueur début 2011.

- **Travailleurs du secteur public.**

**5654** Le champ d'application de la directive s'étend au secteur public. Elle prévoit une exception limitée pour certaines activités du service public telles que les forces armées, la police, ou certaines activités couvrant des services de protection civile. En règle générale, les Etats membres ont transposé la directive pour le secteur public, sachant néanmoins que plusieurs d'entre eux ont omis de le faire pour certains groupes de travailleurs.

Ainsi, **Chypre**, **l'Irlande** ou encore **l'Italie** n'ont pas transposé la directive en ce qui concerne les forces armées et la police. En **Espagne**, la transposition ne couvre pas les forces de police (Guardia Civil), pas plus qu'elle ne concerne, semble-t-il, la plupart des autres travailleurs du secteur public, notamment les services de protection civile. En **Italie**, ce sont les services d'urgence qui ont été écartés lors de la transposition de la directive, tandis que l'octroi de dérogations relatives au temps de travail des médecins des services de santé publique, au personnel des tribunaux et des institutions pénitentiaires ainsi que l'exclusion d'employés des bibliothèques, des musées et des sites archéologiques d'Etat du bénéfice des droits en la matière, semblent aller bien au-delà de ce que permet la directive. En **Grèce**, les dispositions de la directive concernant les médecins travaillant dans le secteur public n'ont pas été transposées.

- **Travailleurs employés au titre de plus d'un contrat de travail.**

**5655** La directive ne prévoit pas expressément les modalités selon lesquelles il convient de limiter le temps de travail dans le cas d'un travailleur employé simultanément dans le cadre de deux relations de travail ou plus.

Sur ce point, la pratique varie considérablement d'un Etat Membre à l'autre. Si quatorze Etats Membres appliquent la directive selon le premier de ces principes, onze autres lui ont préféré le second, à savoir la **République tchèque**, le **Danemark**, la **Hongrie**, la **Lettonie**, **Malte**, la **Pologne**, le **Portugal**, la **Roumanie**, la **Slovaquie**, **l'Espagne** et la **Suède**. La **Belgique** et la **Finlande** ont adopté pour leur part une position intermédiaire.

La Commission a d'ores et déjà indiqué que la directive devait autant que possible être appliquée selon la méthode de comptabilisation des heures par travailleur.

- **“ opt-out ” ou clause individuelle de renonciation.**

**5656** La situation en ce qui concerne l'utilisation de l' " opt-out ", a considérablement changé ces dernières années. En 2000, le Royaume-Uni était le seul Etat membre à utiliser l' " opt-out ". Seize Etats Membres utilisent aujourd'hui cette faculté, l'un d'entre eux légiférant actuellement pour l'introduire.

Onze Etat Membres indiquent qu'ils n'ont pas permis l'utilisation de l' " opt-out " dans les dispositions qu'ils ont adoptées pour transposer la législation communautaire en droit interne. Il s'agit de **l'Autriche**, du **Danemark**, de la **Finlande**, de la **Grèce**, de **l'Irlande**, de **l'Italie**, de la **Lituanie**, du **Luxembourg**, du **Portugal**, de la **Roumanie** et de la **Suède**.

Il importe de noter que, d'un Etat à l'autre, les modalités d'utilisation de l' " opt-out " diffèrent considérablement :

- cinq Etats Membres, la **Bulgarie**, **Chypre**, l'**Estonie**, **Malte** et le **Royaume-Uni**, permettent son utilisation, quel que soit le secteur,
- onze Etats Membres, la **Belgique**, la **République tchèque**, la **France**,<sup>209</sup> l'**Allemagne**, la **Hongrie**, la **Lettonie**, les **Pays-Bas**, la **Pologne**, la **Slovaquie**, la **Slovénie** et l'**Espagne**, permettent (ou sont en train d'introduire) une utilisation plus restreinte de l' " opt-out ", limitée à des secteurs particuliers ou à des emplois qui comportent des périodes de garde fréquentes.

Les conditions de protection liées à l' " opt-out " diffèrent également fortement. Par exemple, certains Etats Membres fixent des limites pour la durée hebdomadaire de travail moyenne des travailleurs visés par l' " opt-out " (qui va de 51 heures en Espagne, à 72 heures, y compris les périodes de garde, en Hongrie), tandis que sept Etats Membres ne prévoient aucune limite explicite pour cette catégorie de travailleurs. Deux Etats Membres, l'Allemagne et les Pays-Bas, exigent une convention collective, ainsi que le consentement du travailleur concerné pour que l' " opt-out " soit valide. Seuls trois Etats Membres, l'Allemagne, la Lettonie et Malte, mentionnent clairement l'obligation faite à l'employeur d'enregistrer les heures de travail des travailleurs visés par l' " opt-out " , et seuls deux Etats Membres, la République tchèque et la Slovaquie, mentionnent l'obligation faite à l'employeur d'informer les services d'Inspection du Travail de l'utilisation de l' " opt-out " , le cas échéant. De plus, l'Allemagne exige des mesures spécifiques pour tenir compte de la santé et de la sécurité, et les Pays-Bas obligent les partenaires sociaux à examiner préalablement s'il est possible d'éviter la nécessité de recourir à l' " opt-out " en organisant le travail différemment.

L' " opt-out " a été introduit très récemment dans un grand nombre d'Etats Membres. Cependant, la Commission n'est pas en mesure d'évaluer pleinement son fonctionnement concret, étant donné que les rapports des Etats Membres ne contiennent pas suffisamment d'informations sur le nombre d'heures de travail réellement effectuées par les travailleurs concernés par l' " opt-out " ni pendant quelles périodes ces heures ont été effectuées. Il semble que la plupart des Etats Membres ne prévoient aucun suivi ni enregistrement du temps de travail des travailleurs concernés par l' " opt-out ". Cette situation prive les Etats Membres, qui sont les principaux responsables de l'application de la législation de l'Union, ainsi que la Commission, en sa qualité de gardienne des traités, des informations essentielles requises pour examiner dans quelle mesure les travailleurs concernés par l' " opt-out " peuvent être exposés aux risques induits par des temps de travail excessifs.

Cette introduction de l' " opt-out " dans les législations nationales de certains Etats Membres depuis l'année 2000 répond sans doute, entre autres, à un besoin de faire face à leurs difficultés actuelles en matière de temps de garde et de repos compensateur dans les services fonctionnant 24 heures sur 24.

---

<sup>209</sup> Les mesures législatives relatives à l' " opt-out " introduite par la France dans sa législation nationale à travers la Loi du 20 août 2008 sont, au final, plus larges que celles initialement prévues.

Mais il y a également lieu de craindre que, dans certains Etats Membres, les objectifs en matière de santé et de sécurité fixés dans la directive ne soient pas respectés, et que l'exigence selon laquelle le travailleur doit consentir librement à l' " opt-out " au préalable ne soit pas correctement appliquée.

- **Congés annuels.**

**5657** En général, il semble que le droit au congé annuel payé prévu par la législation européenne soit transposé de manière satisfaisante. Les principaux problèmes ont trait aux périodes d'attente et à l'épuisement du droit au congé annuel payé.

- **Travail de nuit.**

**5658** Dans l'ensemble, les dispositions relatives au travail de nuit ont été transposées de manière satisfaisante. Les principales lacunes en matière de transposition qui avaient été signalées dans le dernier rapport de la Commission sur la mise en œuvre de la directive 2003/88/CE ont été comblées. Cependant, en **Hongrie**, la limitation du travail de nuit ne semble pas avoir été transposée. Il semble que la limite particulière de la durée du travail en ce qui concerne le travail de nuit particulièrement dangereux ou générant des tensions physiques ou mentales particulièrement importantes ne soit pas entièrement transposée en **Estonie** et qu'elle ne soit pas du tout transposée en **Italie** tandis qu'en **Espagne** cette limite peut être dépassée. De plus, en **Estonie**, en **Lettonie**, en **Roumanie**, en **Irlande** et en **Italie**, ce type de travail ne semble pas clairement défini, ce qui risque de rendre toute limite inefficace.



## 2.8. Déclinaison des directives temps de travail en droit français.

### 2.8.1. Etat des lieux français avant les directives européennes.

5659 Avant l'adoption des différentes directives européennes sur le temps de travail, la France était déjà dotée d'un ensemble législatif et réglementaire complet.

- **Durée du travail.**

La journée de 8 heures est une vieille revendication ouvrière. Elle a été portée par la CGT depuis son congrès de 1904 ainsi que par de nombreux députés socialistes, qui ont déposé plusieurs propositions de Loi à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et au début du XX<sup>ème</sup>. Mais aucun de ces projets n'aboutit, ils se sont heurtés en effet à l'intransigeance des différents Présidents du Conseil. Ce n'est qu'après la première guerre mondiale que la revendication aboutira avec la Loi du 23 avril 1919.<sup>210</sup>

Cette Loi revêt une portée générale, elle s'applique aux salariés hommes et femmes. Elle énonce le principe de la **journée de 8 heures** et de la **semaine de 48 heures**, et consacre ainsi l'expression des " trois 8 " : 8 heures de travail, 8 heures de loisirs, 8 heures de sommeil pour l'ouvrier. L'ouvrier peut aménager son temps de travail de façon à bénéficier d'une journée et demie de repos : c'est ce qu'on appelle la " semaine anglaise ".

La Loi précise en outre que la diminution du temps de travail n'implique pas une diminution de salaire. Elle prévoit également des dérogations à la journée de 8 heures lorsque certaines circonstances propres à l'activité en question le justifient.

En juin 1936, le Front populaire viendra compléter le dispositif par le vote de la Loi du 21 juin 1936 qui consacre la mise en place de la **semaine de 40 heures**.<sup>211</sup>

- **Congé Payé.**

Cette même Loi du 21 juin 1936 viendra également poser le principe d'un congé annuel payé dans l'industrie, le commerce, les professions libérales, les services domestiques et l'agriculture.

Leur durée, fixée à deux semaines en 1936, va passer à 3 en 1956, puis à 4 en 1968 et enfin à 5 semaines en 1982.

---

<sup>210</sup> Pour faire passer cette Loi, la CGT et les socialistes avaient déjà présenté cette mesure comme efficace sur le plan économique, car permettant de partager le travail et d'enrayer la montée prévisible du chômage.

<sup>211</sup> Malgré cette durée légale de 40 heures par semaine, les durées effectives moyennes du travail en France continueront d'osciller entre 45 et 46 heures hebdomadaires.

- **Mesures complémentaires.**

Le dispositif législatif et réglementaire français va se voir complété par tout un ensemble de mesures spécifiques, interdiction du travail des enfants dès 1841, interdiction du travail de nuit des femmes, Loi du 2 novembre 1892, <sup>212</sup> dispositions relatives à certaines professions pénibles, comme par exemple dans les chemins de fer.

Enfin, autre élément très important du dispositif français, le principe de responsabilité de l'employeur en matière de protection de l'hygiène et de la santé des salariés, principe assorti d'obligation de résultats.

### 2.8.2. Les mesures françaises de transposition.

- **Transposition de la directive 89/391/CE.**

**5660** La France avait jusqu'au 31 décembre 1992 pour transposer la directive 89/391/CE. Elle l'a fait principalement à travers la Loi n° 91-1414 du 31/12/1991 modifiant le Code du Travail et le code de la santé publique en vue de favoriser la prévention des risques professionnels et portant transposition des directives européennes relatives à la santé et à la sécurité du travail.

Un certain nombre de mesures complémentaires complètent le dispositif :

- Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, article 33, Loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures,
- Décret n° 92-333 du 31 mars 1992 modifiant le Code du Travail (2<sup>ème</sup> partie, décrets en Conseil d'Etat) relatif aux dispositions concernant la sécurité et la santé applicables aux lieux de travail que doivent observer les chefs d'établissements,
- Loi n° 97-1051 du 18 novembre 1997 d'orientation sur la pêche maritime et les cultures marines,
- Décret n° 98-588 JORF du 11 juillet 1998
- Ordonnance n° 2001-175 du 22 février 2001 relative à la transposition de la directive 89/391/CEE du Conseil,
- Loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 ; article 193,
- Décret n° 2001/1016 du 5 novembre 2001 portant création d'un document relatif à l'évaluation des risques pour la santé et la sécurité des travailleurs, prévue par l'article L.230-2 du Code du Travail et modifiant le dit code,
- Décret n° 82-453 du 28 mai 1982 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail, ainsi qu'à la prévention médicale dans la fonction publique, modifié par le décret 84-1029 du 23 novembre 1984, par le décret 95-680 du 9/05/1995 et par le décret 2001-232 du 12 mars 2001,

---

<sup>212</sup> Cette interdiction sera levée par la Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 guidée par la nécessité de se mettre en conformité avec la directive européenne assurant l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

- Arrêté du 3 mai 2002 relatif à la formation préalable à la prise de fonction et à la formation continue des agents chargés de la mise en œuvre des règles d'hygiène et de sécurité dans la fonction publique territoriale
- Décret 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale,
- Décret 2000-542 du 16 juin 2000 modifiant le décret 85-603 du 10 juin 1985 relatif à l'hygiène et à la sécurité du travail ainsi qu'à la médecine professionnelle et préventive dans la fonction publique territoriale,
- Arrêté du 15 mars 2001 portant détermination des missions de sécurité des personnes et des biens incompatibles avec l'exercice du droit de retrait dans la fonction publique territoriale,
- Arrêté du 26 décembre 1995 relatif à la création d'une structure fonctionnelle en matière de sécurité et de santé au travail dans les mines,
- Arrêté du 10 avril 1972 relatif aux séances d'information professionnelle des délégués mineurs,
- Arrêté du 24 décembre 2003 relatif à la mise en œuvre de l'obligation de pluridisciplinarité dans les services de santé au travail,
- Décret n° 2004-760 du 28 juillet 2004 relatif à la réforme de la médecine du travail et modifiant le Code du Travail,
- Décret n° 2007-1288 du 29 août 2007 modifiant le décret n° 80-331 du 7 mai 1980i instituant le règlement général des industries extractives,
- Décret n° 2009-289 du 13 mars 2009 rectifiant certaines dispositions du Code du Travail (partie réglementaire),
- Loi n° 2008-67 du 21 janvier 2008 ratifiant l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative),
- Décret n° 2008-1347 du 17 décembre 2008 relatif à l'information et à la formation des travailleurs sur les risques pour leur santé et leur sécurité,
- Décret n° 92-158 du 20/02/1992 complétant le Code du Travail (2<sup>ème</sup> partie : décrets en Conseil d'Etat) et fixant les prescriptions particulières d'hygiène et de sécurité applicables aux travaux effectués dans un établissement par une entreprise extérieur

Malgré toutes ces mesures spécifiques, la France se verra condamnée par la Cour de Justice sur une requête en manquement d'Etat formulée par la Commission pour transposition non conforme, en particulier à la suite de dérogations relatives à la SNCF et à la RATP figurant dans la législation française, cf. **arrêt " Commission c/ France "**, du 5 juin 2008, **affaire C-226/06**.

- **Transposition de la directive 93/104/CE.**

**5661** De nouveau la France a dû adapter son dispositif législatif et réglementaire pour accueillir la directive 93/104/CE. Elle avait jusqu'au 23 novembre 1996 pour le faire, date limite de transposition.

Différentes mesures sont donc venues compléter le dispositif français :

- Décret n° 2002/1422 du 06/12/2002 modifiant le décret n° 85/384 du 24/03/1985 portant statut des praticiens exerçant leur activité à temps partiel dans les établissements d'hospitalisation publics,
- Décret n° 2002/1423 du 06/12/2002 modifiant le décret n° 87/788 du 28/09/1987 relatif aux assistants des hôpitaux,
- Décret n° 2002/1425 du 06/12/2002 modifiant le décret n° 95/569 du 06/05/1995 relatif aux médecins et pharmaciens recrutés par les établissements de santé privés participant au service public hospitalier et l'Etablissement français du sang,
- Protocole d'accord relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail des médecins hospitaliers, signé le 22/10/2001 entre le gouvernement et les praticiens hospitaliers,
- Décret n° 2002/1421 du 06/12/2002 modifiant le décret n° 84/131 du 24/02/1984 portant statut des praticiens hospitaliers,
- Loi 2001-397 du 9 mai 2001 sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes,
- Décret 2000-815 du 25/08/2000 relatif à l'aménagement et à la réduction du temps de travail dans la fonction publique de l'Etat,
- Décret 2000-86 du 31/01/2000 fixant les conditions d'application de l'article 997-2 du code rural relatif au repos,
- Décret n° 2002/1424 du 06/12/2002 modifiant le décret n° 93/701 du 27/03/1993 relatif aux praticiens contractuels dans les établissements publics de santé,

Ainsi qu'il est possible de le remarquer, ces mesures concernent principalement le secteur de la médecine hospitalière.

- **Directive 2000/34/CE.**

**5662** La date limite de transposition était fixée au 1<sup>er</sup> août 2003. La France a pris différentes mesures, pratiquement toutes dans le domaine des transports pour mettre sa législation en conformité :

- Décret n° 2006-408 du 6 avril 2006 modifiant le décret n° 2003-1242 du 22 décembre 2003 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier de personnes.
- Décret n° 2006-516 du 5 mai 2006 relatif à la durée du travail du personnel de la Régie autonome des transports parisiens.
- Décret n° 1242 du 22/12/2003 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier de personnes.
- Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale
- Loi n° 2004-237 du 18 mars 2004 portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnance, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire, en particulier son article 7,

- Ordonnance n° 2004-691 du 12 juillet 2004 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine des transports
  - Décret n° 2006-5 du 4 janvier 2006 modifiant le décret n° 1999-1161 du 29 décembre 1999 relatif à la durée du travail du personnel de la SNCF.
  - Arrêté du 31 janvier 2007 relatif à la durée du travail du personnel des entreprises exploitant des voies ferrées d'intérêt local
  - Décret no 2007-353 du 17 mars 2007 relatif à la durée quotidienne du travail des travailleurs de nuit et au repos hebdomadaire applicables à certains salariés du secteur des transports et modifiant le code du travail
  - Décret n° 2007-13 du 4 janvier 2007 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier de marchandises
  - Décret n° 2007-14 du 4 janvier 2007 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport par voie de navigation intérieure
  - Décret no 2006-925 du 19 juillet 2006 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport public urbain de voyageurs
  - Décret no 2006-1336 du 3 novembre 2006 relatif à la durée du travail du personnel des entreprises assurant l'exploitation des places couchées dans les trains
- **Directive 2003/88/CE.**

La France n'a pas encore fourni de références quant à la transposition de cette directive.

### 2.8.3. Les risques d'infraction de la France.

- **Des métiers encore exclus.**

**5663** Malgré les efforts effectués, le rapport sur la mise en œuvre de la directive 2003/88/CE montre que la France n'est pas totalement en ligne avec la législation européenne. Elle court ainsi des risques d'infraction dans plusieurs professions :

- internes en médecine et praticiens hospitaliers,
- sapeurs-pompiers, professionnels et volontaires,
- officiers de police.

A la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice, **arrêt " Personalrat der Feuerwehr Hamburg "**, du 14 juillet 2005, **affaire C-52/04**, il apparaît comme quasi sûr que ces activités rentrent également dans le champ d'application de la directive 2003/88/CE.

A de nombreuses reprises, la Fédération française des sapeurs-pompiers a exprimé son inquiétude sur le fait que les pompiers soient considérés comme des " travailleurs " au sens européen du terme et rentrent ainsi dans le champ d'application de la directive de 2003. En effet dans son **arrêt " Union syndicale Solidaires Isère c/ Premier ministre, Ministère du Travail, des Relations sociales, de la Famille, de la Solidarité et de la Ville, Ministère de la Santé et des Sports "**, du 14 octobre 2010, **affaire C-428/09**, la Cour a précisé que la notion de " travailleur " devait être apprécié de manière autonome pour l'application de la directive

2003/88/CE, indépendamment de la qualification attribuée par les Etats Membres. La conséquence pourrait en être la remise en cause du statut des pompiers volontaire en France.

- **Le Repos compensateur.**

Autre sujet sur lequel la France pourrait se faire accrocher, le repos compensateur.<sup>213</sup> La question du délai ouvert avant la prise d'un repos compensateur en cas de dépassement des limites quotidiennes et hebdomadaires de travail, prévu par la directive, ne se retrouve pas en droit français, alors que la Cour de Justice a posé cette exigence.

- **La notion de “ cadre dirigeant ”.**

La directive 2003/88/CE vise les “ cadres dirigeants ou autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome ”.<sup>214</sup> Elle invite les Etats Membres à ne pas prévoir des dérogations absolues, mais à examiner les situations de manière individuelle. La Commission a d'ailleurs fait connaître son intention de clarifier l'étendue rationae personae de cette dérogation.

A travers la notion de “ travailleur autonome ” est visée tout particulièrement la notion de cadre en droit français. Nous savons que la définition de cette notion de cadre varie de manière importante dans les différents Etats Membres.<sup>215</sup>

Pourraient être impactés en France les définitions des forfaits tout horaires et des forfaits jours qui, pour l'instant échappent encore aux règles d'encadrement du temps de travail mises en place par la directive de 2003. A noter que dans de récents arrêts très remarquables, la Cour de Cassation a commencé de saisir de la problématique posée par les forfaits jours.<sup>216</sup>

---

<sup>213</sup> Directive 2003/88/CE, article 17, point 2.

<sup>214</sup> Directive 2003/88/CE, article 17, point 1, alinéa a).

<sup>215</sup> Pour une approche plus détaillée par Etats, consulter l'enquête réalisée par Eurofound en 2010, *Comparative Analysis of Working Time in the European Union*. En résumé, il est possible de distinguer au sein de l'Union trois groupes d'Etats :

- les pays du nord, où 60 % des salariés déclarent être en mesure de contrôler leur temps de travail,
- les pays continentaux, plus Irlande et Royaume Uni, où ils ne sont plus que 40 %,
- les pays méditerranéens et l'Europe de l'est pour lesquels le pourcentage tombe à 25%.

<sup>216</sup> Voir infra, le paragraphe consacré au “ reste à faire ” de la France.

#### 2.8.4. Affaire C-46/99, la condamnation de la France par la Cour de Justice.

- **Les faits.**

5664

L'affaire concerne la transposition de la directive 93/104/CE en droit français. Ainsi qu'il a été dit plus haut, la France avait jusqu'au 23 novembre 1996 pour effectuer cette transposition et faire connaître à la Commission, gardienne des traités, les mesures prises.

La France ne s'est pas conformée à ses obligations. Sollicitée par la Commission, le représentant permanent de la France auprès de l'Union Européenne a fait savoir, par une lettre du 13 mars 1997 à la Commission, que la plupart des dispositions contenues dans la directive figuraient déjà dans la législation française en vigueur, bien que la directive n'ait pas encore été intégralement transposée, en particulier pour ce qui concerne la réglementation relative à la période de repos hebdomadaire.

Par lettre du 30 mai 1997, et conformément à l'article 169 du traité CE, devenu article 226 CE, la Commission a mis le gouvernement français en demeure de présenter ses observations en ce qui concerne la violation présumée de l'obligation qui lui incombe de transposer les dispositions de la directive dans son droit interne.

Cette lettre étant restée sans réponse officielle, la Commission a adressé, le 20 janvier 1998, un avis motivé au gouvernement français. Par lettre du 13 mars 1998, les autorités françaises ont fait savoir à la Commission que la transposition complète de la directive dans l'ordre juridique interne était encore en cours.

En conséquence, la Commission a formé un recours en manquement d'Etat, qui est parvenu au greffe de la Cour le 16 février 1999, lequel m'a été enregistré sous le numéro **C-46/99**.

- **Conclusions de l'Avocat Général.**

Attrait devant la Cour de Justice, le gouvernement français a déposé un mémoire en défense, dans lequel il ne conteste pas qu'il lui faille encore transposer les dispositions de la directive concernant la **période de repos hebdomadaire** et la **durée du travail de nuit**. Il assure cependant que les projets de Loi correspondants sont en préparation et seront communiqués à la Cour et la Commission dès que possible. Il fait valoir également que les autres dispositions de la directive ont déjà été dûment transposées en droit français.

Dans ses conclusions, présentées le 22 février 2000, l'Avocat Général, M. Siegbert Alber, relève qu'au vu de l'ensemble des éléments qui précèdent le manquement d'Etat que la Commission reproche à la République française est manifestement constitué.<sup>217</sup>

L'Avocat Général propose en conséquence de faire droit au recours de la Commission et de statuer comme suit :

---

<sup>217</sup> Affaire C-46/99, conclusions de l'Avocat Général du 22 février 2000, point 9.

*“ En ne prenant pas, dans le délai prescrit, toutes les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer pleinement à la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l’aménagement du temps de travail, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CE et de ladite directive. ”*<sup>218</sup>

- **L’arrêt du 08 juin 2000.**

La Cour s’est réunie en audience le 22 février 2000 pour entendre les parties. Elle a constaté que :

- par requête déposée au greffe de la Cour le 16 février 1999, la Commission a introduit, en vertu de l’article 169 du traité CE (devenu article 226 CE), un recours visant à faire constater que, en ne prenant pas et, subsidiairement, en ne lui communiquant pas, dans le délai prescrit, les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer pleinement à la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l’aménagement du temps de travail, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité CE et de ladite directive,<sup>219</sup>
- la République française, tout en réitérant son argumentation selon laquelle la législation nationale relative à la durée du travail, au repos hebdomadaire et aux congés payés est déjà conforme aux dispositions correspondantes de la directive, ne conteste pas le manquement reproché puisqu’elle admet que les dispositions relatives au travail de nuit (section III de la directive) et au repos hebdomadaire de 24 heures, auquel doit s’ajouter le repos journalier de 11 heures, doivent encore être transposées en droit français,
- il résulte de ce qui précède que, la transposition complète de la directive n’ayant pas été réalisée dans le délai prescrit par celle-ci, il y a lieu de considérer comme fondé le recours introduit par la Commission,<sup>220</sup>

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

---

<sup>218</sup> Affaire C-46/99, conclusions de l’Avocat Général du 22 février 2000, point 11.

<sup>219</sup> Affaire C-46/99, arrêt du 8 juin 2000, point 1.

<sup>220</sup> Affaire C-46/99, arrêt du 8 juin 2000, points 10 et 11.

### 2.8.5. L' " opt out ", clause individuelle de renonciation, vu par la France.

**5665** Les dispositions des directives européennes sur le temps de travail rendent conforme au droit européen la pratique de l' " opt out " utilisée par le seul Royaume Uni jusqu'en 2000. Ainsi qu'il a été dit plus haut, 15 Etats Membres l'ont depuis introduit sous différentes formes dans leur législation nationale.

La France a procédé à cette introduction avec le Titre II de la Loi n° 2008-789 du 20 août 2008. L'article 19 de la Loi introduit dans le Code du Travail un ensemble d'articles relatifs aux conventions de forfait, articles L. 3121-38 à L. 3121-48.

Les dispositions retenues par la France prévoient différents types de mesure du temps de travail :

- une mesure horaire, par semaine ou par mois,
- des conventions de forfait horaire, hebdomadaires, mensuelles ou annualisées,
- des conventions de forfait en jours sur l'année, <sup>221</sup> assorties d'une possibilité individuelle de dépassement, **version française de l' " opt out "**, introduite par la Loi du 20 août 2008

L'ensemble de ces dispositions est soumis à des restrictions pour être mises en place :

- l'existence d'une convention ou accord collectif d'entreprise ou d'établissement, ou à défaut accord de branche,
- une détermination par décret en l'absence d'accord,
- un contrôle de modalités de mise en place par le Comité d'Entreprise ou, à défaut, les Délégués du Personnel,
- l'obligation de fixer par la négociation collective le plafond de dépassement individuel pour les forfaits jours, et à défaut, le respect d'un plafond maximum de 235 jours/an,
- l'obligation du respect des temps de repos, même en cas de dépassement individuel du plafond en jours sur l'année.

### 2.8.6. Le " reste à faire " de la France.

**5666** Les dispositions prises par la France en matière de temps de travail correspondent aujourd'hui à la législation européenne. Dans les faits un point demeure problématique quant à son application pratique : le forfait en jours. Il voyait en effet sa légitimité fortement

---

<sup>221</sup> C'est un régime qui a été créé par la loi Aubry II sur les 35 heures, Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000. Il s'applique aux cadres autonomes dans l'organisation de leur emploi du temps et aux salariés dont la durée du travail ne peut être prédéterminée.

discutée depuis raison de sa condamnation partielle par le Comité Européen des Droits Sociaux.<sup>222</sup>

Par une décision du 23 juin 2010 ayant fait grand bruit, le CEDS, chargé de s'assurer du respect par les Etats parties des engagements contenus dans la Charte Européenne des Droits de l'Homme,<sup>223</sup> a en effet déclaré que la durée hebdomadaire de travail autorisée par le système français, qui peut s'élever à 78 h par semaine puisque seuls le repos quotidien de 11 h et le repos hebdomadaire de 24 h sont applicables, est excessive au regard de la " durée raisonnable " de travail exigée par l'article 2 § 1 de la Charte, et que les garanties juridiques offertes par le système de conventions collectives sont insuffisantes, la Loi ne leur imposant pas de prévoir une durée maximale de travail, journalière et hebdomadaire.

La Cour de Cassation aurait pu se saisir d'office de cette question avec le risque d'invalider le système du forfait-jours. Cela supposait néanmoins de reconnaître un effet direct à la Charte et l'applicabilité des engagements pris par les Etats parties dans les litiges entre particuliers, ce à quoi la jurisprudence du Conseil d'Etat est opposée.

Ceci a conduit la Cour de Cassation, dans son **arrêt du 29 juin 2011**, à rappeler que **le forfait jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires.**

---

<sup>222</sup> A quatre reprises, le Comité Européen des Droits Sociaux, CEDS, questionné par la CGT et la CFE-CGC, a jugé que la France violait la Charte européenne des droits sociaux. Pendant un moment le gouvernement ne s'en est guère inquiété. De fait la violation de la Charte, d'application obligatoire, n'est assortie d'aucune sanction en droit européen, et les décisions du CEDS n'ont pas la force juridique de celles de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

<sup>223</sup> A ne pas confondre avec la Charte des Droits Sociaux de l'UE aujourd'hui annexée au traité.

## 2.9. Problématique de révision.

### 2.9.1. Introduction, comment et pourquoi réviser.

**5667** La construction de l'Europe sociale est une opération de longue haleine. Les objectifs que s'est fixé l'Union sont ceux de l'économie la plus compétitive du monde, mais avec le plus haut niveau de protection sociale. La conciliation de ces deux paramètres n'est pas toujours simple. L'une des conséquences en est l'obligation pour l'Union Européenne de procéder régulièrement à la révision de sa législation.

Pour en comprendre les difficultés rencontrées, il faut se souvenir que, en matière sociale, la législation européenne a pour but l'harmonisation et le rapprochement des législations des Etats Membres. Très souvent cette harmonisation ne peut se faire que par étapes successives. L'Union commence par poser des normes très générales, aptes à recueillir un consensus auprès des Etats Membres, puis, par différentes étapes, précise sa position. Ce processus long et progressif de construction de la législation européenne fait que les révisions normatives peuvent donc trouver leurs origines dans plusieurs sources :

- étapes successives de construction du modèle social européen,
- évolutions des contextes économiques et / ou sociaux qui nécessitent des mises à jour des textes,
- nécessité d'harmoniser certains actes entre eux,
- besoin de codifier certains actes, malgré l'absence de principe de codification au niveau de la législation européenne, <sup>224</sup>
- nécessité d'incorporer à l'acte les jurisprudences de la Cour de Justice,
- volonté d'élargir la portée de l'acte et / ou de réduire les possibilités de dérogation qu'il comporte.

Les exemples sont nombreux d'actes qui ont ainsi évolué au fil du temps, règlements sur le libre circulation des travailleurs, règlements sur l'harmonisation des systèmes de Sécurité Sociale, directives sur la protection individuelle du travailleur, directives sur les licenciements collectifs, directives sur les transferts d'entreprise, etc.

Très souvent, les actes européens comportent d'ailleurs dans les dispositions qu'ils contiennent un processus de révision.

---

<sup>224</sup> Un projet d'élaboration de Code Civil Européen existe dans les cartons de la DG Justice de la Commission Européenne. L'un des objectifs pour les cinq prochaines années serait la transformation du droit européen des contrats en un code civil européen, projet qui, bien évidemment, se heurte à une opposition farouche des britanniques !

Rappelons que, comme pour tous les processus européens en matière sociale, le processus de révision d'une norme comporte des étapes bien précises :

- la Commission effectue des travaux amont et s'assure du soutien politique du Conseil,
- une fois ce point établi, la Commission lance une étude d'impact,
- à la lumière de cette étude, la commission procède à la première consultation des partenaires sociaux sur l'opportunité d'une révision,
- au vu du résultat, soit la Commission gèle le processus, soit elle prépare un projet, soit les partenaires sociaux se saisissent du problème,
- lorsque la Commission prépare le projet, elle consulte de nouveau les partenaires sociaux sur son projet, ces derniers ayant de nouveau la possibilité de s'en saisir,
- étape finale, le projet de la Commission est soumis au conseil pour adoption.

La lecture de ces étapes permet de mesurer la longueur du processus et montre que durant le processus tout un ensemble d'acteurs interviennent, chacun ayant une capacité plus ou moins grande à faire avancer le processus, mais aussi à le ralentir voire carrément à le bloquer. C'est dire que sans une volonté politique forte et l'opiniâtreté des acteurs, le processus peut durer longtemps.

A ces considérations que nous pourrions qualifier de " techniques ", viennent, dans le cas de la directive sur le temps de travail, s'en ajouter d'autres, de nature économique. En effet la notion de temps de travail impacte directement la compétitivité des entreprises européennes. En période de restrictions budgétaires il devient difficile d'alourdir, directement ou indirectement, les charges des entreprises. Nous avons là un second facteur qui pèse également très lourd sur le processus de révision.

### **2.9.2. Travaux préparatoires de la Commission.**

**5668** Parmi les différents travaux conduits par la Commission en matière de révision des directives sur le temps de travail certains présentent un intérêt particulier.

Le 7 juillet 2006, la Commission publie un premier rapport relatif à la mise en œuvre des dispositions de la directive 2003/88/CE pour les travailleurs concernés par le transport de voyageurs sur des services de transport urbain régulier, COM(2006) 371 final.

Ce rapport fait le point sur le déploiement de la directive, Etat par Etat, pour les travailleurs concernés. Il en ressort que le niveau de protection des travailleurs est généralement meilleur que les minima imposés par la directive. La commission note cependant quelques problèmes d'articulation entre le règlement n° 3820/85/CE, et les directives 2002/15/CE et 2003/88/CE.

La Commission conclue cependant à l'absence de nécessité de faire évoluer la législation communautaire relative aux conducteurs de lignes régulières de transports urbains.

Le 22 décembre 2006, la Commission publie un second rapport relatif cette fois au fonctionnement des dispositions de la directive 2003/88/CE applicables aux travailleurs offshore, COM(2006) 853 final.

La directive 2003/88/CE avait prévu que la Commission révisé, au plus tard le 1<sup>er</sup> août 2005, le fonctionnement des dispositions applicables aux travailleurs offshore sous l'aspect de la santé et de la sécurité afin de présenter au besoin les modifications appropriées.

Le rapport constate que, en ce qui concerne les travailleurs offshore, la plupart des Etats Membres ont mis en œuvre les dispositions sur le repos journalier, le temps de pause, le repos hebdomadaire, et le travail de nuit, malgré la possibilité de déroger de ces dispositions pour les travailleurs offshore. Le Royaume-Uni est le seul membre à avoir entièrement utilisé les possibilités des dérogations.

En outre, lorsque les Etats Membres ont fait appel à des conventions collectives afin de mettre en œuvre les dispositions de la directive, il ressort que ces conventions prévoient des régimes plus favorables que les prescriptions minimales de la directive.

Vu le fait que la majorité des Etats Membres estiment que les dispositions de la directive sont adéquates et que les partenaires sociaux ne se sont pas prononcés suite à la consultation lancée par la Commission, la Commission estime qu'aucun changement à la directive est nécessaire.

Enfin, la Commission a effectué en 2008, une première analyse d'impact relative à l'aménagement du temps de travail des personnes exécutant des activités mobiles de transport routier. Cette étude a donné lieu à un document transmis au Parlement et au Conseil, document COM(2008) 2361 final, du 15 octobre 2008.

Le rapport met en évidence un véritable problème de respect du temps de travail dans le domaine des transports routier à travers l'existence de " faux indépendants " qui échapperaient aux mesures prévues par la législation européenne.

### **2.9.3. Principaux point des directives temps de travail à réviser.**

- **Position du problème.**

**5669**

La directive 2003/88/CE fixe les prescriptions minimales générales de sécurité et de santé en matière d'aménagement du temps de travail. Elle vise en outre les périodes de repos journalier, les temps de pause, les repos hebdomadaires de travail, les congés annuels, ainsi que certains aspects du travail de nuit et du travail posté. Des dispositions sectorielles existent pour le transport routier, les activités en mer et l'aviation civile.

Le processus de révision de la directive de 2003 est engagé depuis de nombreuses années.

Les principaux points sur lesquels devrait porter cette révision sont :

- le processus d' " opt-out ", encore appelé clause individuelle de renonciation,
- le temps de garde,
- les repos compensateurs,
- les périodes de référence.

- **" opt-out " ou clause individuelle de renonciation.**

**5670** La mise en conformité par certains Etats Membres de leur législation nationale relative aux temps de garde <sup>225</sup> a provoqué un effet pervers en conduisant pour plusieurs d'entre eux, dont la France, à l'introduction de l' " opt-out ", ou clause individuelle de renonciation, dans leurs législations nationales alors que ces dernières ne le prévoyaient pas auparavant.

En 2000, seul le Royaume-Uni utilisait l' " opt-out ". Aujourd'hui la situation est la suivante :

- onze Etats Membres indiquent qu'ils n'ont pas permis l'utilisation de l' " opt-out ",
- onze autres Etats Membres l'ont introduit dans leur législation, mais assorti d'une utilisation plus ou moins restreinte,
- cinq Etats Membres permettent son utilisation, quel que soit le secteur.

- **Temps de garde.**

**5671** Les dernières études conduites par la Commission ont montré que, dans de nombreux Etats Membres, il restait encore de nombreux travaux à accomplir pour mettre les législations nationales en complète conformité avec les normes européennes. Il n'est donc pas étonnant qu'au niveau des entreprises et des travailleurs l'effectivité de la norme européenne ait encore d'importants progrès à réaliser.

- **Repos compensateurs.**

**5672** Les dernières études conduites par la Commission ont montré que, dans de nombreux Etats Membres, il restait encore de nombreux travaux à accomplir pour assurer l'effectivité des normes européennes en matière de repos compensateur. Les problèmes restant à traiter sont :

- l'exclusion de certains travailleurs du bénéfice du droit à des périodes de repos,
- les autorisations abusives de dérogations,
- les retards dans l'octroi du repos compensateur.

---

<sup>225</sup> Voir supra, point 2.7.4., Bilan des modalités d'application dans les Etats Membres.

#### 2.9.4. Première tentative, 2004 / 2009.

- **Propositions de la Commission.**

**5673** Le 22 septembre 2004, la Commission européenne a publié une proposition de révision de la directive.<sup>226</sup> Ce document faisait suite à la seconde phase de consultation des partenaires sociaux, ceux-ci ayant à cette époque décliné l'invitation d'engager des négociations dans ce domaine en vue d'arriver à un accord européen et ayant demandé à la Commission de présenter une proposition de directive.

La proposition de la Commission :

- introduisait dans la directive, par le moyen de nouvelles définitions, les concepts de " temps de garde " et de " période inactive du temps de garde ". La partie dite " inactive " du temps de garde, c'est-à-dire la période pendant laquelle le travailleur est tenu d'être disponible sur son lieu de travail, mais n'est pas appelé à exercer son activité, ne serait pas considérée comme du temps de travail sauf indication contraire de la Loi nationale,
- conservait la période de référence pour le calcul de la durée hebdomadaire de travail de 4 mois, mais autorisait son allongement à 12 mois par le moyen d'un accord collectif,
- aménageait le régime des dérogations au repos journalier et hebdomadaire,
- conservait l' " opt-out ", mais en le limitant à un plafond de 65 heures hebdomadaires, basé sur la conclusion d'une convention collective. Dans les cas où la négociation d'une telle convention se révélerait impossible (petite entreprise, législation nationale restrictive), l' " opt-out " sur la base d'un accord individuel entre employeur et salarié serait maintenu,
- enfin, la proposition aurait permis une extension de la période de référence à 12 mois sur simple consultation des partenaires sociaux.

La procédure retenue pour la présentation de la nouvelle directive au Conseil étant celle de la codécision, COD, le projet a été transmis au Parlement Européen pour avis.

- **Position du Parlement Européen.**

**5674** Les députés européens ont pris le contrepied de la proposition de la Commission. Ils ont adopté le 11 mai 2005,<sup>227</sup> en première lecture et à une large majorité, une proposition de nouvelle directive Temps de travail. Dans cette proposition, les élus ont clairement pris position pour une approche progressiste de la révision du texte de la directive de 2003, les principaux amendements proposés sont :

---

<sup>226</sup> Document Commission Européenne COM (2004) 607 final du 22 septembre 2004.

<sup>227</sup> Document du Parlement Européen référence P6\_TA-PROV(2005)0175 relatif à l'aménagement du temps de travail.

- amendement 10 : toute la période de temps de garde est considérée comme temps de travail, sauf accord collectif conclu entre les partenaires sociaux,
- amendement 11 : lorsqu'un travailleur a été employé au titre de plus d'un contrat de travail, le temps de travail presté par ce travailleur correspond, pour les besoins de la mise en œuvre de la présente directive, à la somme des périodes de temps de travail couvertes par chacun de ces contrats,
- amendement 13 : la possibilité d'étendre la période de référence à 12 mois est soumise à certaines conditions relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs et sur la base de négociations avec les syndicats,
- amendements 14 et 15 : élimination de l' " opt out " sur une période de trois ans.

- **Positions du COR et du CESE.**

**5675** Quant à eux le Comité des Régions, COR, et le Comité Economique et Social Européen, CESE, avait respectivement rendus leurs avis consultatifs les 14 avril 2005 et 11 mai 2005.

- **Position du Conseil.**

**5676** La proposition du Parlement européen est restée bloquée au Conseil pendant près de trois ans ! Cette lenteur excessive s'explique par le lien créé par deux délégations importantes du Conseil, l'Allemagne et le Royaume-Uni, entre la révision de la directive sur le temps de travail et la proposition de directive sur le travail intérimaire, autre dossier très controversé. Cette stratégie était une manière efficace de bloquer tout progrès sur les deux dossiers. Il a fallu attendre l'automne 2008 et l'adoption d'un compromis sur la question du travail intérimaire pour que se débloque enfin le dossier du temps de travail.

Mais le Royaume Uni avait su créer une coalition d'un nombre suffisant d'Etats Membres pour constituer une minorité de blocage s'opposant à la suppression de la clause d' " opt out ". Le Conseil, le 9 juin 2008, à une courte majorité, <sup>228</sup> majorité qualifiée, a finalement adopté une position très en retrait par rapport à celle du Parlement. Cette position du Conseil a été officialisée le 15 septembre 2008. Le Conseil souhaitait maintenir l' " opt out ", en instaurant un nouveau plafond hebdomadaire de 60 heures. Pour le temps de garde, seule la période active devait être définie comme temps de travail, la période inactive pouvant même être considérée comme une période de repos journalier ou hebdomadaire.

Enfin, les Etats Membres seraient libres d'établir une période de référence de 12 mois via une législation et plus uniquement par la voie de conventions collectives impliquant une négociation entre les partenaires sociaux.

Le 18 septembre 2008, la Commission a transmis au Parlement une nouvelle proposition de modification. <sup>229</sup> La présidence française de l'Union a tenté, durant le second semestre 2008, de réaliser un compromis en seconde lecture sur le texte, mais, le 17 décembre 2008, à une très forte majorité le Parlement Européen réuni à Strasbourg devait rejeter cette proposition

---

<sup>228</sup> Espagne et Grèce contre, abstentions de la Belgique, de Chypre, de la Hongrie, de Malte et du Portugal.

<sup>229</sup> Document de la Commission, COM(2008) 568 final du 18 septembre 2008.

du Conseil. En avril 2009, l'Union étant alors passée sous présidence tchèque, en dépit de deux lectures et d'une procédure de conciliation, le Conseil et le Parlement arrivent à la conclusion qu'ils ne peuvent pas parvenir à un accord sur cette proposition. C'est un constat d'échec !

**Après cinq années de discussions, aucune proposition de révision de la directive 2003/88/CE n'a pu être adoptée par le Parlement Européen et le Conseil des ministres.**

#### 2.9.5. Seconde tentative, mars 2010.

- **Nouvelle initiative de la Commission.**

5677 Face à cet échec, la Commission Européenne a été amenée à proposer une nouvelle proposition de révision de la directive de 2003. Le 24 mars 2010, la Commission publie une nouvelle communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du concernant la " Révision de la directive sur le temps de travail ".

Ce document, COM(2010) 106 final, constitue la **première phase de consultation des partenaires sociaux au niveau de l'Union**, au titre de l'article 154 § 3 du TFUE, quant à l'orientation possible d'une action de l'UE concernant la directive sur le temps de travail.

Après avoir rappelé l'échec d'avril 2009, la Commission insiste sur l'urgence qu'il y a de réviser la directive sur le temps de travail. Pour la Commission, ce résultat négatif crée une situation difficile pour plusieurs Etats Membres et pour les partenaires sociaux au niveau national. Un manque de clarté juridique existe quant à la manière dont il y a lieu d'interpréter un certain nombre de questions non résolues du fait de l'absence de décision des co-législateurs. Certains Etats membres sont également confrontés à des difficultés sensibles dans la mise en œuvre de certains aspects de l'acquis. Il en résulte que, dans plusieurs Etats Membres, de sérieux doutes existent quant à la conformité des législations ou des pratiques nationales avec la législation de l'Union. De l'avis de la Commission, la situation actuelle n'est, de toute évidence, pas satisfaisante : elle ne garantit ni que la santé et la sécurité des travailleurs sont protégées efficacement à travers l'Union Européenne conformément à la législation de l'UE, ni qu'une flexibilité suffisante est accordée aux entreprises et aux travailleurs en matière d'organisation du temps de travail.

La législation européenne doit être révisée afin de tenir compte de l'évolution des conditions de travail dans l'Union. En effet, la législation devrait permettre une plus grande flexibilité en matière d'organisation du travail, en particulier concernant :

- la détermination des horaires de travail. La Commission remarque que si la durée hebdomadaire moyenne de travail est en baisse en Europe, il existe de grandes variations en fonction des secteurs et des individus qui peuvent négocier des horaires spécifiques avec leur employeur. La détermination du temps de travail devrait prendre en compte les intérêts des travailleurs et la compétitivité des entreprises,

- le calcul des temps de garde, c'est-à-dire les périodes durant lesquelles les travailleurs restent présents sur leur lieu de travail sans travailler. Les gardes sont notamment utilisées dans les services de soins de santé et d'urgence (police, pompiers, etc.),
- la période de référence servant au calcul du temps maximal de travail hebdomadaire. En effet, une extension de cette période permettrait notamment de tenir compte des variations saisonnières de la production de certaines entreprises,
- la programmation des périodes minimales de repos hebdomadaires et quotidiennes, ainsi que leur report immédiat ou différé.

- **Réponses des partenaires sociaux à la 1<sup>ère</sup> phase de consultation.**

**5678** Dans son document COM(2010) 801 final, du 21 décembre 2010, la Commission fait le point sur les réponses reçues à l'occasion de la 1<sup>ère</sup> phase de consultation et sur son futur programme de travail.

La Commission note que les partenaires sociaux s'accordent à reconnaître que le monde du travail a considérablement changé au cours des 20 dernières années, et que l'aménagement du temps de travail s'en est trouvé notablement modifié. Cependant, elle relève que les opinions divergent fortement quant aux implications de ces changements sur l'aménagement du temps de travail. Les employeurs ont tendance à y voir la justification d'une évolution juridique permettant une plus grande flexibilité, alors que les syndicats considèrent que ces changements requièrent des adaptations visant à renforcer la protection juridique des travailleurs.

La Commission relève également que la grande majorité des partenaires sociaux de l'Union souhaite conserver des règles minimales au niveau européen et reconnaît qu'elles remplissent une fonction socialement et économiquement utile. De fait, aucune des parties consultées ayant répondu ne préconise d'apporter des changements radicaux au cadre actuel, même si nombre d'entre eux proposent une plus grande souplesse dans son application.

**Par conséquent, la Commission ne retiendra pas l'option consistant à supprimer les exigences minimales communes au niveau de l'Union pour réguler le temps de travail au niveau local et/ou national.**

Les réponses fournies par les partenaires sociaux de l'Union font apparaître un large consensus quant à la nécessité impérieuse d'apporter des changements aux règles actuelles relatives au temps de travail. C'est aussi l'avis de la Commission, comme il ressort du document établi lors de la première phase de consultation et du rapport de mise en œuvre.<sup>230</sup>

**Par conséquent, la Commission ne retiendra pas l'option consistant à maintenir le statu quo.**

---

<sup>230</sup> Documents de la Commission COM(2010) 106 final et COM(2010) 802 final.

La Commission constate qu'il y a aussi un large consensus sur le fait que les règles de l'Union relatives au temps de travail devraient laisser aux partenaires sociaux une plus grande souplesse pour pouvoir négocier les détails de mise en œuvre au niveau approprié. Certains répondants considèrent également que la réglementation au niveau de l'Union devrait être plus claire, plus simple et appliquée de façon à répondre plus efficacement aux principaux problèmes de santé et de sécurité, tout en limitant les charges administratives inutiles (surtout pour les PME)<sup>231</sup> et en renforçant la compétitivité.

Toutefois, les partenaires sociaux de l'Union ont des avis divergents sur les principaux facteurs qui devraient déterminer les changements à apporter aux règles relatives au temps de travail.

**Aussi, il n'a pas été possible de trouver un consensus sur ce qui devrait constituer les priorités de la révision, ni sur le contenu d'une future directive modifiée.**

La Commission se propose de poursuivre son action en analysant deux options principales :

- une **révision ciblée**, qui se limiterait à proposer de nouvelles solutions axées sur les questions du temps de garde et du repos compensateur, et à aborder les difficultés d'application de la jurisprudence SIMAP-Jaeger relative au temps de travail,
- un **ensemble plus complet de modification**, permettant entre autres de traiter les questions du temps de garde et du repos compensateur.

- **Seconde phase de consultation des partenaires sociaux.**

**5679** Avec son document COM(2010) 801, la Commission a lancé le 21 décembre 2010 la seconde phase de consultation auprès des partenaires sociaux européens en vue d'examiner de quelle façon réviser la directive.<sup>232</sup>

Le document de consultation pour la deuxième phase invite les partenaires sociaux à exprimer leur point de vue quant aux deux possibilités d'une alternative qui consiste à donner une portée soit plus étroite soit plus large à la révision. Il leur demande de se prononcer sur les options détaillées formulées au sujet de questions clés telles que :

- le temps de garde,
- la programmation des périodes de repos,
- la protection contre les horaires de travail excessifs,
- le rééquilibrage entre l'activité professionnelle et la vie de famille  
et
- la clarification des cas où le droit semble imprécis.

---

<sup>231</sup> Voir à ce propos le document de la Commission COM(2010) 543 sur une réglementation intelligente au sein de l'Union Européenne.

<sup>232</sup> En vertu de l'article 154 TFUE, la Commission est tenue de consulter les partenaires sociaux au niveau de l'UE avant de proposer des modifications de la législation sociale de l'Union, dont fait partie le droit du travail.

Pour la Commission, la révision de la directive sur le temps de travail vise à actualiser la réglementation européenne en la matière pour tenir compte de la profonde mutation du monde du travail et pour mieux répondre aux besoins des employeurs et des travailleurs au 21<sup>ème</sup> siècle.

Devant la détermination de la Commission, et au terme des consultations qu'elle a mené auprès des principaux partenaires sociaux intersectoriels européens, ceux-ci l'ont informée, **le 14 novembre 2011**, de leur décision commune d'engager des négociations sur la révision de la directive sur le temps de travail. Ces partenaires sociaux sont Business Europe, le CEEP (Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général) et l'UEAPME (Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises), qui représentent les employeurs, ainsi que la CES (Confédération européenne des syndicats) pour les travailleurs.

Conformément au paragraphe 4 de l'article 154 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, TFUE, les partenaires sociaux européens peuvent, si les représentants des employeurs et des travailleurs en conviennent, mener eux-mêmes les négociations sur la nature des changements à apporter.

**Le 16 août 2012, la Commission européenne a donné suite à la proposition commune des partenaires sociaux européens et accepté, eu égard aux avancées enregistrées, de prolonger jusqu'au 31 décembre 2012 la période de négociation pour la révision de la directive sur le temps de travail.** <sup>233</sup>

Malheureusement, les négociations n'ont pas pu aboutir et les partenaires sociaux ont dû se résoudre à un constat d'échec à la fin de décembre 2012. La Commission devra donc, conformément aux dispositions des traités, reprendre la main et effectuer une proposition au Conseil. Sauf que nous sommes début 2013, avec des élections européennes prévues pour mai 2014. Par ailleurs, nous sortons d'une présidence du Conseil assurée par Chypre, depuis le 01.01.2013 nous sommes sous présidence irlandaise, et le second semestre de 2013 verra la présidence assurée par la Lituanie. Enfin la crise économique et financière en Europe, non seulement reste forte, mais se double d'une crise sociale.

Dans ces circonstances, il paraît difficile d'attendre qu'un processus de révision de la directive 2003/88/CE soit mis rapidement conduit à terme.

#### **2.9.6. Position des parties prenantes.**

**5680** Les projets de révision de la directive 2003/88/CE étaient toujours en cours au moment où ces lignes furent écrites, il était donc difficile d'obtenir des parties prenantes des positions précises et détaillées, chacun souhaitant se réserver une marge de manœuvre. Néanmoins certaines grandes tendances se dégagent.

---

<sup>233</sup> Communiqué de la Commission Européenne, DG Emploi Affaires Sociales et Inclusion en date du 16.08.2012.

- **Conseil.**

Lorsque l'on parle de révision de la directive temps de travail, le moins que l'on puisse dire est que le Conseil des Chefs d'Etats et de Gouvernement n'a pas jusqu'ici fait preuve d'une véritable volonté politique sur le sujet.

Ce manque de volonté politique est le reflet des divergences de position importantes entre les Etats Membres face à la crise économique qui frappe l'Europe depuis 2008. L'urgence n'est plus en effet sur le temps de travail mais sur la préservation de l'emploi et du modèle social européen. Parmi les différentes politiques mises en place dans ce but, la réduction du temps de travail, à tort ou à raison, n'apparaît pas pour le moment comme un moyen prioritaire.

L'une des raisons en est le risque d'augmentation quasi immédiate du coût de la main d'œuvre européenne qu'une telle réduction serait susceptible d'entraîner. Mais une évolution semble se faire timidement jour au sein du Conseil. Celui-ci a en effet un fort besoin politique de redorer son blason en matière d'Europe sociale.

- **Les Etats Membres.**

**5681** Deux approches possibles :

- **libérale** : l'important réside dans la croissance, le besoin en quantité de travail n'est alors vu que comme la conséquence de l'activité économique, la quantité de travail disponible n'est pas limitée mais résulte simplement de la bonne santé des donneurs d'ordres. L'effort doit donc porter sur l'activité. C'est une approche typiquement anglo-saxonne.
- **dirigiste** : la croissance n'est pas au rendez-vous, la quantité de travail disponible est durablement limitée et il importe de se la partager si l'on veut réduire le nombre de demandeurs d'emploi. L'effort doit donc porter sur la gestion de la pénurie. C'est l'approche qui avait été retenue par la France lors de la mise en place des lois Aubry.

La plus part des Etats Membres de l'Union sont dans une approche libérale de l'économie, et par voie de conséquence la Commission, dont rappelons-le la mission consiste à mettre en œuvre les politiques décidées par le Conseil, est dans les mêmes dispositions.

### **Royaume Uni**

Approche individuelle du temps de travail, sanctification du système de l'opt out et utilisation de tous les moyens de dérogation disponibles pour échapper à la réglementation

## France

Une approche libérale jusqu'en 2012. Entre autres, elle se concrétise par la mise en place :

- du forfait jours qui permet aux entreprises de s'affranchir de la mesure du temps de travail,
- des heures supplémentaires non chargées,
- de l'opt out à la française à travers le titre II de la Loi du 20 août 2008.

Les choix faits en 2007 prenaient pour postulat que les départs à la retraite des baby-boomers seraient plus nombreux que les entrées de jeunes sur le marché de l'emploi. La crise de 2008 est venue jeter à bas ce postulat.

La France n'avait d'ailleurs pas fait de la révision de la directive sur le temps de travail un sujet premier de sa présidence de l'Union durant le second semestre 2008.

Le remplacement du gouvernement de droite par un gouvernement de gauche pourrait à terme provoquer un changement de la donne, bien que l'heure soit plus à la mise en place de politiques de rigueur budgétaire et de relance économique qu'à la réduction du temps de travail.

## Allemagne

Une approche libérale et pragmatique qui laisse à chaque secteur industriel le soin de décider, en fonction des conditions économiques et sociales, de quelle manière il y a lieu d'ajuster la durée du travail.

- **Partenaires sociaux.**

**5682** Normalement consultés par la Commission, les partenaires sociaux, s'ils sont, à l'issue de la première consultation obligatoire, éventuellement d'accord sur l'opportunité de réviser la directive, ont réussi à se mettre d'accord pour se saisir de l'action et proposer un texte commun. Le rapprochement des points de vue n'est cependant pas simple.

### **Représentation des employeurs.**

Toute la représentation employeur, que cela soit Business Europe, ou bien les différentes représentations nationales européennes, considèrent que l'urgence est au renforcement, ou au moins au maintien, de la compétitivité des entreprises. Une éventuelle révision de la directive sur le temps de travail est donc perçue comme le risque de contraintes supplémentaires ayant pour conséquence un renchérissement du coût du travail.

Les employeurs au niveau européen ont estimé que le temps de travail constituait un élément clé pour la flexibilité et la compétitivité des entreprises. En général, ils pensent que la directive va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs. Ils ont donc demandé que la transposition en droit interne soit plus simple et

plus flexible et que la directive 2003/88/CE soit modifiée en priorité pour autoriser des périodes de référence plus longues, mais aussi en ce qui concerne le temps de garde et la programmation du repos compensateur.

La représentation employeur va donc chercher au contraire à augmenter la flexibilité pour pouvoir ajuster en permanence le coût de la ressource main d'œuvre, donc le temps de travail, en fonction de la charge prévisionnelle de l'entreprise.

Le point de vue des grands groupes sur le temps de travail se consolide en deux temps.

Une approche macroscopique :

- recentrage sur les normes de l'OIT,
- respect de la Loi de l'Etat dans lequel l'on se situe.

Une approche plus détaillée sur trois niveaux :

- temps de travail hebdomadaire : nous sommes là dans l'unité de travail, au plus petit niveau du maillage spatial et temporel,
- approche annuelle : le temps de travail doit s'articuler avec d'autres objectifs, dont l'approche économique,
- approche pluriannuelle : à ce niveau nous entrons dans la notion de RSE.

### **Représentation des salariés.**

A l'inverse, l'ensemble de la représentation des salariés, que cela soit la CES, ou bien les différentes Organisations Syndicales nationales, souhaitent la révision de la directive temps de travail de manière à améliorer :

- l'effectivité de la législation européenne,
- la protection de salariés.

Les Organisations Syndicales ont souligné l'importance de la directive 2003/88/CE pour la politique sociale européenne, et la nécessité permanente de disposer de normes communes minimales dans ce domaine au niveau européen. Pour les organisations représentant les travailleurs, il faut :

- ne pas réduire la protection contre les durées de travail excessives,
- prévoir des dérogations plus strictes,
- supprimer progressivement l' " opt-out ",
- appliquer les conditions de protection de façon plus rigoureuse,
- assurer de manière générale une meilleure application de la directive.

Malheureusement, les Organisations Syndicales devaient affronter deux problèmes majeurs :

- elles étaient bien seules sur ce dossier,

- elles manquaient d'arguments, entre autres financiers, pour faire valoir leur point de vue.

### 2.9.7. Perspectives de révision de la directive temps de travail.

- **Echéance du processus de révision.**

**5683** L'année 2012 aurait dû voir aboutir, au moins au plan du contenu des mesures, la révision de la directive 2003/88/CE sur le temps de travail. Plusieurs indices militaient dans ce sens :

- la Commission avait un très fort désir d'aboutir. Elle ne souhaitait pas en effet aller vers un second échec dans le domaine,
- le Conseil avait besoin de relancer le processus de l'Europe sociale,
- les partenaires sociaux européens, après s'être saisis du dossier, pouvaient eux aussi difficilement prendre le risque d'un nouvel échec.

Le Conseil de Printemps de 2013 des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Union Européenne, traditionnellement consacré aux affaires sociales, aurait dû permettre un point plus précis sur le processus de révision de la directive temps de travail.

**Et pourtant en décembre 2012, les partenaires sociaux n'ayant pu trouver un accord, ils ont consacré un nouvel échec dans la révision de la directive 2003/88/CE sur le temps de travail.**

Alors ?

- **Contenu possible des nouvelles mesures de l'Union.**

**5684** Quels devraient être les points de la directive susceptible de faire, dans le futur, l'objet d'une révision ? La Commission a fourni de premières pistes, mais au-delà, à quoi pouvons-nous attendre :

- **temps de travail.** Nous ne devrions pas assister à des modifications notables. Il n'y a pas de variation des normes internationales, toute réduction aurait un impact direct sur les coûts des entreprises et il ne s'agit pas d'une revendication majeure des Organisations Syndicales. Tout au plus, nous pouvons nous attendre à un renforcement de l'effectivité des mesures permettant le respect des maximums déjà en vigueur,
- **protection contre les horaires de travail excessifs.** De nouvelles mesures devraient voir le jour. En effet, il est difficile à la représentation employeur de s'y opposer, au nom du politiquement correct, et c'est un point sur lequel il est possible de donner des gages à la représentation des travailleurs. La question consiste à savoir si l'on s'en tient au déclaratif ou bien si l'on met en place des mesures plus concrètes...
- **périodes de repos.** Nous devrions tout au plus voir mise en place une meilleure programmation des périodes actuellement définies. La partie patronale peut

- difficilement refuser de respecter de qu'elle a déjà accepté, et il n'y a pas de revendication particulière du côté des organisations de travailleurs,
- **rééquilibrage entre l'activité professionnelle et la vie de famille.** Là également il s'agit d'un thème politiquement correct apte à fournir aux représentations employeurs et travailleurs des possibilités de faire ressortir une avancée. Mais là également, s'en tiendra-t-on au déclaratif ou mettra-t-on en place des mesures concrètes...
  - **congés annuels.** Il en va de même que pour le temps de travail, il ne devrait pas y avoir de modifications notables,
  - **“ opt out ”.** Sa suppression est la revendication majeure des syndicats de salariés, tandis que la représentation des employeurs, et certains Etats Membres, dont le Royaume Uni, y sont très attachés. Pour autant nous ne croyons pas à sa suppression. Seize Etats Membres permettent son utilisation, avec ou sans restrictions, dont onze viennent de le mettre en place. Nous ne voyons pas comment l'Union pourrait maintenant le supprimer. Alors ? il reste une solution, mieux l'encadrer. Cela pourrait se réaliser par des mesures allant dans deux directions, un plafonnement du dépassement possible, un encadrement de sa mise en œuvre par le moyen d'une négociation collective décentralisée au niveau des branches d'activités et / ou des entreprises,
  - **travail de nuit,** même approche. L'époque serait plutôt à un meilleur respect de la norme actuelle qu'à sa modification,
  - **temps de garde.** Ce sujet aussi représente un point d'accrochage dans les discussions entre représentants des employeurs et des travailleurs. La Commission avait déjà fait en 2004 une proposition avec l'introduction dans la directive les concepts de “ temps de garde ” et de “ période inactive du temps de garde ”. La partie dite “ inactive ” du temps de garde pouvant, sauf indication contraire de la Loi nationale, ne pas être considérée comme du temps de travail. Cette proposition pourrait reprendre vie, et cette fois, c'est à la représentation des travailleurs qu'il sera difficile de continuer de défendre qu'une période de garde inactive, c'est à dire sans aucune prestation fournie par le travailleur, est du temps de travail.
  - **périodes de référence.** Il s'agit là également d'un point de friction important entre représentation des employeurs et des Travailleurs. Les uns souhaitent leur allongement pour donner plus de flexibilité aux entreprises tandis que les autres revendiquent leur suppression pour mieux protéger la santé des travailleurs. Les nouvelles dispositions européennes devraient permettre un assouplissement des périodes de référence à travers un processus de négociation collective décentralisée au niveau des branches d'activités et / ou des entreprises,
  - **clarification des cas où le droit semble imprécis.** Les nouvelles dispositions européennes devraient, ainsi que l'a souhaité la Commission permettre un certain nombre de clarifications.