

Travail précaire et droit de l'Union européenne

Avis juridique donné par :

Ulf Öberg, avocat
Magnus Schmauch, jur. dr., associé principal
Advokatfirman Öberg & Associés AB
Skeppsbron 26
SE 103 13 STOCKHOLM
SWEDEN

Commandé par :

FETBB – EFFAT – FSESP – ETF – CES – industriAll – UNI Europa

Dans le cadre du projet :

**« Europe : Fin au travail précaire maintenant ! -
Travail décent et égalité de traitement pour tous »**

Convention de subvention VS/2014/0554
Ligne budgétaire 04 03 01 05 – Appel à propositions VP/2014/002
Actions de formation et d'information en faveur des organisations de travailleurs
Commission européenne, DG Emploi, affaires sociales et inclusion

Mars 2016



Projet cofinancé par l'Union européenne - Convention de subvention VS/2014/0554

AVIS JURIDIQUE

TRAVAIL PRECAIRE ET DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

DANS LE CADRE DE L'APPEL D'OFFRE « EUROPE : FIN AU TRAVAIL PRECAIRE MAINTENANT ! - TRAVAIL DECENT ET EGALITE DE TRAITEMENT POUR TOUS » ; LIGNE BUDGETAIRE 04.03.01.05 ; ACTIONS DE FORMATION ET D'INFORMATION EN FAVEUR DES ORGANISATIONS DE TRAVAILLEURS ; CONVENTION DE SUBVENTION VS/2014/0554

Stockholm, le 31 mars 2016

Auteurs :

Ulf Öberg, avocat

Magnus Schmauch, jur. dr., associé principal

I – INTRODUCTION ET RESUME

La tendance à s'éloigner de la relation de travail traditionnelle consistant en un emploi fixe et à temps plein est à la fois source de risques et d'opportunités pour les travailleurs. Organisées avec soin et sur une base volontaire, les pratiques de travail non conventionnelles peuvent générer de la flexibilité pour une main-d'œuvre diversifiée qui souhaite concilier d'autres obligations professionnelles et/ou personnelles. Cependant, le travail non conventionnel peut également avoir un impact néfaste sur la vie de certains travailleurs et est concrètement associé à la pauvreté, à l'exclusion sociale et à l'inégalité. Il compromet également l'efficacité de la négociation collective et de la représentativité syndicale comme moyens de protection des droits fondamentaux des travailleurs.

Le travail précaire peut englober une gamme de régimes qui compromettent la certitude, la sécurité et le dynamisme du travail. Le travail précaire implique souvent des heures de travail occasionnelles et/ou fragmentées, une protection réduite ou inexistante contre le licenciement et/ou la maladie, ainsi que l'exclusion des protections et des privilèges conférés par l'affiliation syndicale. Une inquiétude largement répandue tant au niveau européen qu'international a mis en exergue l'augmentation de la mise en œuvre délibérée de régimes de travail informels pour circonvenir à la législation sur le travail et aux autres obligations de garantir certaines conditions de travail, de salaire et de protection sociale à une partie importante de la main-d'œuvre.

Compte tenu de ces tendances préoccupantes, l'EFFAT et ses partenaires de projet ont demandé au cabinet juridique Advokatfirman Öberg & Associés AB de formuler le présent avis juridique, qui servira de base à un examen systématique de la façon dont la réglementation du travail et la stratégie syndicale peuvent être coordonnées au niveau européen et national afin de combattre la précarisation du travail et de garantir de meilleures conditions de travail, ainsi qu'une meilleure cohésion sociale, sur tout le continent.

En résumé, nos conclusions sont les suivantes :

- Il ne faut pas surestimer le défi posé par la définition de ce que sont un « travail précaire », des « conditions de travail précaires », un « travail atypique », des « formes d'emploi standards » ou « non conventionnelles », voire des « emplois de qualité ». Certes, les chercheurs impliqués dans l'étude ESOPE sur le travail précaire réalisée en 2004 pour la Commission européenne ont été confrontés à des problèmes de définition tellement fondamentaux qu'ils ont fini par faire de la question même de « qu'est-ce que la précarité de l'emploi ? » l'un des principaux sujets de recherche du projet. Néanmoins, ce casse-tête terminologique ne doit pas dissuader le mouvement syndical européen de revendiquer une protection plus importante contre le travail précaire et les conditions de travail précaires tant au niveau européen qu'au niveau national, sectoriel et local.
- La définition d'« emplois précaires » par les membres fondateurs du syndicat européen industriAll (FEM, EMCEF et FES-THC) dans leur *Revendication commune pour des négociations collectives, pour des emplois plus sûrs et contre le travail précaire* de 2012 pourrait servir de base à une définition commune du concept de « travail précaire » et de « conditions de travail précaires » par

les partenaires du projet.

- Bien que la Commission européenne ait pour sa part insistée sur le fait que le « travail précaire » ne constitue pas un concept juridique dans le droit de l'Union européenne, le concept de « precariousness », ou *précarité*, s'est déjà transformé en législation contraignante dans le droit du travail de certains États membres, comme dans le Code du travail français.
- Dans de récents documents d'orientation de l'UE en matière de politique de l'emploi, on constate que l'accent est de plus en plus mis non seulement sur « davantage d'emplois », mais aussi sur des « emplois de qualité », et que la « segmentation de la main-d'œuvre » fait l'objet d'une discussion. Ainsi, selon la Commission européenne, pour aborder la problématique de la segmentation, la législation sur la protection de l'emploi devrait être modifiée afin de réduire la surprotection des travailleurs sous contrat à durée indéterminée et fournir une protection à ceux qui restent en-dehors ou en marge du marché du travail. Il en va de même dans le contexte des rapports Semestre européen dans le cadre de la stratégie Europe 2020.
- Jusqu'en 2013, la Commission européenne concluait que l'on pouvait remédier au travail précaire via les dispositions législatives existantes. Cependant, dans son dernier examen annuel de la croissance 2016, la Commission européenne déclarait que la généralisation de l'évolution vers des marchés du travail plus flexibles devrait faciliter la création d'emplois, mais devrait également permettre la transition vers des contrats plus permanents. À notre connaissance, c'est la première fois que la Commission a expressément précisé l'objectif politique et économique selon lequel cette évolution ne doit pas avoir pour conséquence l'augmentation du nombre d'emplois précaires.
- Compte tenu de l'annonce récente par le président de la Commission, M. Juncker, d'un paquet législatif pour le printemps 2016, conçu afin d'« offrir une base minimale de droits sociaux » fondée sur le principe de l'égalité de rémunération pour un travail égal sur un même lieu de travail, il semble que la Commission Juncker ait opéré un changement insoupçonné de paradigme et délaissé l'insistance de la précédente Commission Barroso pour une concurrence réglementaire en faveur d'une neutralité réglementaire. Il s'agit peut-être d'un tournant vers de nouvelles orientations politiques générales et de nouvelles priorités en matière d'emploi, particulièrement en ce qui concerne la transition vers plus de contrats à durée indéterminée et la façon de mettre fin au travail précaire. Les conclusions du Conseil européen d'Essen sur l'emploi en 1994, sur lesquelles la Cour européenne de justice s'est appuyée pour promouvoir le travail atypique, en particulier concernant le travail à temps partiel, pourraient être remplacées par un nouvel agenda politique orienté vers l'élimination de la pauvreté, ainsi que sur la lutte contre les inégalités et les injustices, en particulier en garantissant le principe d'égalité de rémunération pour un travail égal ou un travail de valeur égale.
- Dans ses dernières résolutions sur le respect des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne, le Parlement européen a souligné le lien entre la crise économique et financière actuelle et les mesures mises en œuvre pour la combattre dans certains États membres, dont les conséquences ont des répercussions négatives sur les conditions d'existence des citoyens de l'UE. Selon le Parlement européen, l'Union européenne traverse une période de crise économique et financière sévère dont les conséquences, associées aux mesures mises en œuvre pour combattre cette crise dans certains États membres – notamment des coupes budgétaires drastiques –, ont des répercussions négatives sur les conditions d'existence des citoyens de l'UE et sur leur bien-être : augmentation du taux de chômage et de pauvreté, des inégalités et des conditions de travail précaires, et diminution de l'accès aux services et de la qualité de ceux-ci. Dans sa résolution, le Parlement européen souligne que les institutions de l'UE, de même que les États membres qui mettent en œuvre des réformes structurelles dans leurs systèmes économiques et sociaux, demeurent dans l'obligation de respecter la Charte et leurs engagements internationaux, et sont dès lors responsables de leurs prises de décisions.
- Lors du sommet des Nations unies sur le développement durable le 25 septembre 2015, les dirigeants mondiaux ont adopté le nouvel agenda 2030 pour le développement durable, qui comporte un ensemble de 17 objectifs de développement durable (ODD) pour éliminer la pauvreté, combattre les inégalités et les injustices, et lutter contre le changement climatique d'ici à 2030. Lors de l'Assemblée générale des Nations unies en septembre 2015, le travail décent et les quatre piliers de

l'agenda pour le travail décent de l'OIT – la création d'emplois, la protection sociale, les droits au travail et le dialogue social – sont devenus partie intégrante de l'agenda 2030. L'objectif 8 de l'agenda 2030 plaide notamment pour une croissance économique soutenue, intégratrice et durable, le plein-emploi productif et le travail décent. L'objectif consiste, d'ici à 2030, à atteindre le plein-emploi productif et un travail décent pour toutes les femmes et tous les hommes, y compris les jeunes et les personnes handicapées, et une rémunération égale pour un travail de valeur égale, ainsi qu'à protéger les droits du travail et à favoriser des environnements de travail sûrs pour tous les travailleurs, y compris les travailleurs migrants – en particulier de sexe féminin – et ceux qui occupent des emplois précaires.

- Le 27 septembre 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations unies a adopté par consensus les *principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme* dans sa résolution 21/11. Le Conseil des droits de l'homme encourageait les gouvernements, les organes compétents des Nations unies, les agences spécialisées, les fonds et les programmes, les autres organisations intergouvernementales et les institutions nationales des droits de l'homme, ainsi que les organisations non gouvernementales et les acteurs non gouvernementaux, y compris le secteur privé, à prendre en considération les principes directeurs dans la formulation et la mise en œuvre de leurs politiques et mesures concernant les personnes touchées par l'extrême pauvreté. Le 20 décembre 2012, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté une résolution « Droits de l'homme et extrême pauvreté », dans laquelle elle « [p]rend note avec intérêt des principes directeurs sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté que le Conseil des droits de l'homme a adoptés par sa résolution 21/11, parce qu'ils offrent aux États un outil utile pour élaborer et mettre en œuvre des politiques de réduction et d'élimination de la pauvreté, selon que de besoin. »
- Conformément au point 84 de ces *principes directeurs*, qui ont été coparrainés par l'Union européenne, les États devraient :
 - a) Adopter une réglementation rigoureuse du travail et veiller à son application à travers une inspection du travail dotée de capacité et de ressources suffisantes pour assurer la jouissance du droit à des conditions de travail décentes ;
 - b) Veiller à ce que tous les travailleurs perçoivent un salaire suffisant pour leur permettre ainsi qu'à leur famille d'avoir accès à un niveau de vie adéquat ;
 - c) Veiller à ce que les normes juridiques prévoyant des conditions de travail justes et favorables soient étendues à l'économie informelle et respectées, et recueillir des données ventilées pour évaluer l'ampleur du travail informel ;
 - d) Prendre des mesures concrètes pour assurer l'élimination de toutes les formes de travail forcé et servile ainsi que les formes nocives et dangereuses du travail des enfants, outre les mesures visant à assurer la réinsertion sociale et économique des personnes concernées et à éviter la répétition de ce type de situation ;
 - e) Veiller à ce que les personnes qui dispensent des soins soient convenablement protégées et soutenues par des programmes et des services sociaux, y compris en ce qui concerne l'accès à des services de garderie d'un coût abordable ;
 - f) Mettre en place des mesures spécifiques pour accroître les possibilités qu'ont les personnes vivant dans la pauvreté de trouver un travail décent sur le marché du travail formel, notamment par le biais de l'orientation professionnelle, de la formation professionnelle et du perfectionnement des compétences ;
 - g) Éliminer la discrimination dans l'accès à l'emploi et à la formation, et veiller à ce que les programmes de formation soient accessibles aux personnes les plus vulnérables à la pauvreté et au chômage, y compris les femmes, les migrants et les personnes handicapées, et soient adaptés à leurs besoins ;
 - h) Respecter, promouvoir et assurer la liberté d'association de manière à ce que les travailleurs vivant dans la pauvreté puissent mieux affirmer leur identité, accroître leur représentation et mieux faire entendre leur voix dans le dialogue social et politique sur la réforme du travail.

- Ces principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme coparrainés par l'Union européenne pourraient servir de base minimale à la future stratégie du mouvement syndical européen pour lutter contre le travail précaire et les conditions de travail précaires. Quoiqu'il en soit, le mouvement syndical européen devra structurer le débat sur le travail précaire dans le cadre de ce débat sur la protection des droits fondamentaux.
- L'action législative de l'Union européenne dans le domaine du droit du travail se fonde aujourd'hui encore sur l'hypothèse fondamentale selon laquelle le contrat à durée indéterminée constitue la forme générale de la relation d'emploi, bien que la Cour ait reconnu que les contrats d'emploi atypiques sont une caractéristique de l'emploi dans certains secteurs, ou pour certaines occupations et activités. Compte tenu des profondes modifications structurelles des marchés de l'emploi dans les États membres respectifs, le « travail typique » devient de plus en plus un point de référence normatif, qui imprègne à la fois la réglementation et la conception sociale. Tandis que les statistiques disponibles sur le travail à durée déterminée, le travail à temps partiel, le travail intérimaire et le détachement des travailleurs – en particulier sur l'emploi des jeunes et la création d'emplois – semblent remettre en cause l'hypothèse théorique fondamentale selon laquelle le contrat à durée indéterminée constitue la forme générale de la relation d'emploi, il demeure utile de conserver le « travailleur à durée indéterminée comparable » comme comparateur pertinent pour les travailleurs précaires ou atypiques lorsque l'on évalue si les exigences d'égalité de traitement ont été respectées.
- Le présent avis juridique s'appuie sur l'hypothèse générale formulée par l'Organisation internationale du travail (OIT) selon laquelle le « travail atypique » est un travail qui s'écarte notablement de la relation d'emploi traditionnelle constituée par un travail à temps plein, à durée indéterminée, avec un lien direct de subordination.
- La Charte des droits fondamentaux de l'UE contient certaines dispositions concernant les droits des travailleurs. Cependant, certaines limites intrinsèques à l'applicabilité de la Charte rendent celle-ci inefficace pour fournir une protection contre le travail précaire et les conditions de travail précaires. La Cour s'est par exemple déclarée incompétente pour répondre à des questions préliminaires concernant les périodes probatoires dans des contrats de travail atypiques tant que le législateur de l'Union n'aura pas exercé sa compétence pour légiférer en la matière. Pour qu'un travailleur bénéficie d'une protection au titre de la Charte, il est dès lors nécessaire, en vertu de la jurisprudence actuelle de la Cour, que la législation dans le domaine du droit du travail soit suffisamment claire et précise, de façon à créer des droits pour les individus. Cependant, si la précarité est incluse dans la définition de la « dignité » énoncée à l'article 31(1) de la Charte, un pas important aura été franchi.
- Dès le début de l'intégration européenne et depuis le rapport Spaak, il a toujours été clair que le socle même sur lequel la dimension sociale de l'Europe s'est bâtie repose sur le fait que la concurrence structurelle sur les salaires doit être exclue soit par les législations nationales, soit par des actions sociales menées par les syndicats. Comme l'indiquait le rapport Ohlin, il est conforme aux intérêts du mouvement syndical de promouvoir et de soutenir des actions pour mettre fin aux différences injustifiées du prix de la main-d'œuvre en faveur des catégories à bas salaires. À l'époque, en Europe, il était communément admis que salaires et conditions de travail résultaient des négociations collectives menées par les partenaires sociaux. Selon les termes du rapport Ohlin, il était généralement admis que « l'intervention gouvernementale dans le libre jeu des négociations collectives, si jamais elle devient nécessaire, doit être aussi réduite que possible. » Cela signifie qu'au bout du compte, les rapports Spaak et Ohlin présentent une justification économique régissant la non-discrimination.
- Sans une reconnaissance formelle des principes de non-discrimination et d'égalité de rémunération pour un travail égal comme normes juridiques directement applicables pouvant être employées lors de procédures entre des parties privées – en particulier entre, d'une part, les travailleurs précaires et non précaires (et/ou leurs représentants syndicaux) et de l'autre, les employeurs –, les travailleurs et les syndicats sont privés en Europe de leur principal outil pour éliminer les inégalités et pour promouvoir de la même manière l'égalité entre les citoyens européens et les travailleurs migrants issus de pays tiers.
- La définition de ce qui constitue effectivement un « travailleur » aux fins du droit de l'Union

européenne est essentielle pour comprendre le champ de protection par le droit du travail dont disposent les travailleurs précaires au titre du droit de l'UE. Bien que la notion de « travailleur » ne soit pas définie dans les Traités de l'UE, la jurisprudence de la Cour sur la liberté de circulation des travailleurs au titre de l'article 45 du TFUE a apporté des éclaircissements sur ce point. Selon une jurisprudence constante de la Cour, le concept de « travailleur » a une signification autonome spécifique au titre du droit de l'Union européenne et ne doit pas être interprété dans un sens restrictif. Dès lors, toute personne qui exerce des activités réelles et tangibles, à l'exclusion d'activités à si petite échelle qu'on peut les considérer comme purement marginales et accessoires, doit être considérée comme un « travailleur ». Selon cette même jurisprudence, la caractéristique essentielle d'une relation de travail est que pendant un certain temps une personne « accomplit, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération. »

- Le statut de « travailleur » au sens du droit de l'Union européenne n'est pas invalidé par le fait qu'une personne a été engagée en tant que travailleur indépendant au titre du droit national pour des raisons fiscales, administratives ou organisationnelles, tant que cette personne agit sous la direction de son employeur – en particulier en ce qui concerne sa liberté de choisir le temps, le lieu et la teneur de son travail –, ne partage pas le risque commercial de son employeur et, pour la durée de cette relation, fait partie intégrante de l'entreprise de l'employeur, formant ainsi une unité économique avec celle-ci.
- Le fait que dans le contexte d'une relation de travail, une personne travaille seulement pendant un nombre d'heures très réduit, peut-être une indication que les activités exercées sont marginales et accessoires. Indépendamment du montant limité de la rémunération et du nombre réduit d'heures de l'activité en question, on ne peut cependant pas exclure, suite à une évaluation globale de la relation de travail concernée, que l'activité puisse être considérée par les autorités nationales comme étant réelle et tangible, et permette dès lors à celui qui l'exerce de se voir accorder le statut de « travailleur » au sens du droit de l'Union européenne. Il est dès lors probable que les salariés sous « contrat zéro heure » entrent dans le cadre des « travailleurs » au titre du droit de l'Union européenne.
- Il ressort également de la jurisprudence constante de la Cour que le concept de « travailleur » en droit de l'Union européenne s'applique également à une personne qui accomplit un stage ou des périodes d'apprentissage dans une occupation qui peut être considérée comme une préparation pratique liée à l'accomplissement réel de l'occupation en question, pour autant que ces périodes soient prestées dans les conditions d'une activité salariée réelle et effective, pour et sous la direction d'un employeur. La Cour a indiqué que cette conclusion ne peut pas être invalidée au motif que la productivité de la personne concernée est faible, qu'elle n'accomplit pas l'intégralité des tâches et que, de ce fait, elle ne travaille qu'un nombre réduit d'heures par semaine et ne perçoit qu'une rémunération limitée.
- Il existe une contradiction intrinsèque dans la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne le travail atypique et/ou précaire, de telle sorte que la Cour, à un moment ou à un autre, devra décider si l'objectif économique du travail atypique en droit de l'Union européenne est principal ou secondaire par rapport à l'objectif social poursuivi par les directives considérées sur le travail à durée déterminée, le travail à temps partiel, le détachement de travailleurs et le travail intérimaire.
- Ainsi que l'a fait remarquer Steven Peers, le principe de l'égalité de traitement des travailleurs atypiques – ou de non-discrimination à leur égard – fait partie du principe général d'égalité reconnu par le droit de l'UE et s'inspire de certains aspects de la jurisprudence de la Cour de justice, spécifiquement en ce qui concerne le droit en matière de discrimination sexuelle. La législation de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice indiquent également que, dans une large mesure, il faut garantir aux travailleurs atypiques l'égalité de traitement concernant les autres droits en matière de travail et de non-discrimination protégés par le droit européen.
- Les travailleurs à durée déterminée, les travailleurs à temps partiel, les travailleurs intérimaires, les travailleurs détachés ainsi que les autres travailleurs précaires sous des régimes de travail atypiques comme les travailleurs sous « contrat zéro heure » et autres régimes du même genre, les « faux »

travailleurs indépendants, les jeunes qui entrent sur le marché du travail via des programmes de stage ou d'apprentissage ainsi que les travailleurs domestiques migrants, ne devraient dès lors pas être traités moins favorablement qu'un « travailleur à durée indéterminée comparable » en l'absence de toute justification objective et ce, indépendamment du fait qu'il y ait ou non des « travailleurs à durée indéterminée comparables » sur le lieu de travail considéré.

- En effet, le « travailleur à durée indéterminée comparable » a déjà été défini dans la clause 3(2) de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée comme « un travailleur ayant un contrat ou une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement, et ayant un emploi/travail identique ou similaire, en tenant compte des qualifications/compétences. Lorsqu'il n'existe aucun travailleur à durée indéterminée comparable dans le même établissement, la comparaison s'effectue par référence à la convention collective applicable ou, en l'absence de convention collective applicable, conformément à la législation, aux conventions collectives ou aux pratiques nationales. »
- Le concept de « travailleur à durée indéterminée comparable » pour les travailleurs à temps partiel dans l'État membre hôte devrait dès lors être élargi afin de servir de comparateur pertinent pour les travailleurs à durée déterminée, les travailleurs intérimaires, les travailleurs détachés et les autres travailleurs précaires sous des régimes de travail atypiques comme les travailleurs sous « contrat zéro heure » et autres régimes du même genre, les « faux » travailleurs indépendants, les jeunes qui entrent sur le marché du travail via des programmes de stage ou d'apprentissage et les travailleurs domestiques migrants.
- Le mouvement syndical européen doit insister sur le fait que les principes d'égalité de traitement et de rémunération égale pour un travail égal ou un travail de valeur égale entre les travailleurs *en tant que tels* – c'est-à-dire, non seulement en ce qui concerne les travailleurs migrants au sein de l'UE, ou les travailleurs hommes et femmes –, ne constituent pas seulement un « principe de droit social communautaire » ou un exemple de « règles du droit social de l'Union européenne d'une importance particulière », mais bien *l'expression d'un droit humain fondamental*, qui découle des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.
- De plus, comme l'a déjà fait valoir de façon approfondie et convaincante Valerio De Stefano, la construction de droits collectifs en tant que droits humains fondamentaux peut sans aucun doute avoir des effets bénéfiques spécifiques pour les travailleurs précaires, atypiques ou non conventionnels, à qui il convient d'accorder l'attention nécessaire lorsque l'on réévalue les restrictions au droit à la négociation collective et au droit de grève afin de suivre le rythme de la croissance de la main-d'œuvre non conventionnelle.

II – TRAVAIL PRÉCAIRE – DÉFINITIONS ET CONCEPTS

A – Origines du terme

La notion de « travail précaire » est entrée dans le discours sociologique et économique dans les années 60. Il semble y avoir un consensus général selon lequel les origines du mot « précaire » émanent de la sociologie française qui, dans les années 70, a commencé à associer le terme de « précarité » à la pauvreté, n'utilisant le concept que plus tard pour décrire des relations de travail.¹

Les références à la *précarité* (« precariousness » en anglais) dans le droit de l'Union européenne sont effectivement rares, tant dans la législation de l'Union européenne² que dans la jurisprudence des tribunaux européens.

De fait, il n'existe pas de définition unique du « travailleur » en droit de l'Union européenne : celle-ci varie en fonction du domaine auquel la définition doit s'appliquer.³

Alors que le concept de « precariousness » ou *précarité*⁴ s'est transformé en législation contraignante dans le Code du travail français⁵ en 2013, la Commission européenne a pour sa part insisté sur le fait que le « travail précaire » ne constituait pas un concept juridique en droit de l'Union européenne. Selon la Commission, celui-ci découle d'une série de facteurs, incluant le système de sécurité sociale en place et la situation familiale du travailleur, et il peut dès lors affecter des travailleurs liés par n'importe quelle forme de contrat de travail.⁶

La Commission fait souvent référence à son travail pour remédier au travail précaire dans le droit fil de son livre vert de 2006. Il y a eu un projet pilote et une étude, qui montrent que la croissance des formes atypiques d'emploi contribue à accroître le risque de précarité pour un nombre significatif de travailleurs.⁷ La Commission s'est également référée au train de mesures sur les investissements sociaux

¹ McKay, S., Jefferys, S., Paraksevpoulou, A., Keles, J., « Study on Precarious work and social rights » réalisée pour la Commission européenne (VT/2010/084), Working Lives Research Institute, Londres, 2012, p. 4

² Une recherche dans la législation européenne actuellement en vigueur dans la base de données EUR-Lex montre que le terme français « précarité », dans les quelques affaires pour lesquelles il a été utilisé dans des actes juridiques non-contraignants, est actuellement associé aux actions de lutte contre la pauvreté (décision du Conseil 85/8/CEE du 19 décembre 1984 concernant une action communautaire spécifique de lutte contre la pauvreté, JO [1985] L 2, p. 24) ; à l'intégration sociale des jeunes (résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 14 décembre 2000 relative à l'intégration sociale des jeunes, JO C 374, p. 5) ; mais est également en rapport avec « l'insécurité en lien avec l'emploi » (décision du Conseil 89/457/CEE du 18 juillet 1989 portant établissement d'un programme d'action communautaire à moyen terme concernant l'intégration économique et sociale des groupes de personnes économiquement et socialement moins favorisées, JO L 224, p. 10)

³ *Martínez Sala*, C-85/96, UE:C:1998:217, paragraphe 31

⁴ Le dictionnaire français *Larousse* définit le terme *précaire* ainsi : qui n'existe ou ne s'exerce que par une autorisation révocable : *Poste précaire*. ; Qui n'offre nulle garantie de durée, de stabilité, qui peut toujours être remis en cause : *Santé précaire. Emploi précaire*. ; Qui est d'une sécurité douteuse : *Un abri précaire*. L'entrée dans *Le Petit Robert* dérive l'adjectif *précaire* du terme latin *precarious* (obtenu par la prière) ainsi : 1. Dont l'avenir, la durée, la stabilité ne sont pas assurés. ->EPHÉMÈRE, INCERTAIN. *Une santé précaire*; -> FRAGILE. Travail, emploi précaire. 2. dr. Révocable selon la loi. *Possession précaire, à titre précaire*. *The Oxford English Dictionary* n'a pas d'entrée pour le terme « precarity », mais définit *precarious* (adj.) comme : « not securely held or in position; dangerously likely to fall or collapse: *a precarious ladder*: and dependent on chance; uncertain: *he made a precarious living as a painter* » (qui n'est pas maintenu sûrement, ni dans une position sûre ; avec une propension dangereuse à tomber ou à s'effondrer : *une échelle précaire* ; et dépendant du hasard, incertain : *il gagnait sa vie de façon précaire comme peintre*)

⁵ Voir entre autres les articles L1251-32, L1226-4-3, L2323-59, L1226-20 et L1243-8 du Code du travail français.

⁶ Claudette Abela Baldacchino (S&D), question avec demande de réponse écrite à la Commission, 27 août 2013, P-009626/2013. Voir la réponse correspondante donnée par M. Andor au nom de la Commission à la question écrite P-009626/2013, 19 septembre 2013

⁷ Claudette Abela Baldacchino (S&D), question avec demande de réponse écrite à la Commission, 27 août 2013, P-009626/2013. Voir la réponse correspondante donnée par M. Andor au nom de la Commission à la question écrite P-009626/2013, 19 septembre 2013

de 2013, qui présente une stratégie pour une réforme structurelle de la politique sociale afin d'aider les États membres à mieux investir dans les personnes et à mieux les protéger, et donc à s'attaquer aux causes fondamentales de la précarité.⁸

Comme Jean-Claude Barbier l'a déjà souligné, la comparaison transnationale de la « précarité de l'emploi » en est encore à ses débuts.⁹ Cependant, il ne faut pas surestimer le défi posé par la définition de ce que sont un « travail précaire », des « conditions de travail précaires », un « travail atypique », des « formes d'emploi standards » ou « non conventionnelles », voire des « emplois de qualité ». Aujourd'hui, les économistes ont tendance à associer l'expression « travail précaire » à la flexibilité du marché du travail, ainsi qu'aux « travailleurs intégrés » et aux « travailleurs exclus », et ils seront davantage enclins à définir la précarité en termes de la forme revêtue par un contrat de travail. Pour les juristes, la précarité est plus généralement associée à l'absence de réglementation juridique, ou à l'exclusion de la réglementation existante.¹⁰ Pour les syndicats et les représentants syndicaux, la définition du « travail précaire » dépendra très probablement du secteur et du pays concernés.

En 1964, dans un article précurseur de l'*International Labour Review*, l'économiste italien Sylos Labini définissait le travail précaire comme celui qui ne procure aucune stabilité de revenu, ni aucune garantie de sécurité ou d'amélioration à long terme. La « précarité » fait à la fois référence à la nature du travail et à la position sociale que celle-ci génère pour l'individu. Labini soulignait la corrélation entre le travail précaire et le travail à temps partiel, le travail pour de très courtes périodes, le travail au noir dans l'agriculture, et avec les personnes ayant des revenus très faibles et instables, comme les agriculteurs, les petits artisans et les commerçants.¹¹

Dans les années 70 et 80, l'inquiétude croissante au sujet de la hausse des pratiques de travail atypiques comme le travail à court terme, le travail à temps partiel et les contrats d'intérim, a débouché, au sein des milieux universitaires et politiques, sur une discussion élargie concernant les pratiques de travail précaires.

Gerry et Janine Rodgers (1989) ont décrit le travail précaire comme un phénomène qui « va au-delà de la forme d'emploi pour considérer l'ensemble des facteurs qui contribuent ou non à ce qu'une forme d'emploi particulière expose les travailleurs à l'instabilité de l'emploi, à un manque de protection juridique et syndicale, ainsi qu'à la vulnérabilité économique. »¹²

Dès lors, la définition des Rodgers s'efforçait d'aller au-delà d'une définition formaliste basée sur certaines dispositions contractuelles pour discerner les dimensions communes du travail précaire qui recourent différentes relations d'emploi. Ils ont suggéré quatre dimensions principales, qui peuvent être résumés comme suit :

- *Temporelle* : c.-à-d., le coefficient de certitude sur la période d'emploi.
- *Organisationnelle* : contrôle individuel et collectif du travail par les travailleurs en ce qui concerne les conditions de travail, les horaires de travail et les roulements d'équipes, l'intensité du travail, le salaire, la santé et la sécurité.

⁸ Siôn Simon (S&D), question avec demande de réponse écrite à la Commission, 2 octobre 2014, E-007465/2014 ; Siôn Simon (S&D), question avec demande de réponse écrite à la Commission, 2 octobre 2014, E-007466/2014 ; et Siôn Simon (S&D), question avec demande de réponse écrite à la Commission, 13 octobre 2014, E-007858/2014. Voir la réponse correspondante commune donnée par Mme Thyssen au nom de la Commission aux questions écrites E-007858/14, E-007465/14 et E-007466/14, 1^{er} décembre 2014

⁹ Jean-Claude Barbier, « A comparative analysis of 'employment precariousness' in Europe », dans Hantrais, McGregor et Mangan (édit.), *European Cross-National Research and Policy*, European Cross-National Research and Policy, European Research Centre (2005)

¹⁰ Sonia McKay, « Disturbing equilibrium and transferring risk: confronting precarious work », dans N. Countouris et M. Freedland (édit.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, (Cambridge University Press, 2013), p. 199

¹¹ P. Sylos Labini, « Precarious Employment in Sicily » (1964) dans Nicola Countouris, *Strengthening the Protection of Precarious Workers: The Concept of Precarious Work*, ILO International Training Centre, 2011.

¹² Gerry Rodgers, « Le débat sur le travail précaire en Europe de l'Ouest » dans G. Rodgers & J. Rodgers, édit., *Les emplois précaires dans la régulation du marché du travail : croissance des emplois atypiques en Europe de l'Ouest* (Genève, OIT, 1989), p. 1

- *Économique* : rémunération suffisante et évolution adéquate du salaire.
- *Sociale* : accès à la protection sociale, par exemple à la protection contre les licenciements abusifs, contre les discriminations, etc., ainsi qu'accès aux indemnités de maladie, d'accident ou de chômage.¹³

Ainsi que Jean-Claude Barbier le faisait déjà remarquer, les chercheurs impliqués dans l'étude ESOPE sur le travail précaire réalisée en 2004 pour la Commission européenne ont été confrontés à des problèmes de définition tellement fondamentaux qu'ils ont fini par faire de la question même de « qu'est-ce que la précarité de l'emploi » l'un des principaux sujets de recherche du projet.¹⁴

Fudge et Owens ont utilisé les quatre dimensions identifiées par Gerry et Janine Rodgers pour proposer une définition du travail précaire aux fins de la présente étude. Ils ont défini le travail précaire comme :

*Des régimes d'emploi variés (p. ex. travail intérimaire, sous-emploi, travail quasi-indépendant, travail de garde) fixés en dessous des critères normatifs socialement admis (généralement exprimés sous forme de droits, de législation en matière de protection de l'emploi et de protection collective) sous un ou plusieurs aspects (les quatre dimensions), qui résultent d'une répartition inégale vis-à-vis des travailleurs et entre eux (vis-à-vis des travailleurs et entre les travailleurs, ce qui conduit à la segmentation du travail) de l'insécurité et des risques habituellement associés à la vie économique en général et au marché du travail en particulier.*¹⁵

Fudge et Owens identifient le travail précaire comme « le travail qui s'écarte du modèle normatif de la relation d'emploi classique (laquelle consiste en une relation d'emploi à temps plein, tout au long de l'année, pour une durée indéterminée et pour un employeur unique), qui est mal rémunéré et qui ne suffit pas pour assurer la subsistance d'un ménage ». ¹⁶ Ces auteurs constatent que le travail précaire a tendance à être associé « au travail à temps partiel, au travail indépendant, au travail à durée déterminée, au travail intérimaire, au travail de garde, au travail à domicile et au télétravail, qui sont réunis plus par leur divergence avec la relation d'emploi standard... que par de quelconques caractéristiques communes ». ¹⁷

À titre de comparaison, Sonia McKay a établi les critères suivants pour identifier le travail précaire :¹⁸

- Les individus sont dans l'incapacité de faire valoir leurs droits en matière d'emploi.
- La couverture offerte par la protection sociale est absente.
- La santé et la sécurité sont mises en danger.
- Le travail ne procure pas de revenus suffisants pour vivre décemment.
- Il n'y a aucune sécurité de l'emploi.
- Les versements des rémunérations sont effectués de façon irrégulière, voire pas du tout.
- Il y a une absence, ou uniquement des possibilités limitées, de choix.

Pour Guy Standing, le terme descriptif de « précarité » caractérise les personnes qui ne bénéficient pas

¹³ Miguel Laparra Navarro et al, *Precarious Employment in Europe*, 2004, p. 8. Voir également : Diamond Ashiagbor, « Promoting Precariousness? The Response of EU Employment Policies to Precarious Work », dans J. Fudge et R. Owens (édit.), *Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms*, (Oxford, Hart Publishing, 2006), p. 80

¹⁴ Jean-Claude Barbier, « A comparative analysis of 'employment precariousness' in Europe », dans Hantrais, McGregor et Mangan (édit.), *European Cross-National Research and Policy*, European Cross-National Research and Policy, European Research Centre (2005)

¹⁵ Miguel Laparra Navarro et al, *Precarious Employment in Europe*, 2004, p. 9

¹⁶ « Precarious Work, Women, and the New Economy: The Challenge to Legal Norms 3 » (Judy Fudge & Rosemary Owen édit., 2006)

¹⁷ « Precarious Work, Women, and the New Economy: The Challenge to Legal Norms 3 » (Judy Fudge & Rosemary Owen édit., 2006)

¹⁸ Sonia McKay, « Disturbing equilibrium and transferring risk: confronting precarious work », dans N. Countouris et M. Freedland (édit.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, (Cambridge University Press, 2013), p. 199

des sept formes de sécurité liée au travail que les sociaux-démocrates, les partis travaillistes et les syndicats ont cherché à obtenir dans leur calendrier de « citoyenneté industrielle » après la Seconde guerre mondiale. Selon Standing, toutes les personnes en situation de « précarité » n'accordent pas une grande importance à ces sept formes de sécurité, mais s'en sortent mal dans tous les domaines.¹⁹

Formes de sécurité de l'emploi sous la « citoyenneté industrielle »

Sécurité du marché du travail : possibilités suffisantes d'emplois rémunérateurs ; sur le plan macroéconomique, un exemple typique est constitué par l'engagement d'un gouvernement en faveur du « plein emploi ».

Sécurité de l'emploi : protection contre les licenciements arbitraires, réglementation en matière d'embauche et de licenciement, imposition d'amendes aux employeurs qui ne respectent pas la réglementation, etc.

Sécurité dans l'emploi : capacité et possibilité de conserver un créneau dans l'emploi, plus des garde-fous contre la dilution des compétences et des possibilités de mobilité « vers le haut » en termes de statut et de revenus.

Sécurité sur le lieu de travail : protection contre les accidents du travail et les maladies professionnelles au moyen, par exemple, de règles en matière de santé et de sécurité ; de la limitation du temps de travail, des heures de travail en dehors des horaires normaux et du travail de nuit pour les femmes ; ainsi que d'une indemnisation en cas d'accident.

Sécurité de la transmission des compétences : possibilité d'acquérir des compétences au moyen de l'apprentissage, de la formation professionnelle etc. et possibilité d'utiliser ces compétences.

Sécurité de revenu : garantie d'un revenu stable et suffisant, protégé par exemple par un dispositif de salaire minimum, une indexation des salaires, un système de sécurité sociale complet, ainsi qu'une fiscalité progressive visant à réduire les inégalités et à compléter les revenus modestes.

Sécurité de représentation : accès à une parole collective sur le marché du travail au moyen, par exemple, de syndicats indépendants et du droit de grève.

Pour leur part, les membres fondateurs du syndicat européen IndustriAll (la FEM, l'EMCEF et la FSE-THC) ont défini les « emplois précaires » comme suit dans leur *Revendication commune pour des négociations collectives, pour des emplois plus sûrs et contre le travail précaire* :²⁰

Par « travail précaire » ou emploi précaire, on entend en fait un travail qui n'offre pas une sécurité suffisante pour accéder ou se maintenir à un niveau de vie acceptable dans la société en général. Cela crée un sentiment d'instabilité, un sentiment d'insécurité face à un avenir incertain. L'emploi précaire est une problématique très vaste. La façon dont il est perçu, ressenti et vécu est très personnelle. Elle dépend directement de la situation professionnelle au sein de l'usine, de l'entreprise (type de contrat accordé, conditions salariales, informations mises à disposition, ...) mais aussi de la position personnelle dans la société au sens large (dans quelle mesure le travail est reconnu, respecté, considéré...).

En tout état de cause, des emplois peuvent toujours être considérés comme précaires si ce sont des emplois (n')offrant :

- une sécurité (d'emploi) faible ou nulle ;
- un salaire bas ou non garanti ;
- un accès nul ou insuffisant à la sécurité sociale (en matière de pension, d'assurance maladie, d'allocation de chômage) ;

¹⁹ Guy Standing, « The Precariat – The New Dangerous Class » (Bloomsbury, 2014), p. 17

²⁰ Document adopté lors de la 1^{ère} réunion du Comité exécutif d'IndustriAll Europe, Luxembourg, 27 et 28 novembre 2012

- aucun contrôle sur le processus de travail, lié à la présence ou à l'absence de syndicats, lié au contrôle des conditions de travail, des salaires, le temps de travail et des cadences de travail ;
- aucune protection contre les licenciements ;
- aucun accès à la formation professionnelle ;
- pas de perspectives de carrière ;
- que peu ou pas de santé et sécurité sur le lieu de travail ;
- aucune protection juridique ou contractuelle ;
- aucune représentation syndicale.

B – Ébauche de définition par l'UE du travail précaire

Dans l'Union européenne, le travail précaire est défini comme la combinaison d'un faible niveau de certitude sur la continuité de l'emploi, d'un faible contrôle de l'individu sur son travail (notamment sur les horaires de travail), d'un faible niveau de protection (contre le chômage ou la discrimination), et de peu d'occasions de formation ou d'évolution professionnelle. On désigne aussi parfois cela comme de l'emploi de « mauvaise qualité ». Ces emplois de « mauvaise qualité » incluent par exemple les « emplois sans perspective » et les « emplois faiblement payés / à faible productivité ». Le travail précaire comprend les contrats intérimaires, saisonniers, à temps partiel, de garde, journaliers, occasionnels, ou à court terme ; ainsi que le travail indépendant, le travail à domicile et les emplois simultanés. Il peut également inclure des contrats standards d'emploi au titre desquels les travailleurs sont soumis à des changements organisationnels, tels que : restructuration, rationalisation, privatisation ou délocalisation.²¹

Un rapport établi en 2010 par la commission des droits de la femme et de l'égalité des genres du Parlement européen fournit une définition pratique du travail précaire comme désignant « les formes atypiques d'emploi présentant une ou plusieurs des caractéristiques suivantes (...) peu ou pas de sécurité de l'emploi en raison de la nature non permanente, souvent occasionnelle, de l'emploi (...) un faible niveau de rémunération (...) aucun droit à une protection sociale ou à des prestations liées à l'emploi, aucune protection contre la discrimination. »²², assimilant une fois encore le travail précaire à l'emploi atypique.

Des définitions élargies et divergentes du travail précaire mettent davantage l'accent sur le travail non rémunéré ; le travail présentant des risques particulièrement élevés pour la santé physique et psychologique ; les critères sociaux, en particulier dans une perspective de genre et de race ; et les emplois mal rémunérés, insuffisants pour assurer la subsistance d'un ménage.²³ Ces définitions reflètent non seulement la nature multidimensionnelle et controversée du concept de travail précaire, mais également le chevauchement considérable avec des concepts plus larges, comme ceux d'emplois de faible ou de mauvaise qualité, d'emplois sans perspective, et de travail décent.²⁴

²¹ Aditya Jain et Juliet Hassard, « Precarious work: definitions, workers affected and OSH consequences » https://oshwiki.eu/wiki/Precarious_work:_definitions,_workers_affected_and_OSH_consequences, EU-OSH Wiki, consulté le 11 janvier 2016

²² Parlement européen, Rapport sur les salariées en situation de travail précaire (2010/2018(INI)), A7-0264/2010

²³ Pour une vue d'ensemble de ces définitions divergentes, voir *inter alia* les discussions de Vosko (2006), d'Evans et Gibb (2009), et de Fudge et Owens (2006) dans Nicola Countouris, « Strengthening the Protection of Precarious Workers », pp. 6 et 7. Voir également Virginia Mantouvalou, « Human Rights for Precarious Workers: The Legislative Precariousness of Domestic Labour », UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers, LRI WP 2/2012, disponible en ligne sur : <http://www.ucl.ac.uk/laws/lri/papers/VM%20precarious%20workers.pdf>, p. 2

²⁴ Le travail illégal, les trafics, certaines formes de prostitution, ainsi que l'esclavage moderne, sont sans doute les formes ultimes de travail précaire, avec des individus piégés dans des cycles souvent inéluctables de misère et d'exploitation, et travaillant dans des conditions effroyables, voire dangereuse pour leur vie. Ces domaines, cependant, méritent leur propre analyse approfondie, et bien qu'ils forment une partie du contexte dans lequel la présente étude analyse les pratiques de travail précaire, ils ne font pas l'objet de ses investigations.

Étant donné la difficulté associée à l'étude empirique des cas de travail précaire, l'analyse des régimes de travail atypiques est souvent utilisée comme un indicateur efficace pour comprendre diverses pratiques de travail précaire. Mettre l'accent sur les régimes de travail atypiques est particulièrement pertinent en ce qui concerne l'aspect juridique de la compréhension du travail précaire, étant donné que ces régimes de travail atypiques constituent les circonstances structurelles qui peuvent conduire à des cas systématiques de travail précaire.

Il y a toutefois deux réserves importantes qui doivent rester à l'esprit quand on analyse les régimes de travail atypiques. Premièrement, considérer un régime de travail comme *atypique* présuppose nécessairement avant tout la perception de ce qui est « typique ».

Comme l'indique l'étude ESOPE de 2004 sur le travail précaire, il existe d'importantes différences nationales au sein de l'Union européenne sur ce qui est considéré comme constituant un *régime de travail typique*. En France et en Allemagne par exemple, la conception juridique et normative d'un emploi typique épouse étroitement celle de la « relation de travail type » (c.-à-d. un travail à temps plein et durée indéterminée, dans le cadre d'une relation de subordination directe). Le Royaume-Uni a par contre tendance à envisager un champ beaucoup plus large de régimes de travail comme représentant la norme, avec par exemple le travail à temps partiel qui est plus considéré comme un régime typique et acceptable, spécialement en ce qui concerne les femmes.²⁵ Ce qui constitue un travail typique dans ces situations ne dépend pas de la question *empirique* de savoir, statistiquement parlant, quels régimes de travail prévalent dans chaque pays, bien que cette prévalence influence inévitablement les pratiques locales.

Le « travail typique » est plutôt un point de référence *normatif*, qui imprègne à la fois la réglementation et les conceptions sociales.²⁶ Les distinctions plus subtiles entre les conceptions nationales de la précarité sont bien documentées par l'étude ESOPE, et elles ne constituent pas le thème central de ce projet. La présente opinion juridique se base sur l'hypothèse générale, énoncée par l'Organisation internationale du travail (OIT), selon laquelle un travail atypique désigne un travail qui ne relève pas d'une relation de travail type, à savoir un travail à temps plein et de durée indéterminée dans le cadre d'une relation de subordination directe.²⁷

Deuxièmement, il ne faut pas confondre le travail atypique (non-standard) avec le travail précaire. Toutes les formes atypiques d'emploi ne doivent pas être considérées comme précaires en toutes circonstances. L'OIT fait référence à certains emplois atypiques qui ont été librement choisis, comme sortant du champ du travail précaire. D'autres mettent l'accent sur la façon dont un régime de travail atypique peut potentiellement assurer une transition réelle vers un emploi à temps plein traditionnel comme principal facteur distinctif. Bien entendu, déterminer dans quelle mesure un travailleur a « volontairement » choisi un travail atypique est problématique en soi. Pour de nombreux travailleurs, en particulier ceux qui connaissent une situation économique et personnelle difficile, le « choix » du régime de travail auquel ils sont assujettis peut-être complètement théorique.

Les facteurs distinctifs les plus pertinents sont peut-être ceux de la répartition des risques et du sentiment général d'autonomie : ceux qui sont soumis à des formes de travail atypiques, mais qui jouissent d'un degré élevé d'autonomie concernant les modalités de leur régime de travail, risquent moins de tomber dans la catégorie des travailleurs précaires. Ceci peut découler de la capacité économique et personnelle à choisir de travailler à temps partiel (par exemple, pour concilier le travail avec des obligations familiales ou des études), d'un important degré de contrôle sur la nature du travail et les conditions de travail (dans le cas d'un consultant spécialisé indépendant, notamment), voire d'un niveau élevé de rémunération et de flexibilité (en relation, par exemple, avec des postes de cadres supérieurs).

Le problème consistant à distinguer le travail atypique du travail précaire s'atténue quand le travail

²⁵ Miguel Laparra Navarro et al, « Precarious Employment in Europe », 2004, pp. 36-38, 42.

²⁶ Gerry Rodgers, « Precarious Work in Western Europe: The State of the Debate », dans G. Rodgers & J. Rodgers, édité., *Precarious Jobs in Labour Market Regulation: The Growth of Atypical Employment in Western Europe* (Genève, OIT, 1989), p. 1

²⁷ « Les formes atypiques d'emploi », rapport pour discussion lors de la Réunion des experts sur les formes atypiques d'emploi (Genève, du 16 au 19 février 2015), MENSFE/2015, Bureau international du travail, p.1

précaire n'est pas considéré comme une dualité (c'est-à-dire le travail est soit précaire, soit non précaire), mais comme une caractéristique existant dans un continuum défini contextuellement (c'est-à-dire le degré de précarité).²⁸

Enfin, comme l'indique Valerio De Stefano, « (...) Il y a eu une nette progression des politiques du marché du travail visant de façon assumée à promouvoir la création d'emplois en recourant à des contrats de travail atypiques, comme les contrats à durée déterminée et/ou à temps partiel, ou les contrats de travail intérimaire (TI). Dans la plupart des cas, ces réformes n'ont affecté de façon significative ni le contrat d'emploi type à durée indéterminée et à temps plein, ni les réglementations applicables en matière de licenciement. »²⁹ Ainsi que l'explique De Stefano :

« Cette approche de 'flexibilité à la marge' est maintenant remise en question même par les institutions qui plaident auparavant pour une déréglementation des formes atypiques et « flexibles » d'emploi :³⁰ le risque, fait-on maintenant valoir, est que les travailleurs – en particulier les jeunes travailleurs, les femmes ou les travailleurs appartenant à des groupes défavorisés – soient « piégés » dans une suite sans fin de contrats de travail précaires et incertains pendant une partie considérable de leur vie active. Il est en particulier suggéré que faciliter le recours aux contrats de travail intérimaires sans réformer la relation d'emploi à durée indéterminée en assouplissant les protections contre le licenciement engendre une segmentation périlleuse du marché du travail. De plus, fait-on valoir, une protection efficace contre les licenciements incite les employeurs à rechercher des dispositions contractuelles stipulant la suppression ou la diminution des indemnités de licenciement. Il est suggéré que ce processus génère un 'dualisme' des marchés du travail, à savoir une nette fracture entre le marché du travail des travailleurs intégrés et protégés, qui bénéficient de contrats à durée indéterminée et d'une protection contre le licenciement, et celui des travailleurs exclus, 'non-protégés', qui sont soumis à une suite indéfinie et prolongée de contrats atypiques, caractérisés par une grande instabilité. »³¹

Depuis le début du débat sur la segmentation du marché du travail dans les années 70, le problème du dualisme a été abordé dans diverses initiatives de réforme du droit du travail. Trois grands types de réformes peuvent être identifiés ; ils correspondent approximativement à des étapes dans l'évolution de la réponse réglementaire :³²

- (i) Modifications de la portée personnelle des lois de protection des travailleurs visant à élargir la définition de travail salarié et à abaisser ou à supprimer les seuils salariaux et horaires,

²⁸ Miguel Laparra Navarro et al, « Precarious Employment in Europe », 2004, p. 48

²⁹ De Stefano, Valerio, « A Tale of Oversimplification and Deregulation: The Mainstream Approach to Labour Market Segmentation and the Recent Responses to the Crisis in European Countries » (5 décembre 2013). Bocconi Legal Studies Research Paper. Disponible au SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2363932> ; réédité à la demande de l'auteur en tant que document de travail du CSDLE « Massimo D'Antona ». INT – 102/2013, disponible sur http://aei.pitt.edu/47413/1/20131219-111120_destefano_102-2013intpdf.pdf

³⁰ Par exemple, la directive 2008/104/CE et la directive 1999/70/CE considèrent les formes atypiques d'emploi comme permettant de « contribuer efficacement à la création d'emplois » et de répondre, « dans certaines circonstances, à la fois aux besoins des employeurs et à ceux des travailleurs ». Voir également « Étude de l'OCDE sur l'emploi. Faits, analyse, stratégies, 1994 ». Sur ce point, voir N. Countouris et M. Freedland, « Labour regulation and the economic crisis in Europe: challenges, responses and prospects », dans J. Hayes, L. Rychly (édit.), *Labour Administration in Uncertain Times. Policies, Practices and Institutions* (Cheltenham : Edward Elgar, 2013)

³¹ Voir O. Blanchard et A. Landier, « The Perverse Effects of Partial Labor Market Reform: Fixed Duration Contracts in France » (2012), *Economic Journal* n° 112, pp. 214-244 ; T. Boeri et P. Garibaldi, « Two Tier Reforms of Employment Protection: a Honeymoon Effect? » (2007), *Economic Journal* n° 117, pp. 357-385 ; S. Bentolila, J. F., Jimeno et J. J. Dolado, « Reforming an Insider-Outsider Labor Market: The Spanish Experience » (2012), document de travail n° 01 de FEDEA (consulté le 9 avril 2014) ; R. Bouis, O. Causa, L. Demmou, R. Duval et A. Zdzienicka, « The Short-Term Effects of Structural Reforms: An Empirical Analysis? » (2012), document de travail n° 949 du département des affaires économiques de l'OCDE, (Paris : OCDE)

³² Simon Deakin, « Addressing labour market segmentation : the role of labour law », département du tripartisme et de la gouvernance du Bureau international du travail, Genève : OIT, 2013.

ainsi que les périodes minimales de service admissibles, ce qui a eu pour effet d'exclure certains travailleurs atypiques du dispositif de protection ;

- (ii) Changements dans la nature de la protection, impliquant dans certains cas l'affaiblissement des fondements mêmes des droits des travailleurs ; et dans d'autres, création d'un droit juridique à un traitement équivalent ou au prorata pour ceux qui sont à la marge ; et
- (iii) Association des réformes des lois de protection des travailleurs (y compris certaines réformes de déréglementation) à des mécanismes d'intervention complémentaires incluant une politique active du marché du travail, le droit fiscal, le droit de la sécurité sociale, et les négociations collectives.

Les principales fédérations syndicales européennes ont été attentives à l'impact des formes d'emploi précaires, atypiques et / ou « flexibles » sur les syndicats eux-mêmes et sur les travailleurs qu'ils représentent. Les travailleurs précaires sont souvent soit ouvertement exclus de l'accès à la représentation et à la protection syndicales, soit plus difficiles à mobiliser en raison de leur situation professionnelle souvent instable et hors-cadre. Ceci prive non seulement les travailleurs individuels d'un accès à la représentation et au soutien syndicaux, mais sape également de façon plus générale l'efficacité de la représentation syndicale.

Selon le Rapport annuel de l'UE sur les droits de l'homme et la démocratie dans le monde en 2014,³³ l'Union européenne attache une très grande importance à l'interdépendance de tous les droits de l'homme et à l'indivisibilité des droits civils et politiques et des droits économiques, sociaux et culturels (DESC), qu'elle considère être des principes fondamentaux du droit international relatif aux droits de l'homme.

Sur la scène mondiale, l'UE promeut les droits économiques et sociaux dans les discussions lors de forums internationaux comme le G20. En 2014, les dirigeants du G20 ont affirmé que leur priorité principale consistait à créer de meilleures conditions de vie et des emplois de qualité pour les personnes dans le monde entier. Ils ont réaffirmé leur engagement à réduire le chômage des jeunes, qui a atteint un niveau inacceptable, en agissant pour faire en sorte que les jeunes aillent à l'école, suivent une formation ou trouvent un emploi. Ils ont également admis la nécessité de remédier au travail au noir, ainsi qu'au chômage structurel et de longue durée, en renforçant les marchés du travail et en établissant des systèmes de sécurité sociale appropriés. L'amélioration de la santé et de la sécurité sur le lieu de travail font partie des priorités mentionnées. Les dirigeants du G20 ont demandé à leurs ministres du travail et de l'emploi, avec l'appui d'un groupe de travail sur l'emploi, de leur présenter un rapport en 2015.³⁴

C – Perspective mondiale : le débat au sein de l'OIT sur le travail précaire et atypique et sur les formes non-conventionnelles de travail

Un récent rapport de l'OIT note que : « (...) Les définitions de l'emploi précaire et de l'emploi atypique se chevauchent mais ne sont pas synonymes. Le travail 'précaire' renvoie au travail 'atypique' non souhaité (travailleur temporaire sans aucune sécurité de l'emploi, travailleur à temps partiel sans aucun avantage proportionnel conféré par un emploi à plein temps, etc.). »³⁵ Sans doute, suggérer que l'élément du choix pourrait transformer une relation de travail objectivement précaire en une relation de travail subjectivement stable et sûre, est plutôt insatisfaisant et contestable.

La montée du travail précaire constatée dans le monde entier a mis celui-ci à l'agenda de l'OIT. En effet, il est possible de considérer l'« agenda pour le travail décent » de l'OIT, fondateur, comme une tentative de s'attaquer au travail précaire en lui renvoyant son image inversée grâce aux quatre piliers que

³³ Doc. n° 10152/15, Luxembourg, 22 juin 2015

³⁴ Communiqué des dirigeants du G20 du 16 novembre 2014. Voir entre autres « Informality and the quality of employment in G20 countries » (L'informalité et la qualité de l'emploi dans les pays du G20), Organisation internationale du travail, rapport préparé pour la réunion des ministres du Travail et de l'Emploi du G20 à Melbourne, les 10 et 11 septembre 2014

³⁵ Conférence internationale du travail, 99^e session, « Des politiques de l'emploi pour la justice sociale et une mondialisation équitable », page 39 (2010) ; dans le même ordre d'idées, voir : Commission européenne, « Employment in Europe Report 2007 », p. 47 (Direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances, EMPL. D1, 2007)

constituent la création d'emplois, la protection sociale, les droits au travail et le dialogue social.³⁶ L'expression « travail précaire » figure dans un nombre croissant de publications et de documents stratégiques de l'organisation, en particulier ceux qui concernent le secteur syndical.

Le Bureau pour les activités des travailleurs de l'OIT (ACTRAV) a organisé en 2011 un colloque intitulé « Politiques et réglementations destinées à lutter contre le travail précaire » afin de prendre la mesure de l'impact mondial des pratiques de travail précaire sur les droits des travailleurs et du rôle joué par le travail précaire dans l'économie mondiale.³⁷ Le document final mettait en évidence la nature multidimensionnelle et dépendante du contexte de la notion de travail précaire, mais faisait ressortir plusieurs caractéristiques sous-jacentes.

Celles-ci incluaient la fonction du travail précaire comme moyen de transfert des risques et des responsabilités des employeurs vers les travailleurs, et le fait que ce travail se distingue par une série de « caractéristiques objectives (le statut juridique) et subjectives (les sentiments) d'incertitude et d'insécurité ».³⁸ Le Bureau pour les activités des travailleurs de l'OIT a établi une matrice de *dispositions* contractuelles (se rapportant à la fois à la durée et à la nature de la relation) et de *conditions* de travail (bas salaires, faible niveau de protection ou manque d'accès à la protection sociale).³⁹ De façon décisive, les conclusions du colloque mettaient en évidence la précarité non seulement en référence au travail lui-même, mais aussi au genre d'existence qui découle de l'exercice d'un travail précaire : le travail précaire entraîne des existences précaires.⁴⁰

L'OIT s'est récemment prononcée en faveur de l'utilisation de l'expression *formes atypiques d'emploi* lors des discussions sur les catégories de régimes de travail atypiques qui génèrent souvent des cas de travail précaire.⁴¹ C'est sûrement le reflet du délicat équilibre politique réalisé par l'organisation entre les différents représentants de sa structure tripartite. Dans toute la panoplie d'États membres ainsi que de syndicats d'employeurs et de travailleurs représentés à l'OIT, on retrouve un large éventail de perspectives sur le rôle que doivent jouer les régimes atypiques de travail dans l'économie moderne.

Pour se frayer un chemin entre ces points de vue et intérêts divergents, l'OIT a convoqué une *réunion tripartite d'experts sur les formes atypiques d'emploi* en février 2015. Le Vice-président Travailleur a cerné le manque de neutralité politique de la terminologie utilisée lors des discussions à ce sujet, constatant que le mouvement syndical prenait l'habitude d'employer le terme de « travail précaire » pour synthétiser ses préoccupations, tandis que les employeurs soulignaient la « flexibilité ».

Les « formes atypiques d'emploi » (FAE) constituent dès lors une expression plus neutre, ce qui permet aux parties prenantes de débattre et de mettre d'accord sur des objectifs communs de réforme et de protection.⁴² Les participants à la réunion ont recommandé à l'OIT d'améliorer son travail d'observation et de collecte de données, d'envisager des pratiques novatrices pour la protection des travailleurs, ainsi que d'examiner les obstacles actuels à la protection, et d'y remédier. Ils ont en particulier recommandé à l'OIT d'identifier les lacunes dans les normes internationales du travail existantes, et d'évaluer s'il est

³⁶ Kerry Rittich, « Rights, Risk, and Reward: Governance Norms in the International Order and the Problem of Precarious Work », dans J. Fudge et R. Owens (édit.), « Precarious Work, Women and the New Economy: The Challenge to Legal Norms » (Oxford, Hart Publishing, 2006), p. 40

³⁷ ACTRAV, document final du colloque des travailleurs, sur les politiques et réglementations destinées à lutter contre le travail précaire, Organisation internationale du travail, 2012, p. 3

³⁸ ACTRAV, document final du colloque des travailleurs, sur les politiques et réglementations destinées à lutter contre le travail précaire, Organisation internationale du travail, 2012, p. 31

³⁹ ACTRAV, document final du colloque des travailleurs, sur les politiques et réglementations destinées à lutter contre le travail précaire, Organisation internationale du travail, 2012, p. 33

⁴⁰ ACTRAV, document final du colloque des travailleurs, sur les politiques et réglementations destinées à lutter contre le travail précaire, Organisation internationale du travail, 2012, p. 40

⁴¹ Voir, par exemple, Bureau international du travail, « Non-standard forms of employments » (Les formes atypiques d'emploi), <http://www.ilo.org/global/topics/employment-security/non-standard-employment/lang-en/index.htm> (en anglais)

⁴² Bureau international du travail, Conclusions de la réunion d'experts sur les formes atypiques d'emploi, GB.323/POL/3, du 12 au 27 mars 2015, p. 8

nécessaire d'en élaborer de nouvelles.⁴³ Ces recommandations vont aider le conseil d'administration à concevoir le futur programme de l'OIT, et indiquent au moins la possibilité que l'OIT envisage dans le futur de nouvelles normes du travail, spécifiquement orientées vers le travail précaire.

⁴³ Bureau international du travail, Conclusions de la réunion d'experts sur les formes atypiques d'emploi, GB.323/POL/3, du 12 au 27 mars 2015, p. 28

III – TRAVAIL PRECAIRE ET ELABORATION DES POLITIQUES DE L'UE

A – Les années 80 et 90 : travail atypique et directives sur des normes minimales

Les lacunes perçues dans le marché commun, ainsi que les crises économiques et la stagnation au début des années 80, ont mené à l'élargissement des compétences de l'UE dans le domaine du droit du travail et du développement de la dimension sociale. Les principales évolutions des pouvoirs de l'UE en matière de travail et d'emploi incluent : l'Acte unique européen de 1987 ; le Traité de Maastricht de 1992, ainsi que le Protocole social et l'Accord social ; la Charte sociale européenne (révisée) de 1996 ; et le Traité d'Amsterdam de 1997, avec un chapitre social révisé. Grâce à ces modifications, le paysage juridique a continué de progresser et la dimension sociale de l'UE a commencé à prendre forme.

Des exemples de cette évolution peuvent être trouvés dans l'agenda législatif de l'UE. Dans les années 80, il y a eu une impulsion de la présidence Delors pour agir sur le travail atypique.

Le 12 février 1987, Joseph Wresinski présentait le tout premier rapport sur l'extrême pauvreté et sur la précarité économique et sociale jamais élaboré par un État membre de la CEE. Sa définition de la pauvreté et de l'exclusion sociale demeure novatrice,⁴⁴ pas seulement dans la mesure où il a souligné les similarités et les différences entre la précarité et l'extrême pauvreté, mais également du fait qu'il associe la notion de précarité à la problématique des droits fondamentaux :

« (...) la précarité est l'absence d'une ou plusieurs des sécurités, notamment celle de l'emploi, permettant aux personnes et familles d'assumer leurs obligations professionnelles, familiales et sociales, et de jouir de leurs droits fondamentaux. L'insécurité qui en résulte peut-être plus ou moins étendue et avoir des conséquences plus ou moins graves et définitives. Elle conduit à la grande pauvreté quand elle affecte plusieurs domaines de l'existence, qu'elle devient persistante, qu'elle compromet les chances de réassumer des responsabilités et de reconquérir ses droits par soi-même, dans un avenir prévisible. »⁴⁵

Cette définition a aussi fortement influencé l'ancienne Commission des droits de l'homme des Nations unies, maintenant devenue le Conseil des droits de l'homme des Nations unies.

Un exemple en a été la proposition de directive du Conseil complétant les mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé pour les travailleurs temporaires.⁴⁶ Cette tentative est en grande partie restée infructueuse ; ce n'est qu'avec l'adoption de la directive sur l'égalité de traitement des travailleurs intérimaires en 2008 que cette question a été réglementée.

À la fin de la réunion du Conseil européen à Essen les 9 et 10 décembre 1994, la présidence a conclu qu'il était nécessaire de créer une organisation plus souple du travail, de façon à satisfaire à la fois les souhaits des salariés et les exigences de la concurrence. Dans ce processus, un rôle important devait être joué par le dialogue entre les partenaires sociaux et les responsables politiques, dialogue dans lequel toutes les parties prenantes allaient devoir assumer pleinement leurs responsabilités.⁴⁷

L'effet le plus important a été provoqué par l'introduction des dispositions relatives à l'emploi dans le Traité d'Amsterdam en 1997. L'emploi est devenu l'une des priorités de la Conférence intergouvernementale (CIG) de l'Union européenne en 1996-1997, et un chapitre sur l'emploi a été inséré dans le Traité d'Amsterdam.⁴⁸ On a eu recours au processus législatif de consultation des partenaires sociaux, ce qui a finalement conduit à l'adoption de deux accords-cadres, la directive sur le

⁴⁴ « Grande pauvreté et précarité économique et sociale », rapport du Conseil économique et social (CES) de la République française par Joseph Wresinski les 10 et 11 février 1987 ; disponible sur <http://www.joseph-wresinski.org/IMG/pdf/Rapport-WRESINSKI.pdf>

⁴⁵ « Grande pauvreté et précarité économique et sociale », rapport du Conseil économique et social (CES) de la République française par Joseph Wresinski les 10 et 11 février 1987 ; disponible sur <http://www.joseph-wresinski.org/IMG/pdf/Rapport-WRESINSKI.pdf>

⁴⁶ COM(90) 228 du 29 juin 1990

⁴⁷ Voir les conclusions de la Présidence de la réunion du Conseil européen les 9 et 10 décembre 2004 à Essen ; disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/summits/ess1_fr.htm

⁴⁸ Karl Magnus Johansson, « Tracing the employment title in the Amsterdam treaty: uncovering transnational coalitions », *Journal of European Public Policy*, vol. 6 n° 1, mars 1999, p. 85

travail à temps partiel 97/81/CE, et la directive sur le travail à durée déterminée 99/70/CE.

De plus, la Commission s'est activement impliquée dans le domaine de l'emploi et le Conseil a adopté des résolutions et des décisions élaborant des lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres. Ces lignes directrices s'appuyaient sur quatre « piliers » : amélioration de l'employabilité, développement de l'esprit d'entreprise, encouragement de la capacité d'adaptation des entreprises et de leurs employés ; et enfin, renforcement de l'égalité des chances pour les femmes et les hommes. En 1997 et en 2000, le Conseil a encouragé chaque État membre à « examiner (...) l'opportunité d'introduire dans sa législation des types de contrats plus adaptables pour tenir compte du fait que l'emploi revêt des formes de plus en plus diverses. »⁴⁹

Tout récemment, en 2014, dans son arrêt dans l'affaire *Mascellani*, la Cour de justice a explicitement mentionné les conclusions du Conseil européen d'Essen en interprétant la directive 97/81/CE, l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par la CES, l'Unice et le CEEP. En effet, la Cour a statué que la directive 97/81 et l'accord-cadre visent, *d'une part*, à promouvoir le travail à temps partiel et, *d'autre part*, à éliminer les discriminations entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps plein.⁵⁰

B – Lisbonne et au-delà : emplois de qualité et flexisécurité

Le débat sur la politique de l'emploi dans l'UE s'est poursuivi au début de ce siècle. Le nouveau millénaire a débuté avec l'adoption par l'UE de la stratégie de Lisbonne en mars 2000. Les conclusions de la présidence les 23 et 24 mars 2000 ont présenté la stratégie qui devait faire de l'Europe « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde capable d'une croissance économique durable », avec un accent sur « une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et (...) une plus grande cohésion sociale. »

Bien que la crise financière qui a suivi ait détourné l'attention de la dimension sociale de l'UE, il y a un certain nombre de documents stratégiques de la période 2005-2015 qui méritent d'être mentionnés.

En 2006, le *livre vert* « *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle* » est paru.⁵¹ Ce document constatait que la rigidité de la relation d'emploi classique contribuait à la diversification des relations d'emploi atypiques. Il était suggéré qu'un marché du travail à deux vitesses pouvait apparaître entre les travailleurs intégrés et les travailleurs exclus, dans lequel ceux qui avaient un emploi « permanent » étaient « intégrés ». Le livre vert concluait que les « exclus » étaient en particulier les travailleurs précaires, qui « occupent une 'zone grise' où les droits fondamentaux du travail ou de la protection sociale peuvent être considérablement réduits, engendrant une situation d'insécurité en ce qui concerne les perspectives d'emploi futures, avec une incidence sur des choix cruciaux de leur vie privée. »

Les conclusions du livre vert de 2006 ont été détaillées dans une communication de 2007 intitulée *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Vers des principes communs de flexisécurité : des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité*.⁵² La Commission a indiqué qu'il ne s'agissait pas simplement d'associer deux objectifs. Prendre des mesures indépendantes sur la flexibilité et sur la sécurité peut conduire à leur annulation mutuelle. Il fallait plutôt une stratégie visant à améliorer la réactivité des entreprises et des travailleurs pour répondre aux impératifs économiques. La communication mettait l'accent sur la sécurité dans l'emploi plutôt que sur la sécurité de l'emploi. La solution serait de permettre des transitions plus rapides entre les emplois, sans sacrifier la protection sociale ni le développement des compétences tout au long de la vie.

La stratégie de Lisbonne a depuis lors été remplacée par la *stratégie Europe 2020*. Celle-ci a été adoptée

⁴⁹ C.-à-d. résolution du Conseil du 15 décembre 1997 sur les lignes directrices pour l'emploi en 1998, JO C 30, 28/01/1998 ; 2000/228/CE : résolution du Conseil du 9 février 1999 sur les lignes directrices pour l'emploi en 1999, JO C 69, 12/03/1999, p. 2 ; décision du Conseil du 13 mars 2000 sur les lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres en 2000, JO L 72, 21/03/2000, p. 15

⁵⁰ *Mascellani*, C-221/13, UE:C:2014:2286, points 19 et 20 ; *Bruno e.a.*, C-395/08 et C-396/08, UE:C:2010:329, points 24 et 77 ; et *Michaeler e.a.*, C-55/07 et C-56/07, UE:C:2008:248, point 21

⁵¹ COM (2006) 708 final

⁵² COM (2007) 359 final

en 2010 pour régir une « croissance intelligente, durable et inclusive ». L'un des objectifs principaux est de faire passer le taux d'emploi dans la tranche d'âge des 20-64 ans de 69 %, le taux actuel, à 75 % au moins. La stratégie Europe 2020 est à l'origine du « Semestre européen », un cycle annuel de coordination des politiques macro-économique, budgétaire et structurelle.⁵³ Dans le discours au niveau européen, il y a également eu une évolution de la dépense sociale considérée comme un débours vers la dépense sociale considérée comme un investissement.⁵⁴

La dernière *ligne directrice intégrée* n° 7 de la stratégie « Europe 2020 » suggère que :

(...) Les mesures visant à accroître la flexibilité et la sécurité devraient non seulement être équilibrées, mais aussi se renforcer mutuellement. Les États membres devraient donc mettre en place des contrats de travail flexibles et fiables, des politiques actives du marché du travail, un système efficace d'éducation et de formation tout au long de la vie, des mesures de soutien à la mobilité professionnelle et des systèmes de sécurité sociale adaptés qui, conjugués, favoriseraient les transitions professionnelles, en les assortissant de droits et de responsabilités clairs pour les chômeurs en ce qui concerne la recherche active d'emploi.

Dans de récents documents d'orientation de l'UE en matière de politique de l'emploi, on constate que l'accent est de plus en plus mis non seulement sur « davantage d'emplois », mais aussi sur des « emplois de qualité », et que la « segmentation de la main-d'œuvre » fait l'objet d'une discussion.⁵⁵

Ainsi, selon la Commission européenne, pour aborder la problématique de la segmentation, la législation sur la protection de l'emploi devrait être modifiée afin de réduire la surprotection des travailleurs sous contrat à durée indéterminée et fournir une protection à ceux qui restent en-dehors ou en marge du marché du travail.⁵⁶

Il en va de même dans le contexte des rapports du semestre européen dans le cadre de la stratégie Europe 2020.⁵⁷ Le chômage des jeunes a été mis en évidence par des recommandations du Conseil.⁵⁸ Sur le plan législatif, l'accent a été mis sur le travail non déclaré. En 2014, il y a eu une proposition de décision pour renforcer la coopération visant à prévenir et à décourager le travail non déclaré.⁵⁹

C – Prise de conscience au sein de l'UE que des marchés du travail plus flexibles ne doivent pas avoir pour conséquence des emplois plus précaires

Ces dernières années, les membres du Parlement européen ont porté une attention toute particulière à la problématique du travail précaire.

La Commission a initialement estimé qu'il était possible de remédier au travail précaire au moyen des dispositions législatives existantes. Selon la Commission, les directives de l'UE couvrent plusieurs types de relations d'emploi atypiques, notamment dans le domaine du travail à temps partiel, du travail à durée

⁵³ Voir par exemple COM (2015) 28 final ; « Country Report Spain 2015 - Including an In-Depth Review on the prevention and correction of macroeconomic imbalances » (Rapport pour l'Espagne 2015 – contenant un bilan approfondi de la prévention et de la correction des déséquilibres macroéconomiques), 26 février 2015, p. 41

⁵⁴ COM (2013) 83 final, « Investir dans le domaine social en faveur de la croissance et de la cohésion, notamment par l'intermédiaire du Fonds social européen, au cours de la période 2014-2020 », 20 février 2013.

⁵⁵ 70005/15, Conseil de l'Union européenne, Rapport conjoint sur l'emploi pour 2015, 9 mars 2015 : « Relever le défi de la segmentation des marchés du travail, garantir un équilibre satisfaisant entre la flexibilité et la sécurité »

⁵⁶ Commission européenne, « Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Examen annuel de la croissance – Avancer dans la réponse globale apportée par l'Union européenne à la crise » COM (2011) 11 final ; une approche similaire est proposée dans le rapport de l'OCDE « Réformes économiques : objectif croissance 2012 », éditions OCDE.

⁵⁷ 13693/14, Comité de la protection sociale, Stratégie Europe 2020 : examen à mi-parcours, y compris l'évaluation du Semestre européen, 7 octobre 2014

⁵⁸ Recommandation du Conseil du 22 avril 2013 sur l'établissement d'une garantie pour la jeunesse (JO C 120, 26/04/2013, pp. 1-6), point 16 ; garantie pour la jeunesse de 2013, recommandation du Conseil du 10 mars 2014 relatif à un cadre de qualité pour les stages (JO C 88, p. 1)

⁵⁹ COM (2014) 221 final, proposition de décision du Parlement européen et du Conseil établissant une plateforme européenne dans l'objectif de renforcer la coopération visant à prévenir et à décourager le travail non déclaré, 9 avril 2014

déterminée, du travail intérimaire et du détachement de travailleurs. La Commission « surveille » leur application par les États membres et les examine régulièrement pour vérifier si elles doivent faire l'objet d'une « mise à jour ». ⁶⁰

Cependant, dans ses dernières résolutions sur le respect des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne, le Parlement européen a souligné le lien entre la crise économique et financière actuelle et les mesures mises en œuvre pour la combattre dans certains États membres, dont les conséquences ont des répercussions négatives sur les conditions d'existence des citoyens de l'UE :

(...)

X. considérant que l'Union traverse une période de grave crise économique et financière, dont les retombées, couplées à certaines mesures prises par les États membres pour les atténuer, notamment des réductions budgétaires drastiques, ont une incidence négative sur les conditions de vie des citoyens de l'Union (hausse du chômage, de la pauvreté, des inégalités et du travail précaire, baisse de la qualité des services et restriction de l'accès à ces derniers), et donc sur leur bien-être ;

(...)

139. souligne que les institutions de l'Union, ainsi que les États membres qui mènent des réformes structurelles de leurs systèmes sociaux et économiques, restent soumis à l'obligation de respecter la charte et leurs obligations internationales, et doivent donc répondre des décisions prises ; rappelle son invitation à aligner les programmes d'ajustement économique sur les objectifs de l'Union visés à l'article 151 du traité FUE, y compris la promotion de l'emploi et l'amélioration des conditions de vie et de travail ; rappelle qu'il est essentiel d'assurer un contrôle démocratique sans faille, avec la participation effective des parlements, des mesures prises par les institutions de l'Union et les États membres en réaction à la crise ; (...)

Dans son dernier examen annuel de la croissance 2016 intitulé *Consolider la reprise et renforcer la convergence*, la Commission européenne déclare que la généralisation de l'évolution vers des marchés du travail plus flexibles devrait faciliter la création d'emplois, mais devrait également permettre la transition vers des contrats plus permanents. ⁶¹ À notre connaissance, c'est la première fois que la Commission a expressément précisé l'objectif politique et économique selon lequel cette évolution ne doit pas avoir pour conséquence l'augmentation du nombre d'emplois précaires (c'est nous qui soulignons) :

Les États membres devraient continuer à moderniser et à simplifier les législations relatives à la protection de l'emploi, en garantissant une protection efficace des travailleurs et en encourageant les transitions sur le marché du travail entre différents emplois et professions. Des relations de travail stables et prévisibles, et plus particulièrement des types de contrats plus permanents, incitent les employeurs et les salariés à investir davantage dans l'acquisition de compétences et dans l'apprentissage tout au long de la vie. Elles permettent aux personnes de planifier leur avenir en leur offrant des perspectives durables de carrière et d'augmentation de salaire. Ces dernières années, la hausse du taux d'emploi global a résulté principalement d'une augmentation du nombre de contrats temporaires, ce qui n'est pas inhabituel au début d'un processus de reprise. La tendance plus générale à des marchés du travail plus flexibles devrait certes soutenir la création d'emplois, mais elle devra également permettre des transitions vers des contrats plus permanents. *Elle ne peut engendrer des emplois plus précaires*. Les États membres devraient également renforcer leur lutte contre le travail non déclaré.

⁶⁰ Claudette Abela Baldacchino (S&D), question avec demande de réponse écrite à la Commission, 27 août 2013, P-009626/2013. Voir la réponse donnée par M. Andor au nom de la Commission à la question écrite P-009626/2013, 19 septembre 2013

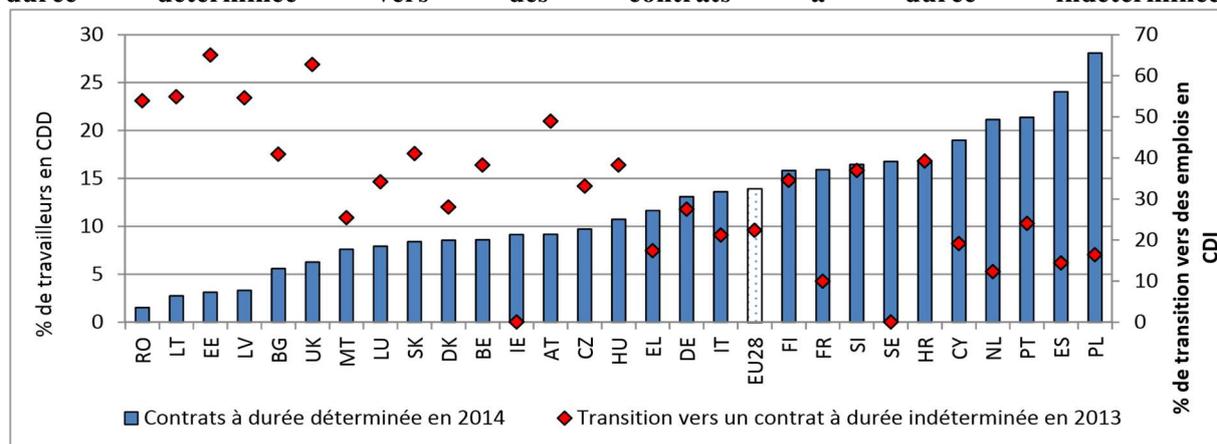
⁶¹ COM(2015) 690 final

Dans un *projet de rapport conjoint sur l'emploi de la Commission et du Conseil accompagnant la communication de la Commission sur l'examen annuel de la croissance 2016*, le pouvoir exécutif de l'Union européenne a conclu :⁶²

« (...) Concernant les différents types de contrat, conformément aux prévisions, l'emploi a été au cours de ces dernières années plus volatil pour les contrats temporaires, ou à durée déterminée (CDD), et dans une moindre mesure pour les contrats permanents, ou à durée indéterminée (CDI), ou l'emploi indépendant, qui sont restés plus ou moins stables depuis 2011. À partir de 2013, l'augmentation générale de l'emploi a été principalement due à une augmentation des CDD. Comme l'indique le graphique n° 2, le recours aux CDD varie considérablement d'un État membre à l'autre ; en 2014 les chiffres allaient de moins de 5 % en Roumanie et dans les pays baltes à plus de 20 % aux Pays-Bas, au Portugal, en Espagne et en Pologne. Les taux de transition d'un CDD vers un CDI varient également d'un pays à l'autre et il semble qu'ils soient plus élevés (ou plus faibles) dans les pays où la proportion de CDD est plus faible (ou plus élevée). La proportion de CDD et le nombre de transitions d'un CDD vers un CDI sont tous deux révélateurs de la flexibilité des marchés du travail. Ils sont également susceptibles de refléter des différences entre les différents pays dans la législation en matière de protection de l'emploi, et la mesure dans laquelle les marchés nationaux du travail se caractérisent par des effets d'opposition entre travailleurs intégrés et travailleurs exclus. Cette situation est d'autant plus préoccupante dans les pays qui ont massivement recours aux contrats temporaires, ces contrats n'améliorant souvent pas les chances d'obtenir un emploi permanent à plein temps, comme le montre le graphique n° 2.

Les formes atypiques de contrat de travail sont plus répandues chez les femmes, les jeunes et pour le travail manuel non programmé. Ces contrats semblent être associés à une pénalité salariale et concerner les personnes à faible revenu. L'étendue du travail à temps partiel non souhaité, qui est passé de 16,7 % à 19,6 % de l'emploi total, ainsi que la propagation et la diversification des formes de travail précaire, représentent une autre facette de la précarité du travail. »

Graphique n° 2 : la proportion des contrats à durée déterminée et les transitions des contrats à durée déterminée vers des contrats à durée indéterminée



Source : Eurostat, EFT et SRCV. Brève description : les données concernant les transitions pour les pays suivants : Bulgarie, Grèce, Portugal et Croatie sont celles de 2012, pour l'Autriche, de 2014. Aucune donnée n'est disponible concernant ces transitions dans le cas de l'Irlande et de la Suède.

Dans son *Commission Staff Working Document Employment and Social Developments in Europe 2014* (document de travail des services de la Commission - Évolution de l'emploi et de la situation sociale en Europe en 2014), la Commission a analysé les métiers qui résistaient à l'automatisation et a souligné

⁶² COM(2015) 700 final

l'importance des connaissances et de la créativité (le capital humain) compte tenu de l'évolution de la technologie. En effet, certaines applications numériques ont prouvé leur capacité à concurrencer des fournisseurs de services traditionnels divers, comme les taxis ou les hôtels (p. ex. l'application « Uber » d'auto-partage, ou le site « Airbnb » de location et de partage d'appartements), voire à les déstabiliser. Selon les services de la Commission, les emplois non-routiniers qui sont susceptibles de résister à l'automatisation dans un avenir prévisible sont situés soit à l'extrémité supérieure, soit à l'extrémité inférieure de l'échelle des salaires et des compétences.⁶³

Au bas de l'échelle, on retrouve des services comme l'hôtellerie, les soins à la personne, les soins esthétiques, le nettoyage, le service à la clientèle, la construction, la décoration et l'aménagement :⁶⁴

Malgré leur utilité sociale évidente, de tels emplois non-routiniers, manuels, peu ou moyennement qualifiés, offrent souvent une rémunération modeste, avec des régimes de travail précaires et des conditions de travail physiquement exigeantes. Les explications plausibles de cet état de fait sont l'abondance de la main-d'œuvre, la possibilité de recourir à des travailleurs migrants sous-payés et, dans certains cas, la menace de délocaliser une partie de ces tâches dans des pays à bas salaires (Standing, 2011). Dans ce contexte, il est clairement nécessaire d'intensifier les efforts pour améliorer les conditions de travail dans ces emplois et pour garantir l'application des lois de protection des travailleurs existantes.

En haut de l'échelle des emplois non-routiniers et non-automatisables, on retrouve ceux mettant en œuvre des tâches cognitives complexes et un niveau élevé de compétences professionnelles, généralement associées à une éducation formelle prolongée et polyvalente (p. ex. programmeurs informatiques, industrie de la création, ingénieurs, gestionnaires, banquiers d'investissement, avocats, médecins, enseignants et scientifiques). Selon les services de la Commission, développer l'économie basée sur la connaissance, investir dans les compétences de haut niveau et garantir des conditions de travail optimales aux travailleurs de la connaissance, constituent des enjeux majeurs pour l'Europe. Comparés aux travailleurs peu qualifiés, les travailleurs de la connaissance bénéficient déjà d'une situation privilégiée sur le marché du travail, avec des conditions de travail plus favorables et un salaire plus élevé.⁶⁵

De plus, ainsi que l'a récemment souligné le PNUD, les pressions du marché transmises par les chaînes de valeur mondiales ont tendance à être absorbées par les travailleurs – que ce soit par les salaires (qui sont tirés vers le bas par la concurrence mondiale), par l'augmentation du travail informel et de l'insécurité contractuelle (via des chaînes de sous-traitance multiples), ou par les licenciements (en période de récession). Pour apporter de la flexibilité à la production et optimiser les coûts, les multinationales s'appuient de plus en plus sur une main-d'œuvre privée de droits, en recourant à un panachage de travailleurs à durée déterminée, de travailleurs intérimaires, de contractants indépendants, de travailleurs associés à un projet et de travailleurs externalisés. La participation aux chaînes de valeur procure à certains des emplois décents et sûrs, et à d'autres, des emplois plus précaires (également dans le même pays et le même secteur), dans une sorte de « dualisme du travail ».⁶⁶

Le 29 septembre 2015, le président de la Commission, Jean-Claude Juncker, a annoncé un nouveau train de mesures législatives pour le printemps 2016, qui serait conçu afin d'« offrir une base minimale de droits sociaux, un filet de sécurité pour protéger le marché du travail » (c'est nous qui soulignons) :⁶⁷

⁶³ Commission Staff Working Document Employment and Social Developments in Europe 2014 (*document de travail des services de la Commission « Évolution de l'emploi et de la situation sociale en Europe en 2014 »*), p. 152

⁶⁴ Commission Staff Working Document Employment and Social Developments in Europe 2014 (*document de travail des services de la Commission « Évolution de l'emploi et de la situation sociale en Europe en 2014 »*), p. 152

⁶⁵ Commission Staff Working Document Employment and Social Developments in Europe 2014 (*document de travail des services de la Commission « Évolution de l'emploi et de la situation sociale en Europe en 2014 »*), p. 152

⁶⁶ Rapport sur le développement humain 2015 (PNUD, 2015 – en anglais), p. 9

⁶⁷ L'Europe sociale, réformes et solidarité – discours du président Juncker pour la Confédération européenne des syndicats, 13^e congrès, 29 septembre 2015, SPEECH/15/5741

Il faut compléter la dimension sociale de l'Europe, qui est tristement et pauvrement meublée. Je ne dis pas que rien n'a été fait. J'étais pendant dix-sept ans de ma vie ministre du Travail. Pendant les années quatre-vingt, en matière de sécurité et de santé au travail, Madame Hidalgo vient d'y faire référence, beaucoup de choses ont été faites, notamment en matière d'égalité et de promotion des droits féminins, y compris au niveau de l'emploi. Mais cela ne suffit pas. *Nous avons proposé, nous la Commission européenne, au cours du printemps 2016, un socle de droits sociaux minimaux, un cordon sanitaire qui entourera, pour mieux le protéger, le marché du travail. Un socle de droits sociaux minimaux ne sera pas un socle minimal mais ce sera un socle qui déterminera les plafonds sociaux qu'on ne peut pas corriger vers le bas, et en le faisant nous apportons un plus de convergence au monde du travail en Europe.*

(...)

Nous devons jeter un nouveau regard sur les anomalies que nous observons. *Il n'est pas normal que les contrats de travail qu'à l'époque, nous appelions des contrats de travail atypiques – travail intérimaire, contrats à durée déterminée – aujourd'hui sont en train de devenir des contrats de travail typiques. Pour moi, vieux jeu, le contrat de travail normal est un contrat de travail à durée indéterminée. Oui, les entreprises ont besoin de prévisibilité mais les travailleurs aussi. Mon père était ouvrier à la sidérurgie. S'il avait dû vivre dans la crainte de ne plus voir son contrat de travail être renouvelé, après six mois, après six mois, après six mois, je n'aurais pas vu une faculté de droit de l'intérieur. Les gens modestes, ceux qui ont moins de moyens, les travailleurs ont besoin de prévisibilité et donc il faut plaider en faveur du contrat à durée indéterminée sans devoir se laisser insulter par ceux qui savaient toujours mieux, et qui nous ont conduits là où nous sommes, dans la précarité qui n'est pas acceptable parce qu'elle ne répond pas au modèle européen.*

(...)

La solidarité doit s'appliquer aussi dans d'autres domaines. En matière de droit du travail, il faudra en Europe que nous arrivions avec une dose de bon sens, sachant que le bon sens est distribué d'une façon très inégale en Europe, *nous devons nous mettre d'accord sur un principe simple : un même salaire, pour un même travail, au même endroit, c'est une règle, une norme, qu'il faudra que nous appliquions.* Et en matière de fiscalité d'entreprises, nous avons tous fauté, certains pêché. Il faudra que nous nous accordions sur le principe qu'un bénéfice doit être imposé là où ce bénéfice est réalisé. Stop au papillonnage fiscal. Et puis faisons en sorte que l'économie sociale de marché reste un mode d'organisation de nos sociétés qui ne peut pas être mis en question. Lors de la crise financière et économique, ce n'est pas l'économie sociale de marché qui n'a pas fonctionné, n'ont pas fonctionné ceux qui n'ont pas appliqué les vertus cardinales qui accompagnent l'économie sociale de marché. *Cette volonté féroce de tout vouloir flexibiliser, cette volonté d'imposer une flexibilité sans borne et sans gêne, tout cela doit s'arrêter parce que nous avons vu où l'absence de normes nous conduit, elle nous conduit dans le chaos, et par conséquent l'économie sociale de marché doit rester le modèle social européen.*

Il s'agit peut-être d'un tournant vers de nouvelles orientations politiques générales et de nouvelles priorités en matière d'emploi, particulièrement en ce qui concerne la transition vers plus de contrats à durée indéterminée et la façon de mettre fin au travail précaire.

Les conclusions du Conseil européen d'Essen sur l'emploi en 1994, sur lesquelles la Cour européenne de justice s'est appuyée pour promouvoir le travail atypique, en particulier concernant le travail à temps partiel, devraient dès lors être remplacées par un nouvel agenda politique orienté vers l'élimination de la pauvreté, ainsi que vers la lutte contre les inégalités et les injustices, en particulier en garantissant le principe d'égalité de rémunération pour un travail égal ou un travail de valeur égale.

D – Protection des travailleurs précaires au titre de la Charte des droits fondamentaux de l'UE

La Charte des droits fondamentaux de l'UE contient un certain nombre de dispositions concernant les droits des salariés. Cependant, certaines limites intrinsèques à l'applicabilité de la Charte rendent celle-ci inefficace dans certains domaines du droit du travail.

Premièrement, selon l'article 51 de la Charte, celle-ci s'applique uniquement quand les institutions de l'UE ou les États membres appliquent le droit de l'Union. Cela signifie que les situations qui sortent du champ d'application du droit de l'Union sortent également du champ d'application de la Charte. La raison la plus évidente pour cela est que la Charte, en application de son article 51, paragraphe 2, ne doit pas élargir le domaine d'application du droit de l'Union au-delà des pouvoirs de l'Union, ni créer aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'Union, ni modifier les compétences et tâches définies par les traités.

Le droit à une protection en cas de licenciement injustifié au titre de l'article 30 de la Charte, de même que les autres dispositions de la Charte concernant la protection des travailleurs, souffrent de cette faiblesse. Certains des droits au titre de la Charte se basent sur une législation secondaire spécifique, comme le droit à des congés payés au titre de l'article 31, paragraphe 2, qui se fonde sur la directive 93/104/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. En ce qui concerne le droit à des congés payés, la Charte a dès lors largement éclipsé les autres instruments du droit international qui contiennent également ces droits.⁶⁸ Il en va de même de l'article 31, paragraphe 1 de la Charte, qui stipule que tout(e) travailleur(se) a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. Ceci inclut logiquement le salaire et les licenciements.⁶⁹ L'existence d'une législation secondaire n'est cependant pas suffisante par elle-même pour rendre cette protection effective au titre de la Charte.

Dans l'affaire *Association de médiation sociale*, l'avocate générale Cruz Villalón a soutenu qu'« il est fréquent, tant dans la Charte elle-même que dans les traditions constitutionnelles des États membres, que soient qualifiés de 'droits' ou de 'droits sociaux' les contenus substantiels d'ordre social qui opèrent seulement du fait de la médiation des pouvoirs publics ou de la concrétisation par ces derniers, car il n'en découle aucune situation juridique subjective immédiatement exigible. Il s'agit de 'droits' (sociaux) en raison de leur domaine, ou même de leur nature, et il s'agit de 'principes' en raison de leur caractère opérationnel. »⁷⁰

Dans son arrêt, la Cour de justice a statué que l'article 3, paragraphe 1 de la directive 2002/14 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne remplissait toutes les conditions nécessaires pour avoir un effet direct. Bien que cette directive laisse aux États membres une certaine marge d'appréciation, dans la mesure où elle ne prescrit pas aux États membres la manière dont ils doivent tenir compte des travailleurs relevant de son champ d'application lors du calcul des seuils de travailleurs employés, cela n'altère pas le caractère précis et inconditionnel de l'obligation au titre de cet article de ne pas exclure de ce calcul une catégorie particulière de personnes initialement incluses dans le groupe considéré.⁷¹

Cependant, dans le droit fil de sa jurisprudence sur le manque d'effet horizontal direct des directives de l'UE, la Cour a statué que même une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers.

La Cour a en outre statué que l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, seul ou en combinaison avec les dispositions de la directive 2002/14, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une disposition nationale de transposition de cette directive (...) est incompatible avec le droit de l'Union, cet article de la Charte ne peut pas être invoqué dans un litige entre particuliers afin de laisser inappliquée ladite disposition nationale contraire au droit de l'UE. Selon la Cour, il ressort

⁶⁸ Alan Bogg, « Art 31 – Fair and Just Working Conditions » (Article 31 - Conditions de travail justes et équitables) dans Steve Peers et al (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary* (Hart, 2014), p. 846

⁶⁹ Alan Bogg, « Art 31 – Fair and Just Working Conditions » (Article 31 - Conditions de travail justes et équitables) dans Steve Peers et al (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary* (Hart, 2014), p. 856

⁷⁰ Conclusions dans *Association de médiation sociale*, C-176/12, UE:C:2013:491, paragraphe 45

⁷¹ *Association de médiation sociale*, C-176/12, UE:C:2014:2

clairement de la formulation de l'article 27 de la Charte que, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national. (...) Partant, l'article 27 de la Charte ne saurait, en tant que tel, être invoqué dans un litige entre particuliers afin de conclure que la disposition nationale non conforme à la directive 2002/14 est à écarter.⁷²

La Cour a décliné sa compétence pour répondre aux questions préliminaires concernant les périodes d'essai dans les contrats d'emploi atypiques tant que le législateur européen n'aura pas exercé sa capacité à légiférer dans le domaine :⁷³

40 S'agissant de l'article 151, TFUE, qui expose les objectifs de l'Union et des États membres en matière de politique sociale, il n'impose aucune obligation particulière en ce qui concerne les périodes d'essai dans les contrats de travail. Il en va de même des lignes directrices et des recommandations en matière de politique de l'emploi adoptées par le Conseil en vertu de l'article 148, TFUE, évoquées par le juge de renvoi.

41 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, lors de l'examen du « contrat nouvelles embauches » français, la Cour a jugé que, bien que la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail soit l'un des moyens pour atteindre les objectifs fixés par l'article 151, TFUE, et que le législateur de l'Union soit compétent dans ce domaine, selon les conditions fixées à l'article 153, paragraphe 2, TFUE, des situations qui n'ont pas fait l'objet de mesures adoptées sur le fondement de ces articles ne relèvent pas du champ d'application du droit de l'Union (ordonnance Polier, C-361/07, EU:C:2008:16, point 13).

42 Par ailleurs, le fait que le contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs puisse éventuellement être financé par des fonds structurels ne suffit pas, en soi, pour considérer que la situation en cause au principal implique une mise en œuvre du droit de l'Union au sens de l'article 51, paragraphe 1, de la Charte.

43 Dans les motifs de sa décision, la juridiction de renvoi invoque également les articles 2.2, sous b), et 4 de la convention n° 158 sur le licenciement, adoptée le 22 juin 1982, à Genève, par l'Organisation internationale du travail et la charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961. Force est de constater que la Cour n'est pas compétente, en vertu de l'article 267, TFUE, pour statuer sur l'interprétation de dispositions de droit international qui lient des États membres en dehors du cadre du droit de l'Union (voir arrêts *Vandeweghe e.a.*, 130/73, EU:C:1973:131, point 2, et *TNT Express Nederland*, C-533/08, EU:C:2010:243, point 61 ; ordonnance *Express Nederland*, C-533/08, EU:C:2010:243, point 61 ; ordonnance *Corpul Național al Poliștilor*, C-134/12, EU:C:2012:288, point 14 ainsi que arrêt *Qurbani*, C-481/13, EU:C:2014:2101, point 22).

44 Il résulte de l'ensemble de ces considérations que la situation en cause au principal ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union. Par conséquent, la Cour n'est pas compétente pour répondre aux questions posées par la juridiction de renvoi.

Pour qu'un travailleur bénéficie de la protection de la Charte, il est donc nécessaire que tout acte législatif dans le domaine du droit du travail soit suffisamment clair et précis afin de créer des droits pour les particuliers. Une telle solution législative pourrait faire sortir l'article 30 de la Charte de l'obscurité et mettre fin à ce que Jeff Kenner appelle par conséquent son « caractère énigmatique ».⁷⁴

Une question qui subsiste est de savoir si une nouvelle législation donnant effet à l'article 30 de la Charte aura force exécutoire entre des particuliers. Bien que ceci soit dans une certaine mesure dû à la nature même de toute nouvelle législation adoptée sur base de l'article 151, TFUE, cette question reste ouverte et sujette à l'interprétation de la CJE. Si les arrêts mentionnés ci-dessus doivent fournir une indication

⁷² *Association de médiation sociale*, C-176/12, UE:C:2014:2, points 45 et 51

⁷³ *Nistahuz Poclava*, C-117/14, UE:C:2015:60

⁷⁴ Jeff Kenner, « Art 30 – Protection in the event of unjustified dismissal » (Article 30 - Protection en cas de licenciement injustifié), dans Steve Peers et al (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary* (Hart, 2014), p. 832

quelconque sur ce point, le minimum est de s'assurer que les dispositions auront un effet direct. Dans ce cas, l'article 30 de la Charte aura un effet similaire et pourra être invoqué par des particuliers dans les affaires concernant leurs conditions de travail.

Cependant, si la précarité était incluse dans la définition de la « dignité » dans l'article 31, paragraphe 1, de la Charte, beaucoup aurait déjà été accompli. Certaines mesures ont été prises. La directive 2008/104/CE relative au travail intérimaire fait référence à l'article 31 de la Charte. Ceci signifie que l'article concerné soutient que la précarité est une question de protection de la dignité des travailleurs plutôt que de protection contre les licenciements abusifs. L'article 31 de la Charte a été surnommé « le plus pionnier des droits du travail. »⁷⁵

Par conséquent, on peut conclure que la façon la plus sûre de déclencher la protection des travailleurs contre la précarité est une législation qui aurait pour objet le niveau de « dignité » des travailleurs et ferait de préférence référence à l'article 31 de la Charte. La directive relative au travail intérimaire montre qu'il s'agit d'une voie envisageable, qui apporterait clarté et cohérence à l'action contre la précarité.

E – Perspective mondiale : reconnaissance croissante du travail précaire au titre du droit international des droits de l'homme

Le 27 septembre 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations unies a adopté par consensus les *principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme* dans sa résolution 21/11.⁷⁶ Le Conseil des droits de l'homme encourageait les gouvernements, les organes compétents des Nations unies, les agences spécialisées, les fonds et les programmes, les autres organisations intergouvernementales et les institutions nationales des droits de l'homme, ainsi que les organisations non gouvernementales et les acteurs non-gouvernementaux, y compris le secteur privé, à prendre en considération les principes directeurs dans la formulation et la mise en œuvre de leurs politiques et mesures concernant les personnes touchées par l'extrême pauvreté.

Le projet final des principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, présenté par la rapporteuse spéciale sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme, Magdalena Sepúlveda Carmona, énonce entre autres ce qui suit sous le titre *Droit au travail et droits sur le lieu de travail* :

Dans les zones rurales de même qu'urbaines, les personnes vivant dans la pauvreté connaissent le chômage, le sous-emploi, le travail occasionnel et instable, les bas salaires et des conditions de travail dangereuses et dégradantes.

En général, ces personnes travaillent en dehors du secteur formel de l'économie et sans prestations de sécurité sociale, notamment congé de maternité, congé de maladie, pensions et allocations d'invalidité. Elles peuvent passer la plupart de leurs heures de veille au travail, survivant à peine avec leur salaire et devant faire face à l'exploitation, y compris le travail servile ou forcé, aux licenciements arbitraires et à divers abus. Les femmes sont particulièrement exposées au risque d'abus, comme le sont les groupes victimes de discrimination, tels que les personnes handicapées et les migrants sans papiers. Les femmes assument en général la majeure partie des soins familiaux non rémunérés, ce qui les rend plus susceptibles d'occuper un emploi précaire peu rémunéré, ou les empêche d'entrer vraiment sur le marché du travail.

Selon le paragraphe 84 de ces *Principes directeurs*, qui ont été coparrainés par l'Union européenne, les États devraient :

- (a) Adopter une réglementation rigoureuse du travail et veiller à son application à travers une inspection du travail dotée de capacité et de ressources suffisantes pour assurer la jouissance du droit à des conditions de travail décentes ;
- (b) Veiller à ce que tous les travailleurs perçoivent un salaire suffisant pour leur permettre ainsi

⁷⁵ Alan Bogg, « Art 31 – Fair and Just Working Conditions » (Article 31 - Conditions de travail justes et équitables) dans Steve Peers et al (édit.), *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary* (Hart, 2014), p. 868

⁷⁶ Projet de résolution A/HRC/21/L.20, adopté sans vote le 27 septembre 2012

- qu'à leur famille d'avoir accès à un niveau de vie adéquat ;
- (c) Veiller à ce que les normes juridiques prévoyant des conditions de travail justes et favorables soient étendues à l'économie informelle et respectées, et recueillir des données ventilées pour évaluer l'ampleur du travail informel ;
 - (d) Prendre des mesures concrètes pour assurer l'élimination de toutes les formes de travail forcé et servile ainsi que les formes nocives et dangereuses du travail des enfants, outre les mesures visant à assurer la réinsertion sociale et économique des personnes concernées et à éviter la répétition de ce type de situation ;
 - (e) Veiller à ce que les personnes qui dispensent des soins soient convenablement protégées et soutenues par des programmes et des services sociaux, y compris en ce qui concerne l'accès à des services de garderie d'un coût abordable ;
 - (f) Mettre en place des mesures spécifiques pour accroître les possibilités qu'ont les personnes vivant dans la pauvreté de trouver un travail décent sur le marché du travail formel, notamment par le biais de l'orientation professionnelle, de la formation professionnelle et du perfectionnement des compétences ;
 - (g) Éliminer la discrimination dans l'accès à l'emploi et à la formation, et veiller à ce que les programmes de formation soient accessibles aux personnes les plus vulnérables à la pauvreté et au chômage, y compris les femmes, les migrants et les personnes handicapées, et soient adaptés à leurs besoins ;
 - (h) Respecter, promouvoir et assurer la liberté d'association de manière à ce que les travailleurs vivant dans la pauvreté puissent mieux affirmer leur identité, accroître leur représentation et mieux faire entendre leur voix dans le dialogue social et politique sur la réforme du travail.

Le 20 décembre 2012, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté une résolution sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté dans laquelle elle « (...) prend note avec intérêt des principes directeurs sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté que le Conseil des droits de l'homme a adoptés par sa résolution 21/1112, parce qu'ils offrent aux États un outil utile pour élaborer et mettre en œuvre des politiques de réduction et d'élimination de la pauvreté, selon que de besoin. »⁷⁷

En février 2014, la 52^e session de la commission des Nations unies pour le développement social (CDS) a débattu du thème prioritaire « la promotion de l'autonomisation des peuples pour aboutir à l'éradication de la pauvreté, à l'intégration sociale et au plein emploi et au travail décent pour tous ». Dans sa résolution, la CDS a invité les États membres de l'ONU à prendre dûment en considération l'élimination de la pauvreté, l'inclusion sociale, le plein emploi et un travail décent pour tous dans le futur agenda de développement post-2015. Le Forum de la société civile a instamment prié les gouvernements d'appliquer la recommandation n° 202 de l'OIT concernant la création de socles nationaux de protection sociale et l'agenda pour le travail décent comme un moyen efficace de garantir le plein emploi productif et la sécurité de revenu.

Lors du sommet des Nations unies sur le développement durable le 25 septembre 2015, les dirigeants mondiaux ont adopté le nouvel agenda 2030 pour le développement durable, qui comporte un ensemble de 17 objectifs de développement durable (ODD) pour éliminer la pauvreté, combattre les inégalités et les injustices, et lutter contre le changement climatique d'ici à 2030. Lors de l'Assemblée générale des Nations unies en septembre 2015, le travail décent et les quatre piliers de l'agenda pour le travail décent de l'OIT – la création d'emplois, la protection sociale, les droits au travail et le dialogue social – sont devenus partie intégrante de l'agenda 2030 pour le développement durable.

L'objectif 8 de l'agenda 2030 plaide pour une croissance économique soutenue, intégratrice et durable, le plein-emploi productif et le travail décent. L'objectif consiste, d'ici à 2030, à atteindre le plein-emploi productif et un travail décent pour toutes les femmes et tous les hommes, y compris les jeunes et les personnes handicapées, et une rémunération égale pour un travail de valeur ; à prendre des mesures

⁷⁷ A/RES/67/164, paragraphe 17

immédiates et efficaces pour éliminer le travail forcé, mettre fin à l’esclavage moderne et au trafic d’êtres humains, et assurer l’interdiction et l’élimination des formes les plus graves du travail infantile, y compris le recrutement et l’utilisation d’enfants-soldats et, d’ici à 2025, à mettre fin au travail infantile sous toutes ses formes ; ainsi qu’à protéger les droits du travail et à favoriser des environnements de travail sûrs pour tous les travailleurs, y compris les travailleurs migrants – en particulier de sexe féminin – et ceux qui occupent des emplois précaires.

IV – LE CONCEPT DE DUMPING SOCIAL N’EMPECHERA PAS LA CONCURRENCE REGLEMENTAIRE NI LA DESTABILISATION DES REGIMES NATIONAUX DU DROIT DU TRAVAIL

Ainsi que l’a résumé Ruth Dukes, dès la création du marché commun dans les années 50, la conception économique orthodoxe telle qu’elle apparaissait dans le rapport Ohlin de l’OIT de 1957 sur les aspects sociaux de la coopération économique européenne⁷⁸ était la suivante : une « analyse objective, scientifique » révélait que même des différences significatives du coût de la main-d’œuvre dans les États membres ne devait pas entraîner, dans l’ordre normal des choses, de distorsion de la concurrence.⁷⁹

Le rapport Ohlin envisageait un marché commun établi à deux niveaux – national et supranational – par une pluralité de cadres juridiques et institutionnels. Au niveau de la CEE, le cadre juridique devait assurer la suppression des barrières commerciales, garantissant la libre circulation des biens, des capitaux, des services et des travailleurs, ainsi que l’interdiction des cartels et des sociétés abusant de leur pouvoir de marché. Au niveau des États membres, les dispositifs nationaux en matière d’emploi devaient continuer à coexister, leur architecture n’étant pas remise en cause par la création du marché commun et leur fonctionnement garantissant que toute augmentation subséquente de productivité résulterait pour les travailleurs en des conditions d’emploi proportionnées et adéquates. Les différences entre les conditions de travail – le « coût de la main-d’œuvre » – entre les pays étaient décrites comme non-problématiques tant pour les pays à salaires élevés que pour les pays à bas salaires. La menace d’une intégration négative – d’une « libéralisation des échanges exerçant des pressions tendant au nivellement par le bas » – a été écartée comme étant marginale, et le bien-fondé d’une harmonisation positive – de la coordination délibérée des conditions de travail au niveau européen – était considéré comme peu convaincante. Le rapport Ohlin « note l’impact économique des différences en matière de législation sociale et d’avantages sociaux qui pourrait justifier une harmonisation dans certaines domaines restreints, comme l’égalité de salaire et le temps de travail ».⁸⁰

De plus, comme l’indiquait le rapport Ohlin, il est conforme aux intérêts du mouvement syndical de promouvoir et de soutenir les actions visant à mettre fin aux différences injustifiées dans le coût de la main-d’œuvre au bénéfice des catégories à bas salaires. A l’époque, il était généralement admis en Europe que les salaires et les conditions de travail résultaient des négociations collectives entre les partenaires sociaux. Selon les termes du rapport Ohlin, il y avait « un large consensus selon lequel l’ingérence gouvernementale dans la liberté de mener des négociations collectives, si elle devient vraiment nécessaire, doit être réduite au minimum. »

Dès le début de l’intégration européenne et depuis le rapport Spaak,⁸¹ il est clair que le socle même sur lequel la dimension sociale de l’Union européenne s’est bâtie repose sur le fait que la concurrence structurelle sur les salaires doit être exclue soit par les législations nationales, soit par des actions sociales menées par les syndicats. Selon les termes du rapport Spaak :

« ... la troisième condition est relative aux salaires : si, d’une part, toute discrimination est effectivement interdite entre travailleurs nationaux et travailleurs immigrés, et si, par ailleurs, soit par une législation d’État, soit par l’action des syndicats, toute baisse de salaire est en principe exclue, les employeurs n’auraient aucune incitation à faire appel à plus de main-d’œuvre immigrée qu’ils n’en auraient effectivement besoin pour remplir les postes disponibles. De ce fait, toute pression sur les niveaux de rémunération est évitée et le marché de la main-d’œuvre tend à s’équilibrer de lui-même. »

Cela signifie qu’au bout du compte, les rapports Spaak et Ohlin ont présenté une justification économique régissant la non-discrimination.⁸²

⁷⁸ Rapport Ohlin de l’OIT de 1957 sur les aspects sociaux de la coopération économique européenne

⁷⁹ Ruth Dukes, « The Labour Constitution », (Oxford, 2014)

⁸⁰ Ruth Dukes, « The Labour Constitution », (Oxford, 2014), p. 6

⁸¹ Rapport des chefs de délégation aux ministres des Affaires étrangères, dit « Rapport Spaak », Bruxelles, 21 avril 1956

⁸² Voir également Jari Hellsten, « On Social and Economic Factors in the Developing European Labour Law, Reasoning on Collective Redundancies, Transfer of Undertakings and Converse Pyramids », (Stockholm, Elanders Gotab, 2005)

Cependant, ainsi que Ruth Dukes l'a déjà correctement indiqué, la Cour de justice, dans les arrêts *Laval*, *Viking*, et dans l'arrêt subséquent *Riiffert*, a considéré, contrairement à Bertil Ohlin et Paul-Henri Spaak, que « des différences dans les conditions de travail entre les États membres peuvent donner lieu par elles-mêmes à des restrictions à la libre circulation. Là où c'est le cas, ces différences devraient être supprimées. Et si elles ne sont pas supprimées par une harmonisation vers le haut, alors, la Cour est tout à fait disposée à superviser le démantèlement des normes nationales établies. Le fait que les normes nationales concernées possèdent le statut de droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE ne les empêchera pas de représenter des restrictions illégales à la libre-circulation, puisque les droits fondamentaux doivent uniquement être protégés 'dans le respect du droit communautaire'. »⁸³

Ruth Dukes souligne à juste titre qu'« avec les arrêts *Laval* et *Viking*, et avec la jurisprudence subséquente, la Cour de justice a donc ouvert la porte à 'une concurrence réglementaire plus importante... et à la déstabilisation des régimes nationaux du droit du travail'. Reste à voir si une harmonisation négative des droits nationaux du travail et de l'organisation nationale du travail se produira effectivement, ce qui dépendra probablement à la fois des réponses législatives des États membres aux arrêts de la Cour, et de la volonté persistante de la Cour à se prononcer en faveur de ceux qui déposent plainte pour violation de leurs libertés fondamentales de marché. »⁸⁴

La raison pour laquelle cette question ne peut pas être solutionnée en recourant à la notion de « dumping social » a fait l'objet d'une analyse fouillée par Alexandre Saydé dans les termes suivants :⁸⁵

En inversant l'ordre hiérarchique de l'égalité de traitement entre le pays d'accueil et le pays d'origine, la Cour a nécessairement statué que l'application de la loi du pays d'accueil aux travailleurs migrants constituait une restriction à la liberté de circulation, en raison du dilemme de l'harmonisation négative. En ce sens, l'arrêt *Laval* représente une rupture brutale avec la tradition d'égalité de traitement fondée sur le pays d'accueil appliquée aux travailleurs migrants circulant librement.

(...)

En prononçant un tel arrêt, la jurisprudence s'inscrivant dans le droit fil de l'affaire *Laval* a démantelé le rempart naturel contre le « dumping social » constitué par l'affaire *Rush Portuguesa*, en permettant aux employeurs d'« importer » leur législation nationale sur le travail lorsqu'ils détachent des travailleurs depuis leur pays d'origine :

« L'affaire *Laval* et les affaires similaires montrent clairement que le recours à la liberté de circulation des services pour exploiter l'avantage concurrentiel d'une main-d'œuvre moins chère ne constitue pas une violation du droit de l'Union. Nombreux sont ceux qui applaudiront des deux mains. »

Si les effets respectifs des affaires *Rush Portuguesa* (égalité de traitement fondée sur le pays d'accueil) et *Laval* (égalité de traitement fondée sur le pays d'origine) sur le dumping social ne sont pas remis en cause, l'utilité du dumping social semble extrêmement controversée, comme en témoigne la citation précédente. Ces controverses ont conduit la Commission à proposer en 2012 une directive relative à l'exécution de la directive 96/71, dont l'article 4, intitulé « Détermination du caractère véritable du détachement et prévention des abus et contournements », vise à empêcher les relocalisations illégales d'entreprises cherchant à s'installer dans une juridiction plus accommodante [note de bas de page omise].

La proposition principale de la présente section est que le débat sur le dumping social constitue une manifestation supplémentaire de la façon dont la dialectique entre la neutralité réglementaire et la concurrence réglementaire imprègne le droit du marché intérieur. D'un côté, le paradigme de neutralité réglementaire s'attache à éviter que la

⁸³ Ruth Dukes, *The Labour Constitution* (Oxford, 2014)

⁸⁴ Ruth Dukes, *The Labour Constitution* (Oxford, 2014)

⁸⁵ Alexandre Saydé, *Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market* (Hart, 2014)

concurrence entre les entreprises privées ne soit faussée par les législations nationales. L'égalité fondée sur le pays d'accueil crée des règles du jeu équitables dans le pays d'accueil, assurant ainsi la neutralité du droit du travail à l'égard des entreprises en concurrence dans le pays d'accueil. Dans ce contexte, le dumping social fausse la concurrence entre les employeurs et entre les travailleurs, en permettant aux travailleurs migrants d'« exporter » leur législation nationale du travail. En conséquence, les partisans de la neutralité réglementaire considèrent le « dumping social » comme un obstacle à une véritable intégration économique, et plaident pour une solution de type *Rush Portuguesa* (égalité fondée sur le pays d'accueil) :

(...)

D'un autre côté, le paradigme de concurrence réglementaire vise à garantir le bon fonctionnement de la concurrence entre les États membres. Dans ce contexte, les différences de réglementation sont légitimes, et les entreprises sont encouragées à choisir le droit du travail qu'elles préfèrent, un processus appelé « arbitrage réglementaire ». Par conséquent, les partisans de la concurrence réglementaire considèrent le « dumping social » comme le fonctionnement naturel de l'intégration économique, et approuvent donc une solution de type *Laval* (égalité fondée sur le pays d'origine) :

(...)

En d'autres termes, tout comme le concept d'abus de droit, le concept de dumping social n'existe tout simplement pas dans une situation de concurrence réglementaire, car le processus de concurrence entre les États membres se fonde sur la légitimité des stratégies de « dumping social », également appelé « arbitrage réglementaire ». En conséquence, le débat sur le dumping social ne pourra jamais être solutionné, parce qu'il reflète une dialectique plus large, qui met en opposition les paradigmes de neutralité réglementaire et de concurrence réglementaire.

Pour résumer, l'ambiguïté de la jurisprudence sur la liberté de circulation vis-à-vis du dumping social est une manifestation supplémentaire de la dialectique fondamentale qui imprègne le droit du marché intérieur. Les partisans de la neutralité réglementaire considèrent le dumping social comme un obstacle à une véritable intégration économique, car il fausse la concurrence entre les entreprises privées, et ils plaident dès lors pour une solution de type *Rush Portuguesa*. Les partisans de la concurrence réglementaire considèrent, eux, le dumping social comme le fonctionnement naturel de l'intégration économique comprise comme la concurrence entre les États membres, et ils approuvent dès lors une solution de type *Laval*.

Compte tenu de l'annonce récente par le président de la Commission, M. Juncker, d'un paquet législatif pour le printemps 2016, conçu afin d'« offrir une base minimale de droits sociaux » fondée sur le principe de l'égalité de rémunération pour un travail égal sur un même lieu de travail, il semble que la Commission Juncker ait opéré un changement insoupçonné de paradigme et délaissé l'insistance de la précédente Commission Barroso pour une concurrence réglementaire en faveur d'une neutralité réglementaire.⁸⁶

Comme Saydé l'explique :⁸⁷

Finalement, la dialectique entre la neutralité réglementaire et la concurrence réglementaire pourrait contribuer à expliquer l'émergence de controverses concernant le droit du marché intérieur, et en particulier la jurisprudence de la Cour – sans toutefois les résoudre, car l'adhésion à l'un ou l'autre des paradigmes de l'intégration économique dépend largement de la confiance de chacun dans le bon fonctionnement d'une concurrence entre les réglementations, comme Tiebout l'a avancé : les partisans de la

⁸⁶ L'Europe sociale, réformes et solidarité – discours du président Juncker pour la Confédération européenne des syndicats, 13^e Congrès, 29 septembre 2015, SPEECH/15/5741

⁸⁷ Alexandre Saydé, « Abuse of EU Law and Regulation of the Internal Market » (Hart, 2014), pp. 412-413.

réglementation auront tendance à opter pour la neutralité réglementaire, tandis que les adeptes de l'économie de marché auront tendance à préférer la concurrence réglementaire.

(...)

Sans aucun doute, ce cadre pourrait dès lors être utilisé pour prédire l'émergence d'une controverse dans le droit du marché intérieur, qui surviendrait chaque fois que les institutions de l'Union procèderaient à un changement de paradigme – en particulier dans le sens de la concurrence réglementaire. Mais cette dernière proposition serait encore plus hasardeuse que le reste de la présente étude.

V – JURISPRUDENCE DE LA COUR APPLICABLE AU TRAVAIL PRECAIRE

A - Certains « travailleurs indépendants » au titre du droit national peuvent être qualifiés de travailleurs ou d'employés au titre du droit de l'UE

La définition de ce qui constitue effectivement un « travailleur » aux fins du droit de l'Union européenne est essentielle pour comprendre le champ de protection par le droit du travail dont disposent les travailleurs précaires au titre du droit de l'UE. Tandis qu'un « travailleur » n'est pas défini dans les Traités de l'UE, la jurisprudence de la Cour sur la liberté de circulation des travailleurs au titre de l'article 45, TFUE, a apporté des éclaircissements sur ce point.

L'article 45, paragraphe 1, TFUE, garantit la libre circulation des travailleurs – l'une des quatre libertés fondamentales de l'Union européenne – en stipulant que « La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de l'Union ». Étant donné l'absence d'une définition quelconque d'un « travailleur » fondée sur les Traités, la Cour a développé la notion de « travailleur » dans sa jurisprudence.⁸⁸

Selon une jurisprudence constante de la Cour, le concept de « travailleur » a une signification autonome spécifique au titre du droit de l'Union européenne et ne doit pas être interprété dans un sens restrictif. Dès lors, toute personne qui exerce des activités réelles et tangibles, à l'exclusion d'activités à si petite échelle qu'on peut les considérer comme purement marginales et accessoires, doit être considérée comme un « travailleur ». Selon cette même jurisprudence, la caractéristique essentielle d'une relation de travail est que pendant un certain temps, une personne « accomplit, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération. »⁸⁹

Il s'ensuit que le rapport de *subordination* et le *paiement d'une rémunération* forment les éléments constitutifs de toute relation de travail salarié, pour autant que l'activité professionnelle en cause présente un caractère *réel* et *effectif*.⁹⁰

Critère de subordination et statut d'indépendant

Comme cela a déjà été indiqué dans la jurisprudence de la Cour et, plus récemment, par l'avocat général Wahl dans l'affaire *FNV Kunsten Informatie en Media*,⁹¹ l'une des caractéristiques essentielles d'une relation de travail est la subordination du travailleur à son employeur. Ceci est, dans une large mesure, le critère déterminant qui contribuera à distinguer un travailleur salarié d'un travailleur indépendant.

Dans l'affaire *FNV Kunsten Informatie en Media*, l'avocat général a explicité cette différence dans les termes suivants (note de bas de page omise) :

44. (...) Ce dernier [l'employeur] est non seulement habilité à donner des instructions et à diriger les activités de ses employés, mais peut également exercer certains pouvoirs d'autorité et de contrôle sur ceux-ci. Un indépendant suit certes les instructions de ses clients, mais, en règle générale, ces derniers ne disposent pas de pouvoirs de surveillance étendus sur celui-ci. En l'absence d'une relation de subordination, un indépendant jouit d'une plus grande autonomie lorsqu'il choisit la nature du travail et des tâches à accomplir, les modalités d'exécution de ce travail ou de ces tâches, ses horaires et son lieu de travail, ainsi que ses assistants.

45. En outre, un indépendant doit supporter les risques commerciaux et financiers de son activité, tandis qu'un travailleur n'encourt normalement aucun risque de cette nature, puisqu'il a droit à une rémunération pour le travail qu'il accomplit indépendamment des résultats de l'entreprise. C'est en principe l'employeur qui est responsable envers autrui des activités accomplies par ses employés dans le cadre de leur relation de travail. Les risques et responsabilités plus élevés qui pèsent sur un indépendant sont, pour leur part,

⁸⁸ Catherine Barnard, « EU employment law », 4^e éd., 2012, p. 144

⁸⁹ *Lawrie-Blum*, 66/85, UE:C:1986:284, points 16 et 17 ; *Collins*, C-138/02, UE:C:2004:172, point 26 ; *Trojani*, C-456/02, UE:C:2004:488, point 15 ; *Neidel*, C-337/10, UE:C:2012:263, point 23 ; *Petersen*, C544/11, UE:C:2013:124, point 30 ; et *O*, C-432/14, UE:C:2015:643, point 22

⁹⁰ *Haralambidis*, C-270/13, UE:C:2014:2185, point 29

⁹¹ Conclusions de l'avocat général dans *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, UE:C:2014:2215

censés être compensés par la possibilité de conserver tous les profits engendrés par son activité.

46. Enfin, il n'est guère nécessaire d'indiquer que, tandis que les indépendants proposent des produits ou des services sur le marché, les employés travaillent simplement pour un (ou, rarement, plusieurs) employeur.

L'avocat général Wahl conclut que : « (...) le statut des indépendants implique nécessairement qu'ils jouissent, par rapport, du moins, aux travailleurs, d'une indépendance et d'une flexibilité plus étendues. En contrepartie, toutefois, ils doivent supporter davantage de risques économiques et nouent souvent des relations de travail plus instables et plus incertaines. Il semble que tous ces aspects soient étroitement liés. »⁹²

L'avocat général Wahl souligne que « (...) dans l'économie actuelle, la distinction entre les catégories traditionnelles des travailleurs et des indépendants est parfois quelque peu floue. »⁹³ Citant à titre d'exemple les affaires *Allonby*⁹⁴ et *Haralambidis*,⁹⁵ l'avocat général Wahl reconnaît que de fait, la Cour a déjà examiné un certain nombre d'affaires dans lesquelles la relation de travail entre deux personnes (ou une personne et une entité) ne relevait pas nettement – en raison de ses caractéristiques particulières – de l'une ou l'autre catégorie, mais présentait des caractéristiques propres à chacune.

La Cour est d'accord avec l'avocat général Wahl sur ce point, indiquant qu'« il n'est pas toujours aisé de déterminer dans l'économie actuelle le statut d'entreprise de certains prestataires indépendants, tels que les remplaçants en cause au principal. »⁹⁶

Distinction entre les catégories traditionnelles de travailleur et de travailleur indépendant

Pour autant qu'une personne soit un(e) travailleur/euse au sens du droit européen, la nature de sa relation juridique avec l'autre partie pour la relation de travail n'a pas d'incidence en ce qui concerne l'application du droit de l'Union.⁹⁷

La Cour a statué que la qualification de « travailleur indépendant » au regard du droit national n'empêche pas qu'une personne soit qualifiée de travailleur au sens du droit de l'UE si son indépendance n'est que fictive, déguisant ainsi une relation de travail.⁹⁸

Selon une jurisprudence constante, d'un côté, un prestataire de services peut perdre son statut d'opérateur économique indépendant et, partant, d'entreprise, s'il ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais qu'il dépend entièrement de son commettant, parce qu'il ne supporte aucun des risques financiers ou commerciaux découlant de l'activité de ce dernier, et qu'il intervient en tant qu'auxiliaire au sein de l'entreprise du commettant.⁹⁹

D'un autre côté, le terme d'« employé » aux fins du droit de l'UE doit lui-même être défini en fonction de critères objectifs qui caractérisent la relation de travail et prennent en considération les droits et les responsabilités des personnes concernées. À cet égard, selon une jurisprudence constante, la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération.¹⁰⁰

Il s'ensuit que le statut de « travailleur » au sens du droit de l'UE n'est pas affecté par le fait qu'une personne a été engagée en tant que travailleur indépendant au titre du droit national pour des raisons

⁹² Conclusions de l'avocat général dans *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, UE:C:2014:2215, point 47

⁹³ Conclusions de l'avocat général dans *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, UE:C:2014:2215, point 51

⁹⁴ *Allonby*, C-256/01, UE:C:2004:18

⁹⁵ *Haralambidis*, C-270/13, UE:C:2014:2185

⁹⁶ *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, UE:C:2014:2411, point 32

⁹⁷ Voir, dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, *Bettray*, 344/87, UE:C:1989:226, point 16, et *Raulin*, C-357/89, UE:C:1992:87, point 10 ; et dans le contexte du principe d'égalité de salaire pour les hommes et les femmes, *Allonby*, C-256/01, UE:C:2004:18, point 70

⁹⁸ *Allonby*, C-256/01, UE:C:2004:18, point 71

⁹⁹ *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, UE:C:2006:784, points 43 et 44

¹⁰⁰ *N.*, C-46/12, UE:C:2013:97, point 40 et *Haralambidis*, C-270/13, UE:C:2014:2185, point 28.

fiscales, administratives ou organisationnelles, pour autant que cette personne agisse sous la direction de son employeur, en particulier en ce qui concerne sa liberté de choisir l'horaire, le lieu et le contenu de son travail¹⁰¹ ; ne partage pas les risques commerciaux de l'employeur¹⁰² ; et, pendant la durée de cette relation, fasse partie intégrante de l'entreprise de cet employeur, formant ainsi une unité économique avec cette entreprise.¹⁰³

Selon la jurisprudence de la Cour, il n'est certainement pas inconcevable que, au même titre que les personnes salariées, certains travailleurs indépendants – par exemple, des prestataires de services – aient besoin de mesures spécifiques qui leur procurent un certain degré de protection sociale.¹⁰⁴ Dès lors, la protection sociale des prestataires de services peut, en principe, être l'une des exigences impératives d'intérêt général pouvant justifier une restriction à la liberté de fournir des services.

B - Les apprentis peuvent être considérés comme des travailleurs

Il résulte d'une jurisprudence bien établie de la Cour que la notion de travailleur en droit de l'Union s'étend aux personnes accomplissant un stage préparatoire ou des périodes d'apprentissage dans une profession, lesquelles peuvent être considérées comme constituant une préparation pratique liée à l'exercice même de la profession en cause, dès lors que lesdites périodes sont effectuées dans les conditions d'une activité salariée réelle et effective, en faveur et sous la direction d'un employeur.

La Cour a précisé que cette conclusion ne saurait être infirmée par la circonstance que la productivité de l'intéressé est faible, qu'il n'accomplit pas une tâche complète et que, partant, il n'effectue qu'un nombre réduit d'heures de travail par semaine et ne perçoit en conséquence qu'une rémunération limitée.¹⁰⁵

Il ressort également de la jurisprudence de la Cour que ni le contexte juridique de la relation d'emploi en droit national dans le cadre de laquelle est effectué une formation professionnelle ou un stage ni l'origine des ressources affectées à la rémunération de l'intéressé et, notamment, comme en l'occurrence, le financement de celle-ci au moyen de subventions publiques, ne peuvent avoir de conséquences quelconques quant à la reconnaissance ou non d'une personne comme travailleur.¹⁰⁶

En conséquence, la Cour a déclaré que l'article 1er, paragraphe 1, sous a) de la directive 98/59 (directive relative aux licenciements collectifs) doit être interprété en ce sens qu'une personne, telle que celle en cause au principal, qui exerce une activité pratique dans une entreprise sous la forme d'un stage, sans percevoir une rémunération de son employeur, mais qui bénéficie d'une aide financière de l'organisme public chargé de la promotion du travail pour cette activité reconnue par cet organisme afin d'acquérir ou d'approfondir des connaissances ou de suivre une formation professionnelle, doit être considéré comme ayant la qualité de travailleur au sens de cette disposition.

C - Les employés sous contrat zéro heure sont des « travailleurs » au sens du droit de l'Union

Concernant les contrats zéro heure (parfois également désigné comme travail occasionnel / emploi intermittent, travail sur appel, etc.), la Commission européenne suit l'évolution de cette forme de travail depuis environ 2005, et a noté que ce type de contrats, au même titre que d'autres types de contrats atypiques, font désormais partie intégrante des caractéristiques des marchés du travail européens.

La Commission s'est déclarée préoccupée par le fait que les contrats zéro heure au titre desquels les travailleurs acceptent d'être disponibles à la carte mais sans que soient déterminés un nombre d'heures ou une durée de travail précis, peut placer les travailleurs concernés dans une situation précaire, en particulier parce qu'ils ne peuvent pas compter sur un revenu minimum et peuvent être exclus de certains droits et prestations lesquels sont conditionnés à l'accomplissement d'un nombre minimum d'heures de

¹⁰¹ *Allonby*, UE:C:2004:18, point 72

¹⁰² *Agegate*, C-3/87, UE:C:1989:650, point 36

¹⁰³ *Becu e.a.*, C-22/98, UE:C:1999:419, point 26

¹⁰⁴ En ce qui concerne la liberté d'installation, voir *Kemmler*, C-53/95, UE:C:1996:58, point 13

¹⁰⁵ *Lawrie-Blum*, 66/85, UE:C:1986:284, points 19 à 21; *Bernini*, C-3/90, UE:C:1992:89, points 15 et 16; *Kurz*, C-188/00, UE:C:2002:694, points 33 et 34, et *Kranemann*, C-109/04, UE:C:2005:187, point 13

¹⁰⁶ *Betray*, 344/87, UE:C:1989:226, points 15 et 16; *Birden*, C-1/97, UE:C:1998:568, point 28, et *Kurz*, C-188/00, UE:C:2002:694, point 34

travail.

La Commission est d'avis que bien que ce type de contrats atypiques puisse souvent être avantageux tant pour les employés que pour les employeurs, il peut également arriver que les contrats zéro heure soient utilisés abusivement au détriment des travailleurs. La Commission a noté que le développement des contrats zéro heure a déjà donné lieu à une action législative visant à traiter le risque d'abus dans certains États membres, et en particulier en Irlande et aux Pays-Bas.

Dans certains États membres, il existe des règles de protection qui garantissent aux travailleurs sous contrat zéro heure un nombre précis d'heures de travail et une rémunération spécifique par semaine, tandis que dans d'autres États membres, ces travailleurs n'entrent pas dans le champ du droit du travail national en raison des définitions énoncées au niveau national. En 2005, la Commission n'envisageait pas de réglementer les contrats d'emploi zéro heure au niveau communautaire. En outre, elle faisait remarquer que, en vertu de l'article 153, paragraphe 5, TFUE, l'Union n'a aucune compétence pour légiférer en matière de rémunération.¹⁰⁷

Plus tard, le ton change. La Commission continue d'affirmer qu'elle est consciente que les contrats zéro heure peuvent mettre les travailleurs concernés dans une situation précaire, en particulier parce qu'ils ne peuvent pas compter sur un revenu minimum et peuvent être exclus de certains droits et prestations lesquels sont conditionnés à l'accomplissement d'un nombre minimum d'heures de travail. La Commission fait toutefois désormais valoir que, bien qu'aucune règle de l'UE ne réglemente spécifiquement la question des contrats zéro heure, ces derniers doivent se conformer aux règles existantes de l'UE. La santé et la sécurité au travail doivent, du point de vue de la Commission, être garanties conformément au droit de l'Union européenne. Les États membres sont libres d'établir des règles nationales interdisant le recours et/ou le recours abusif à ces contrats. De plus, les États membres doivent s'assurer que, s'ils autorisent le recours à ce type de contrat, celui-ci est conforme aux dispositions pertinentes du droit européen. En cas de non-respect de ces dispositions, la Commission maintient qu'elle prendra les mesures qui s'imposent, y compris dans le cadre des procédures d'infraction.

D'après la Commission, puisque les travailleurs sous contrat zéro heure entrent, en principe, dans le champ du droit du travail européen, ces travailleurs ont le droit, p. ex., de bénéficier d'un congé annuel payé, d'une durée proportionnelle au temps travaillé. La Commission a noté qu'en particulier, les travailleurs sous contrat zéro heure ont droit à une période annuelle de congés payés, en vertu de l'article 31, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 7 de la directive sur le temps de travail.

Toutefois, la Commission a clairement précisé qu'elle ne prévoyait toujours pas d'engager une action spécifique sur cette question. Les États membres peuvent introduire des règles au niveau national pour prévenir le recours et/ou le recours abusif à ces contrats. En principe, le droit de l'UE n'exclut pas les contrats zéro heure, puisqu'aucune des deux directives les plus pertinentes en matière de droit du travail – la directive sur le temps de travail et la directive sur le travail à temps partiel – n'établit un droit à un nombre minimal d'heures de travail.¹⁰⁸ D'après la Commission, la CJE, dans son arrêt dans l'affaire

¹⁰⁷ Question avec demande de réponse écrite posée par Eluned Morgan (PSE) et Józef Pinior (PSE) à la Commission, 21 octobre 2005, E-3833/05. Réponse donnée par M. Špidla au nom de la Commission à la question écrite E-3833/05, 18 novembre 2005 ; Question avec demande de réponse écrite posée par Glenis Willmott (S&D), 15 septembre 2009, E-4338/09. Réponse donnée par M. Špidla au nom de la Commission à la question écrite E-4338/09, 19 octobre 2009

¹⁰⁸ Question avec demande de réponse écrite posée par Roberta Metsola (PPE) à la Commission, 15 avril 2014, E-004721/2014. Réponse donnée par M. Andor au nom de la Commission à la question écrite E-004721/2014, 5 juin 2014 ; Question avec demande de réponse écrite posée par Vilija Blinkevičiūtė (S&D) à la Commission, 25 juin 2015, E-010251/2015. Réponse donnée par Mme Thyssen au nom de la Commission à la question écrite E-010251/2015, 25 août 2015 ; Question avec demande de réponse écrite posée par Catherine Stihler (S&D) à la Commission, 13 février 2014, E-001601-14. Réponse donnée par M. Andor au nom de la Commission à la question écrite E-001601-14, 7 avril 2014 ; Question avec demande de réponse écrite posée par Catherine Stihler (S&D) à la Commission, 23 septembre 2013, E-010783-13. Réponse donnée par M. Andor au nom de la Commission à la question écrite E-010783-13, 11 novembre 2013 ; Question avec demande de réponse écrite posée par Nicole

*Wippel*¹⁰⁹ considère qu'un contrat de type contrat zéro heure (contrat-cadre d'emploi selon les besoins) est compatible avec la directive sur le travail à temps partiel et les règles de l'UE en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes.

La Commission a également pris note des récentes recherches menées par le Royaume-Uni laissant supposer qu'un nombre nettement plus élevé de personnes travaillaient actuellement sous contrat zéro heure au Royaume-Uni. Il est nécessaire d'approfondir l'analyse de l'impact de cette forme d'emploi, de ses avantages et de ses risques, tant pour les employeurs que pour les employés. La Commission attend avec intérêt le résultat de cette étude menée par le gouvernement du Royaume-Uni. La Commission a également noté qu'il n'y a pas de preuve suggérant une quelconque relation entre la directive 2008/104/CE (la directive relative au travail intérimaire) ou avec toutes autres règles au niveau de l'UE, et le recours à des contrats zéro heure. Le droit du travail de l'UE établit des normes communes minimales pour la protection des travailleurs à travers l'Union. Les États membres sont naturellement libres d'introduire des règles au niveau national, le cas échéant, pour empêcher le recours et/ou le recours abusif à ces contrats.

Dans ce contexte, Adams, Freedland et Prassl sont d'avis que le discours tenu actuellement au Royaume-Uni autour de ces régimes de travail est fondamentalement fallacieux : le contrat zéro heure n'entre dans aucune catégorie particulière ; l'étiquette ne constitue qu'un raccourci commode pour cacher l'explosion du travail précaire chez une main-d'œuvre très fragmentée. D'après les auteurs, les tentatives répétées du Royaume-Uni de réglementer les contrats zéro heure constituent donc un net déplacement vers une normalisation des formes les plus extrêmes des régimes de travail abusifs, laissant un nombre en augmentation rapide de travailleurs dans l'impossibilité de recourir aux normes de protection de l'emploi.¹¹⁰

Selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, la notion de « travailleur » revêt une portée autonome et ne doit pas être interprétée de manière restrictive. Doit être considérée comme « travailleur » toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. La caractéristique de la relation de travail est, selon cette jurisprudence, la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération.¹¹¹

S'il est vrai que la circonstance qu'une personne n'effectue qu'un nombre très réduit d'heures dans le cadre d'une relation de travail peut être un élément indiquant que les activités exercées ne sont que marginales et accessoires, il n'en demeure pas moins que, indépendamment du niveau limité de la rémunération tirée d'une activité professionnelle et du nombre d'heures consacrées à celle-ci, il ne peut pas être exclu que cette activité, à la suite d'une appréciation globale de la relation de travail en cause, ne puisse être considérée par les autorités nationales comme réelle et effective, permettant, ainsi, d'attribuer à son titulaire la qualité de « travailleur » au sens du droit de l'Union européenne.¹¹²

Selon la jurisprudence de la Cour de justice, les tribunaux nationaux restent les mieux placés pour procéder aux vérifications nécessaires quant à l'appréciation de la relation de travail, ce qui implique la prise en compte des facteurs relatifs non seulement à la durée du travail et au niveau de la rémunération, mais aussi au droit à des congés payés, au maintien du salaire en cas de maladie, à la soumission du contrat de travail à la convention collective applicable, au versement de cotisations et, le cas échéant, à la nature de ces dernières, de manière à établir si le contrat de travail est de nature à permettre à la personne de se prévaloir de la qualité de « travailleur » au sens du droit de l'Union.

Sinclair (NI) à la Commission, 6 août 2013, E-009517-13. Réponse donnée par M. Andor au nom de la Commission à la question écrite E-009517-13, 19 septembre 2013

¹⁰⁹ *Wippel*, C-313/02, UE:C:2004:607, affaires jointes *Heimann et Toltschin*, C-229/11 et 230/11, UE:C:2012:693

¹¹⁰ Adams, Abi et Freedland, Mark R. et Prassl, Jeremias, *The 'Zero-Hours Contract': Regulating Casual Work, or Legitimizing Precarity?* (1er février 2015). Oxford Legal Studies Research Paper No. 11/2015. Disponible sur le site du SSRN : <http://ssrn.com/abstract=2507693>

¹¹¹ *Lawrie-Blum*, 66/85, UE:C:1986:284, points 16 et 17 ; *Collins*, C-138/02, UE:C:2004:172, point 26 ; *Trojani*, C-456/02, UE:C:2004:488, point 15 ; et *Neidel*, C-337/10, UE:C:2012:263, point 23

¹¹² *Genç*, C-14/09, UE:C:2010:57, point 26

Il est donc probable que les employés sous « contrat zéro heure » entrent dans le champ du droit du travail européen, en tant que « travailleurs ».

D - Le travail précaire et le droit de la concurrence

La Cour a jugé que les accords conclus dans la cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux destinés à améliorer les conditions d'emploi et de travail doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 85, paragraphe 1, CEE [article 101, paragraphe 1, TFUE].¹¹³

Il est intéressant de noter que la CJE est arrivée à cette conclusion dans l'arrêt *Albany* en rejetant les arguments avancés par l'avocat général Jacobs, selon lesquels les conventions collectives en tant que telles pouvaient constituer une restriction de la concurrence. Au lieu de cela, la CJE a instauré une ligne de démarcation ferme entre la politique sociale et le droit de la concurrence, qui a survécu jusqu'à aujourd'hui. L'idée selon laquelle le droit de concurrence et la politique sociale poursuivent des buts et objectifs différents ne s'est érodée que dans le contexte de la crise financière, lorsque les préoccupations sociales ont lentement commencé à avoir un impact sur le droit européen de la concurrence, notamment sur les marchés publics.

Il découle de l'arrêt *Albany*, ainsi que des arrêts qui l'ont confirmé par la suite, qu'il incombe aux autorités et aux juridictions compétentes d'examiner, dans chaque cas d'espèce, si la nature et l'objet de l'accord en cause ainsi que les objectifs de politique sociale poursuivis par celui-ci justifient qu'il soit soustrait au champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, CEE [article 101, paragraphe 1, TFUE].¹¹⁴

On peut ajouter à cela que la CJE, en référence à l'arrêt *Albany*, explique que la circonstance qu'un accord ou une activités sont soustraits au champ d'application des dispositions du traité relatives à la concurrence n'a pas pour conséquence que cet accord ou cette activité sont également exclus du champ d'application des dispositions du même traité relatives à la libre circulation des personnes ou des services, dès lors que lesdites dispositions répondent les unes et les autres à des conditions d'application propres.¹¹⁵

Dans l'affaire *FNV Kunsten Informatie en Media*, la Cour a déclaré que le droit de l'Union doit être interprété en ce sens que la disposition d'une convention collective de travail prévoyant des tarifs minimaux pour les prestataires de services indépendants, affiliés à l'une des organisations de travailleurs contractantes qui effectuent pour un employeur, en vertu d'un contrat d'entreprise, la même activité que les travailleurs salariés de cet employeur relève du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, TFUE uniquement si ces prestataires de service constituent de « faux indépendants », en d'autres termes, constituent des prestataires se trouvant dans une situation comparable à celle desdits travailleurs. Il incombe à la juridiction de renvoi de procéder à une telle vérification.¹¹⁶

La Cour a également conclu que des prestataires de services, tels que des musiciens remplaçant les membres d'un orchestre constituent, en principe, des « entreprises » au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, dès lors qu'ils offrent leurs services contre rémunération sur un marché donné et exercent leur activité en tant qu'opérateurs économiques indépendants par rapport à leurs commettants. Ce constat ne saurait toutefois faire obstacle à ce qu'une telle disposition d'une convention collective de travail puisse être également considérée comme le résultat d'un dialogue social dans l'hypothèse où lesdits prestataires de services, au nom et pour le compte desquels le syndicat a négocié, constituent en réalité de « faux

¹¹³ *Albany*, C-67/96, UE:C:1999:430, point 60 ; *Brentjens* ', affaires jointes C-115/97, C-116/97 et C-117/97, UE:C:1999:434, point 57 ; *Drijvende Bokken*, C-219/97, UE:C:1999:437, point 47 ; *Pavlov e. a.*, C-180/98 à C-184/98, UE:C:2000:428, point 67 ; *van der Woude*, C-222/98, UE:C:2000:475, point 22 ; *AG2R Prévoyance*, C-437/09, UE:C:2011:112, point 29 ; et *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, UE:C:2014:2411, point 23

¹¹⁴ *van der Woude*, C-222/98, UE:C:2000:475, point 23, *3F v. Commission*, C-319/07 P, UE:C:2009:435, point 51

¹¹⁵ *The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union*, C-438/05, UE:C:2007:772, point 53 ; *Meca-Medina et Majcen contre Commission*, C-519/04 P, UE:C:2006:492

¹¹⁶ Pour obtenir une analyse de la relation entre le droit du travail et le droit de la concurrence, voir S. McCrystal, P. Syrpis « Competition Law and Worker Voice: Competition Law Impediments to Collective Bargaining in Australia and the European Union » in A. Bogg et T. Novitz (eds.), *Voices at Work: Continuity and Change in the Common Law World* (Oxford: Oxford University Press, 2014)

indépendants », à savoir des prestataires se trouvant dans une situation comparable à celle des travailleurs. Un prestataire de services est susceptible de perdre sa qualité d'opérateur économique indépendant, et donc d'entreprise, lorsqu'il ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais dépend entièrement de son commettant, du fait qu'il ne supporte aucun des risques financiers et commerciaux résultant de l'activité de ce dernier et opère comme auxiliaire intégré à l'entreprise dudit commettant.

En outre, la Cour a précisé que la notion de « travailleur », au sens du droit de l'Union, doit être elle-même définie selon des critères qui caractérisent la relation de travail, en considération des droits et des devoirs des personnes concernées. Dans cette perspective, la qualification de « prestataire indépendant » au regard du droit national, n'exclut pas qu'une personne doit être qualifiée de « travailleur » au sens du droit de l'Union, si son indépendance n'est que fictive, déguisant ainsi une véritable relation de travail. Il s'ensuit que le statut de « travailleur », au sens du droit de l'Union, ne saurait être affecté par le fait qu'une personne a été embauchée en tant que prestataire de services indépendant au regard du droit national, pour autant que cette personne agit sous la direction de son employeur, en ce qui concerne notamment sa liberté de choisir l'horaire, le lieu et le contenu de son travail, qu'elle ne participe pas aux risques commerciaux de cet employeur et qu'elle est intégrée à l'entreprise dudit employeur pendant la durée de la relation de travail, formant avec celle-ci une unité économique.¹¹⁷

En d'autres termes, ainsi que l'avait déjà commenté Valerio De Stefano¹¹⁸ :

Selon la CJE, seuls les « faux » indépendants seraient en mesure de négocier côte à côte avec les travailleurs et de tirer profit d'une coopération avec les syndicats établis. Les vrais indépendants en situation de dépendance économique, qui constituent une partie importante de la main-d'œuvre atypique, n'en auraient pas la possibilité même si la réglementation nationale reconnaissait le statut plus fragile qui est le leur sur le marché du travail. Du point de vue de la CJE, cela serait également susceptible d'avoir des conséquences significatives sur leur capacité à se mettre en grève, étant donné que ce droit est essentiellement considéré par la jurisprudence de la Cour comme faisant partie du fonctionnement des négociations collectives.

Le fait de reconnaître le droit de grève et le droit de négociation collective comme des droits fondamentaux impliquerait également de revoir cette limite, car il serait insensé d'exclure l'accès à un droit fondamental sur la base du statut professionnel de la personne. A nouveau, l'augmentation de certaines formes de travail atypique semble être en opposition avec les limites traditionnelles des droits syndicaux, tels que les droits de négociation et d'actions collectives.

E - Règles en matière d'aides d'État et rôle des syndicats

Lorsque la Commission européenne prend une décision relative aux aides d'État – qu'il s'agisse d'une décision visant à récupérer une aide d'État illégale ou d'une décision visant à déclarer une aide d'État compatible avec les règles du marché unique voire d'une décision de ne pas engager une enquête formelle après l'introduction d'une plainte – les personnes concernées peuvent former un recours contre cette décision, conformément à l'article 263, TFUE. Les personnes non couvertes par les droits inscrits dans l'article 263 TFEU ne peuvent pas saisir la CJE en vue d'un recours en annulation.

La situation des travailleurs employés dans le secteur de la viande en Allemagne illustre le fait que l'intérêt des syndicats n'est pas une simple question procédurale mais qu'il est lié en substance aux conditions de travail des travailleurs précaires. Le 19 mars 2013, les ministres belges des Finances et du Travail annonçaient leur intention d'intenter une action devant la Commission européenne contre le dumping social en Allemagne. Les ministres accusent l'Allemagne de « pratiques indignes », en particulier dans le secteur de la transformation de la viande, dont la majorité des travailleurs sont « détachés » par des agences pour l'emploi. Ils viennent principalement de Bulgarie, de Roumanie et d'Ukraine et travaillent pour 3 euros de l'heure, 60 heures par semaine, sans protection sociale. Le fait

¹¹⁷ *FNV Kunsten Informatie en Media*, C-413/13, UE:C:2014:2411

¹¹⁸ Valerio De Stefano, *Non-standard workers and freedom of association: a critical analysis of restrictions to collective rights from a human rights perspective*, WP CSDLE « Massimo D'Antona ». INT – 123/2015

que ces travailleurs étaient « détachés » signifiait que le montant des cotisations sociales était négligeable, ce qui constituait de fait une subvention pour l'industrie allemande de la viande.

La Commission a elle-même signalé ces questions dans son document SWD(2012) 63 du 21 mars 2012. Selon ce document, les syndicats ont signalé que l'industrie de transformation de la viande employait peu de travailleurs réguliers et que la plupart des travailleurs étaient détachés par d'autres pays et que leurs conditions de travail étaient inférieures à la moyenne : charge de travail plus lourde, longues heures de travail, pour un salaire nettement inférieur à celui des travailleurs nationaux (3 euros de l'heure). Le document de la Commission affirme en outre que ces pratiques remontent à l'année 2000 et que l'absence de tout accord sectoriel dans le secteur de la viande en Allemagne entrave les efforts déployés pour protéger les travailleurs, expliquant pourquoi l'une des revendications de base des syndicats de l'industrie de la viande est l'instauration d'un salaire minimum national dans l'industrie de la viande.¹¹⁹ Un salaire minimum a été introduit en 2014, les salaires augmentant par pallier jusqu'en 2016. Parmi les autres secteurs caractérisés par des allègements fiscaux susceptibles de donner lieu à une concurrence déloyale, il y a le secteur de la restauration rapide où l'évasion fiscale et le recours aux contrats « zéro heure » peuvent permettre aux multinationales d'obtenir des avantages déloyaux.

Dans l'arrêt *3F*, la CJE a estimé que les syndicats pouvaient être considérés comme « intéressés », au sens de l'article 263, TFUE, si une décision de la Commission concernait les intérêts de leurs membres.¹²⁰ Dans cette affaire, la Cour a estimé que le syndicat requérant, en tant qu'organisme représentatif des travailleurs, est constitué, par nature, pour promouvoir les intérêts collectifs de ses membres. En outre, *3F* est un opérateur économique qui négocie les termes et les conditions dans lesquels la main-d'œuvre est fournie aux entreprises. Dans cette affaire, *3F* a affirmé que l'aide découlant des mesures fiscales en cause a affecté la capacité de ses membres à concurrencer les marins non communautaires dans la recherche d'un emploi auprès des compagnies maritimes, à savoir les bénéficiaires de cette aide, et, partant, la position du requérant en tant que telle sur le marché est affectée quant à sa capacité concurrentielle sur le marché de la fourniture de main-d'œuvre aux dites compagnies et, par conséquent, quant à sa capacité à recruter ses membres. La CJE a conclu que, à la différence de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Albany*, est en cause en l'espèce non pas le caractère restrictif de la concurrence des accords collectifs conclus entre le requérant ou d'autres syndicats et les armateurs bénéficiaires de l'aide découlant des mesures fiscales en cause, mais la question de savoir si la position concurrentielle du requérant vis-à-vis de ces autres syndicats a été affectée par l'octroi de ladite aide, de sorte que celui-ci devrait être considéré comme une personne intéressée au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE [article 108, paragraphe 2, TFUE], son recours en annulation contre la décision litigieuse étant, dans ces circonstances, recevable. Étant donné que la CJE a estimé que le syndicat *3F* était « intéressé » au sens de la législation, le recours du syndicat contre la décision de la Commission concernant les mesures fiscales danoises en question était recevable.

VI – Le principe de l'égalité de rémunération pour un travail égal pour les travailleurs précaires et sous contrat atypique

Principe de l'égalité de rémunération pour un travail égal dans le droit de l'Union européenne

Jean-Claude Juncker, le président de la Commission européenne, s'est engagé à présenter un nouveau paquet législatif pour le printemps 2016, conçu afin d'offrir « un socle de droits sociaux minimaux, un cordon sanitaire qui entourera, pour mieux le protéger, le marché du travail ». Ce dispositif législatif prévoit de se fonder sur un principe simple : un même salaire pour un même travail.¹²¹

Sans une reconnaissance formelle des principes de non-discrimination et de l'égalité de rémunération pour un même travail comme étant des normes juridiques directement applicables et pouvant être appliquées dans les litiges entre particuliers, et plus particulièrement entre les travailleurs (et/ou leurs représentants syndicaux) et les employeurs, les travailleurs et les syndicats en Europe sont privés de leur

¹¹⁹ Question avec demande de réponse écrite posée par Nikolaos Chountis (GUE/NGL) à la Commission, 12 avril 2013, E-004208-13

¹²⁰ *3F contre Commission*, C-319/07 P, UE:C:2009:435

¹²¹ L'Europe sociale, réformes et solidarité / Discours du Président Juncker pour la Confédération européenne des syndicats, 13ème Congrès, 29 septembre 2015, SPEECH/15/5741

principal outil pour éliminer les inégalités et promouvoir l'égalité entre les citoyens européens et les travailleurs immigrés venant des pays tiers.

Dans l'affaire *Commission des Communautés européennes contre République française*,¹²² la Cour de justice reconnaît que le principe de l'interdiction des discriminations, au sens de l'article 48, CEE [article 18, TFUE] a pour effet, non seulement de permettre dans chaque État aux ressortissants des autres États membres un accès égal à l'emploi, mais également de garantir aux ressortissants nationaux qu'ils ne subiront pas les conséquences défavorables qui pourraient résulter de l'offre ou de l'acceptation, par des ressortissants des autres États membres, de conditions d'emploi ou de rémunération moins avantageuses que celles qui sont en vigueur dans le droit national et dans les conventions collectives. Par conséquent, le principe de l'interdiction des discriminations vise non seulement à profiter aux travailleurs cherchant un accès à l'emploi dans d'autres États membres, mais remplit une fonction plus étendue consistant à empêcher les ressortissants nationaux d'être victimes d'une concurrence salariale externe.

Dans l'affaire *Defrenne II*,¹²³ dans laquelle la Cour de justice établit l'effet direct de l'article 119, CEE [article 157, TFUE], la Cour met en lumière la double finalité, économique et sociale, de cette disposition. La Cour a déclaré, que, d'une part, compte tenu de la différence du degré d'évolution des législations sociales dans les différents États membres, au moment où l'arrêt a été rendu, que l'article 119, CEE [article 157, TFUE] a pour fonction d'éviter que, dans la compétition intracommunautaire, les entreprises établies dans des États qui ont effectivement réalisé le principe de l'égalité de rémunération, ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans des États qui n'ont pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment de la main-d'œuvre féminine. Elle déclare aussi que, d'autre part, cette disposition relève des objectifs sociaux de la Communauté, celle-ci ne se limitant pas à une union économique, mais devant assurer en même temps, par une action commune, le progrès social et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens, ainsi qu'il est souligné par le préambule des traités.

Dans les affaires *Schröder*¹²⁴ et *Deutsche Post*,¹²⁵ la Cour a fait un développement sur l'interrelation et la hiérarchisation entre les objectifs sociaux et économiques du principe de l'égalité de rémunération pour un même travail, défini à l'article 119, CEE [article 157, TFUE]. La Cour, rappelant qu'elle a itérativement indiqué que le droit de ne pas être discriminé en raison de son sexe constitue l'un des droits fondamentaux de la personne humaine, dont la Cour est tenue d'assurer le respect, conclut que la finalité économique poursuivie par l'article 119, CEE [article 157, TFUE], à savoir l'élimination des distorsions de concurrence entre les entreprises établies dans différents États membres revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine.

Pour les raisons exposées ci-dessous, le même raisonnement devrait être étendu au principe de l'interdiction des discriminations envers les travailleurs précaires, non conventionnels et/ou atypiques.

Sans doute existe-t-il une tension inhérente par rapport à ce point particulier dans la jurisprudence de la Cour relative au travail atypique et/ou précaire, en ce sens qu'à un moment ou un autre, la Cour devra décider si l'objectif économique visant à favoriser le travail atypique dans la législation de l'Union européenne prévaut sur l'objectif social poursuivi par les directives concernées (sur le travail à durée déterminée, sur le travail à temps partiel, sur le détachement des travailleurs et sur le travail intérimaire).

Comme le fait remarquer Steven Peers, le principe de l'égalité de traitement (ou de non-discrimination) vis-à-vis des travailleurs sous contrat atypique fait partie du principe général de l'égalité reconnu par le droit de l'Union et s'inspire de certains aspects de la jurisprudence de la Cour de justice relative plus particulièrement au droit de la discrimination sexuelle. La législation de l'UE et la jurisprudence de la Cour de justice indiquent également que, dans une large mesure, les travailleurs dans les formes atypiques d'emploi ont la garantie d'être soumis au même traitement en ce qui concerne les autres droits

¹²² *Commission des Communautés européennes contre République française*, C-167/73, UE:C:1974:35

¹²³ *Defrenne contre Sabena*, C-43/75, UE:C:1976:56

¹²⁴ *Schröder*, C-50/96, UE:C:2000:72

¹²⁵ *Sievers*, C-270/97 et C-271/97, UE:C:2000:76, point 57

du travail et les droits à la non-discrimination protégés par le droit de l'Union européenne.¹²⁶

Égalité de traitement pour les travailleurs à durée déterminée

Dans l'affaire *Del Cerro Alonso*, la Cour a jugé que, comme l'énonce clairement la clause 1 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée,¹²⁷ ledit accord a pour objet non seulement d'établir un cadre pour prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs, mais également d'assurer le respect du principe de non-discrimination dans le cadre du travail à durée déterminée.

Eu égard à l'importance des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, qui font partie des principes généraux du droit communautaire, la Cour déclare que les dispositions prévues par la directive 1999/70 et l'accord-cadre aux fins de garantir aux travailleurs à durée déterminée le bénéfice des mêmes avantages que ceux réservés aux travailleurs à durée indéterminée comparables, sauf si un traitement différencié se justifie par des raisons objectives, doivent se voir reconnaître une portée générale, dès lors qu'elles constituent des *règles du droit social communautaire revêtant une importance particulière* dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescriptions protectrices minimales.

À cet égard, la Cour rappelle en premier lieu que, aux termes de la clause 1, sous a) de l'accord-cadre, l'objet de celui-ci est « d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée en assurant le respect du principe de non-discrimination ». De même, le préambule de l'accord-cadre précise que celui-ci « illustre la volonté des partenaires sociaux d'établir un cadre général pour assurer l'égalité de traitement pour les travailleurs à durée déterminée en les protégeant contre la discrimination ». En outre, le 14e considérant de la directive 1999/70 précise que l'objectif de l'accord-cadre consiste notamment à améliorer la qualité du travail à durée déterminée en fixant des prescriptions minimales de nature à garantir l'application du principe de non-discrimination.

La Cour en a conclu qu'« il s'ensuit que l'accord-cadre vise à faire application du principe de non-discrimination aux travailleurs à durée déterminée en vue d'empêcher qu'une relation d'emploi de cette nature soit utilisée par un employeur pour priver ces travailleurs de droits qui sont reconnus aux travailleurs à durée indéterminée. » Ce principe du droit social communautaire ne peut pas être interprété de manière restrictive.

Dans l'affaire *Impact*,¹²⁸ la Cour a déclaré que l'accord-cadre, en particulier sa clause 4, poursuit un but qui participe des objectifs fondamentaux inscrits à l'article 136, premier alinéa, CE [article 151, TFUE], de même qu'au troisième alinéa du préambule du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et aux points 7 et 10, premier alinéa, de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (à laquelle se réfère l'article 151, TFUE), et qui sont liés à l'amélioration des conditions de vie et de travail ainsi qu'à l'existence d'une protection sociale adéquate des travailleurs, en l'occurrence des travailleurs à durée déterminée.

Du reste, l'article 136, premier alinéa, CE [article 151, TFUE] (qui définit les objectifs en vue desquels le Conseil peut, dans les matières visées à l'article 137, CE [article 155, paragraphe 2, TFUE], mettre en œuvre, conformément à l'article 139, paragraphe 2, CE [article 153, TFUE], des accords conclus entre partenaires sociaux au niveau communautaire), renvoie à la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, qui fait figurer, dans sa partie I, point 4, le droit de tous les travailleurs à une « rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant » parmi les objectifs que les parties contractantes se sont engagées à atteindre, aux termes de l'article 20 figurant dans la partie III de cette charte.

La Cour a dit que, eu égard à ces objectifs, la clause 4 de l'accord-cadre doit être comprise comme exprimant un principe de droit social communautaire qui ne saurait être interprété de manière restrictive.

¹²⁶ Steve Peers, « Equal Treatment of Atypical Workers: A New Frontier for EU Law? », *Yearbook of European Law*, (2013), Vol. 32(1), pp. 30-56

¹²⁷ Accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999, qui figure en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE, CEEP sur le travail à durée déterminée (JO 1999 L 175, p. 43)

¹²⁸ *Impact*, C-268/06, UE:C:2008:223

Dans l'affaire *Valenza*,¹²⁹ la Cour a été confrontée à la question de l'applicabilité de la directive 1999/70/CE et de l'accord-cadre en relation avec l'absence totale de prise en compte des périodes de service accomplies dans la cadre de contrats de travail à durée déterminée. Dans sa demande de décision préjudicielle, le *Consiglio di Stato* relève que la réglementation italienne en cause a permis le recrutement direct de titulaires d'emplois précaires par dérogation à la règle du concours général en vue de l'accès à l'emploi public, mais avec intégration dans le cadre permanent au niveau initial de la catégorie barémique, sans conservation de l'ancienneté acquise dans l'activité à durée déterminée.

Devant la Cour, le gouvernement italien a adopté le point de vue du *Consiglio di Stato*, dans son arrêt n° 1138, du 23 février 2011, et soutient que la clause 4 de l'accord-cadre n'est pas applicable aux litiges au principal. Il soutient que cette disposition interdirait uniquement toute différence de traitement entre les travailleurs à durée indéterminée et les travailleurs précaires pendant la durée de la relation de travail à durée déterminée. Le gouvernement italien fait valoir en substance que la clause 4 de l'accord-cadre est inapplicable dans des situations telles que celles en cause au principal, dès lors que la différence de traitement invoquée par les requérantes au principal, qui sont liées ultérieurement par un contrat de travail à durée indéterminée, intervient par rapport à d'autres travailleurs à durée indéterminée.

La Cour rejette l'argument et dit que le seul fait que les requérantes ont acquis la qualité de travailleurs à durée indéterminée n'exclut pas la possibilité pour elles de se prévaloir, dans certaines circonstances, du principe de non-discrimination énoncé à la clause 4 de l'accord-cadre.¹³⁰ Dès lors que la discrimination contraire à la clause 4 de l'accord-cadre, dont les requérantes au principal allèguent être les victimes, concerne les périodes de service accomplies, en tant que travailleurs à durée déterminée, le fait que ces dernières soient entre-temps devenues des travailleurs à durée indéterminée est dépourvu d'incidence.¹³¹

En ce qui concerne la *comparabilité des situations en question* entre des travailleurs à durée déterminée et les fonctionnaires statutaires, la Cour estime que, dans l'hypothèse où les fonctions exercées par les requérantes dans la cadre de contrats de travail à durée déterminée ne correspondraient pas à celles exercées par un fonctionnaire statutaire appartenant à la catégorie pertinente de cette autorité, la différence de traitement alléguée concernant la prise en compte des périodes de service lors du recrutement des requérantes en tant que fonctionnaires statutaires ne serait pas contraire à la clause 4 de l'accord-cadre, dès lors que cette différence de traitement se rapporterait à des situations différentes.¹³²

Égalité de traitement des travailleurs à temps partiel

La directive 97/81 concernant le travail à temps partiel a été introduite sur la base de la procédure décrite à l'article 138, CE [article 154, TFUE].¹³³ Les partenaires sociaux ont lancé des négociations et se sont mis d'accord sur la mise en place d'un cadre européen sur le travail à temps partiel le 6 juin 1997. L'accord a ensuite été soumis à la Commission, puis adopté par le Conseil. Les États membres devaient mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la directive au plus tard le 20 janvier 2000. La directive a remplacé dans les faits l'« approche fondée sur l'égalité de traitement » concernant le travail à temps partiel, appliquant les règles relatives à la discrimination indirecte.¹³⁴

La structure de la directive 97/81 diffère de celle des directives traditionnelles. La partie principale de la directive se trouve en annexe, où le texte de l'accord-cadre est reproduit. Les dispositions de l'accord-cadre sont appelées « clauses » et non « articles », ce qui peut créer une certaine confusion lorsque l'on y fait référence. Les trois premières clauses déterminent l'objectif, le champ d'application et les définitions de l'accord. Les clauses 4 et 5 contiennent les dispositions matérielles concernant le travail à temps partiel. La dernière clause définit les dispositions sur la mise en œuvre de l'accord-cadre.

¹²⁹ *Valenza e.a.*, C-302/11 à C-305/11, UE:C:2012:646

¹³⁰ *Valenza e.a.*, C-302/11 à C-305/11, UE:C:2012:646, point 34, citant *Rosado Santana*, C-177/10, UE:C:2011:557, point 41 et Huet, C-251/11, UE:C:2012:133, point 37

¹³¹ *Valenza e.a.*, C-302/11 à C-305/11, UE:C:2012:646, point 35

¹³² *Valenza e.a.*, C-302/11 à C-305/11, UE:C:2012:646, point 48

¹³³ Directive 97/81/CE du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (JO 1998, L 14, p. 9)

¹³⁴ Catherine Barnard, « EU employment law », 4e éd., 2012, p. 429

L'accord-cadre a pour objet :¹³⁵

- d'assurer la suppression des discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel
- d'améliorer la qualité du travail à temps partiel
- de faciliter le développement du travail à temps partiel sur une base volontaire
- contribuer à l'organisation flexible du temps de travail

Aussi, dans les affaires *Michaeler et Bruno et autres*, la CJE a souligné le fait que l'accord a une double finalité, à savoir, d'une part, promouvoir le travail à temps partiel en améliorant la qualité de ce type de travail et, d'autre part, éliminer les discriminations entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps plein.¹³⁶ Dans l'affaire *Bruno et autres*, la CJE a abordé la question de l'élimination de la discrimination et se réfère au deuxième paragraphe du préambule de l'accord-cadre qui dit que l'accord « illustre la volonté des partenaires sociaux d'établir le cadre général pour l'élimination des discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel et de contribuer au développement des possibilités de travail à temps partiel sur une base acceptable pour les employeurs et pour les travailleurs ». Cet objectif est également souligné au onzième considérant de la directive 97/81.¹³⁷ La CJE a conclu :

L'accord-cadre [...] poursuit ainsi un but qui participe des objectifs fondamentaux inscrits à l'article premier de l'accord sur la politique sociale et repris à l'article 136, premier alinéa [article 151, TFUE], ainsi qu'au troisième alinéa du préambule du TFUE et aux points 7 et 10, premier alinéa de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989 et à laquelle renvoie la disposition susvisée du traité CE. Ces objectifs fondamentaux sont liés à l'amélioration conditions de vie et de travail ainsi qu'à l'existence d'une protection sociale adéquate des travailleurs. Il s'agit, plus précisément, d'améliorer les conditions de travail des travailleurs à temps partiel et d'assurer leur protection contre les discriminations, ainsi qu'en attestent les troisième et vingt-troisième considérant de la directive 97/81.¹³⁸

Pour ce qui concerne l'autre objectif de la directive, à savoir la flexibilité, le CJE a constaté, dans l'affaire *Mascellani*, que la législation nationale devait également être conforme à la finalité de l'accord-cadre qui consiste notamment à faciliter le développement du travail à temps partiel sur une base volontaire et de contribuer à l'organisation flexible du temps de travail d'une manière qui tienne compte des besoins des employeurs et des employés.¹³⁹

L'accord s'applique aux travailleurs à temps partiel ayant un contrat ou une relation de travail définis par la législation, les conventions collectives ou pratiques en vigueur dans chaque État membre.¹⁴⁰ Les États membres, après consultation des partenaires sociaux, conformément à la législation, aux conventions collectives ou pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux au niveau approprié conformément aux pratiques nationales de relations industrielles peuvent, pour des raisons objectives, exclure totalement ou partiellement des dispositions du présent accord les travailleurs à temps partiel qui travaillent sur une base occasionnelle. Ces exclusions devraient être réexaminées périodiquement afin d'établir si les raisons objectives qui les sous-tendent demeurent valables.¹⁴¹

À la clause 3 de l'accord, un travailleur à temps partiel est défini comme étant un salarié dont la durée normale de travail, calculée sur une base hebdomadaire ou en moyenne sur une période d'emploi pouvant

¹³⁵ Clause 1 de l'accord

¹³⁶ *Michaeler e.a.*, C-55/07 et C-56/07, UE:C:2008:248, point 22, *Bruno e.a.*, C-395/08 et C-396/08, UE:C:2010:329, point 77

¹³⁷ *Bruno e.a.*, C-395/08 et C-396/08, UE:C:2010:329, point 29

¹³⁸ *Bruno e.a.*, C-395/08 et C-396/08, UE:C:2010:329, point 30

¹³⁹ *Mascellani*, C-221/13, UE:C:2014:2286, point 25

¹⁴⁰ Clause 2, point 1 de l'accord

¹⁴¹ Clause 2, point 2 de l'accord

aller jusqu'à un an, est inférieure à celle d'un travailleur à temps plein comparable.¹⁴² Le terme « travailleur à temps plein comparable » signifie un salarié à temps plein du même établissement ayant le même type de contrat ou de relation de travail et un travail/emploi identique ou similaire, en tenant compte d'autres considérations pouvant inclure l'ancienneté et les qualifications/compétences. Lorsqu'il n'existe aucun travailleur à temps plein comparable dans le même établissement, la comparaison s'effectue par référence à la convention collective applicable ou, en l'absence de convention collective applicable, conformément à la législation, aux conventions collectives ou pratiques nationales.¹⁴³

La clause 4 de l'accord établit le principe de non-discrimination. Il vise à garantir le respect du principe de non-discrimination pour ce qui concerne les conditions d'emploi des travailleurs à temps partiel, qui constitue le cadre de cet accord.¹⁴⁴ En vertu de cette disposition, les travailleurs à temps partiel ne doivent pas être traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à temps plein comparables au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives. Lorsque c'est approprié, le principe du *pro rata temporis* s'applique.¹⁴⁵

Le concept de « raisons objectives » au sens de la clause 4 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée est interprété comme visant des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée et, partant, de nature à justifier dans ce contexte particulier l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs. Ces circonstances peuvent résulter notamment de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles des contrats de travail à durée déterminée ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre.¹⁴⁶

Dans l'affaire *Wippel*, la CJE a considéré que l'interdiction des discriminations énoncée dans la clause 4 de l'accord-cadre était une expression spécifique d'un principe fondamental du droit de l'UE, à savoir le principe général d'égalité, selon lequel les situations comparables ne sont pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée.¹⁴⁷ Dans l'affaire *Bruno et autres*, la CJE considère que la clause 4 de l'accord-cadre doit être comprise comme exprimant un principe de droit social de l'Union qui ne saurait être interprété de manière restrictive.¹⁴⁸ La notion de « conditions d'emploi », au sens de cette clause, inclut par conséquent les conditions financières, telles que celles relatives aux rémunérations et aux pensions, de manière à éviter de discriminer les travailleurs concernés en introduisant une distinction basée sur la nature de leurs conditions d'emploi, ce qui n'est nullement implicite dans la formulation de cette clause.¹⁴⁹ La clause 4 interdit de justifier une différence de traitement entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à temps par le fait que cette dernière est prévue par une norme générale et abstraite. Au contraire, ladite notion requiert que l'inégalité de traitement en cause réponde à un besoin véritable, soit en mesure d'atteindre l'objectif poursuivi et soit nécessaire à cet effet.¹⁵⁰

Les États membres sont dans l'obligation de garantir en faveur des travailleurs à temps partiel l'application du principe de non-discrimination également en matière de rémunérations, tout en tenant compte, lorsque cela est approprié, du principe du *pro rata temporis* dont il est question à la clause 4, point 2 de l'accord.¹⁵¹ Dans les affaires *Cai Cugini et Yangwei*, la Cour conclut que la clause 4 ne s'oppose pas à une réglementation nationale qui met à la charge des employeurs des obligations de

¹⁴² Clause 3, point 1 de l'accord

¹⁴³ Clause 3, point 2 de l'accord

¹⁴⁴ Cf. paragraphe 3 du préambule de l'accord-cadre

¹⁴⁵ Clause 4, points 1 et 2 de l'accord

¹⁴⁶ *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08, UE:C:2010:215, point 43

¹⁴⁷ *Wippel*, C-313/02, UE:C:2004:607, point 56

¹⁴⁸ *Bruno e.a.*, C-395/08 et C-396/08, UE:C:2010:329, point 32

¹⁴⁹ *Bruno e.a.*, C-395/08 et C-396/08, UE:C:2010:329, point 33 ; l'affaire *O'Brien*, C-393/10, UE:C:2012:110, point 55, confirme que les pensions de retraite sont couvertes par l'accord-cadre ; toutefois, l'accord exclut les pensions qui sont « moins fonction d'une relation d'emploi entre travailleurs et employeur que de considérations d'ordre social », *Elbal Moreno*, C-385/11, UE:C:2012:746, point 22 ; et exclut « une pension légale de sécurité sociale », exclusion confirmée dans l'affaire *Cachaldora Fernández*, C-527/13, UE:C:2015:215, point 38

¹⁵⁰ *O'Brien*, C-393/10, UE:C:2012:110, point 64

¹⁵¹ *Bruno e.a.*, C-395/08 et C-396/08, UE:C:2010:329, point 38

conservation, s'il est établi que cette réglementation ne conduirait à aucune discrimination.¹⁵² Dans l'affaire *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, la CJE constate que la clause 4 s'oppose à une disposition nationale, selon laquelle, lorsque le temps de travail d'un travailleur est modifié, les congés non consommés sont adaptés de telle sorte que le travailleur qui passe d'un emploi à temps plein à un emploi à temps partiel voit réduire le droit au congé annuel payé qu'il a acquis, sans avoir eu la possibilité de l'exercer, pendant sa période d'emploi à temps plein ou ne peut plus bénéficier des ces congés que sur la base d'une indemnité de congés payés d'un montant inférieur.¹⁵³ Si, selon les termes de cette relation de travail, le travailleur est employé à temps partiel, il y a lieu de considérer que le calcul de l'allocation pour enfant à charge en application du principe du *pro rata temporis* est objectivement justifié, au sens de la clause 4, point 1, de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, et approprié, au sens de la clause 4, point 2, de cet accord-cadre.¹⁵⁴

Ce principe a ses limites. Dans l'affaire *Wippel*, la CJE juge que dans les circonstances où tous les contrats de travail d'une entreprise fixent la durée du travail hebdomadaire et l'aménagement du temps de travail, ils ne s'opposent pas à un contrat de travail à temps partiel des travailleurs de la même entreprise, en vertu duquel la durée du travail hebdomadaire et l'aménagement du temps de travail ne sont pas fixes, mais sont fonction des besoins de quantité de travail à fournir déterminés au cas par cas, ces travailleurs ayant le choix d'accepter ou de refuser ledit travail.¹⁵⁵ Dans les affaires *Heimann et Toltschin* et *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, la CJE applique cette règle à l'octroi du congé annuel pour une période d'emploi à temps partiel car, pour une telle période, la diminution du droit au congé annuel par rapport à celui octroyé pour une période d'emploi à temps plein est justifiée par des raisons objectives.¹⁵⁶

La clause 5 de l'accord réglemente les possibilités de travail à temps partiel. En vertu de la clause 5, les États membres, d'une part, après consultation des partenaires sociaux conformément aux législations ou pratiques nationales, devraient identifier et examiner les obstacles de nature juridique ou administrative qui peuvent limiter les possibilités de travail à temps partiel et les éliminer. Les partenaires sociaux, d'autre part, agissant dans leur domaine de compétence et au travers des procédures prévues dans les conventions collectives, devraient identifier et examiner les obstacles qui peuvent limiter les possibilités de travail à temps partiel et, le cas échéant, les éliminer.¹⁵⁷ Les employeurs devraient prendre en considération certains besoins spécifiques des employés.¹⁵⁸ En vertu de la clause 5, point 2, le refus d'un travailleur d'être transféré d'un travail à temps plein, ou vice-versa, ne devrait pas en tant que tel constituer un motif valable de licenciement. Toutefois, ainsi que l'a établi la CJE dans l'affaire *Mascellani*, cette clause ne s'oppose pas à une réglementation qui permet à l'employeur d'ordonner, pour de telles raisons, la transformation d'un contrat de travail à temps plein en un contrat de travail à temps partiel sans l'accord du travailleur concerné.¹⁵⁹

La clause 5 de l'accord-cadre vise entre autres à promouvoir le travail à temps partiel.¹⁶⁰ Aussi, la clause s'oppose à une réglementation nationale qui exige la notification à l'administration d'une copie des contrats de travail à temps partiel dans le délai de 30 jours suivant leur conclusion.¹⁶¹ La clause 5, à l'instar de la clause 4, ne s'applique pas aux régimes légaux de sécurité sociale. Dans l'arrêt *Cachaldora Fernández*, la CJE a estimé que le fait de retenir une interprétation des termes « obstacles de nature juridique », figurant à la clause 5, point 1, sous a) de l'accord-cadre, en application de laquelle les États membres seraient contraints d'adopter, en dehors du domaine des conditions d'emploi, des mesures liées

¹⁵² Ordonnances *Dai Cugini*, C-151/10, UE:C:2011:223 et *Yangwei*, C-349/11, UE:C:2011:826

¹⁵³ *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08, UE:C:2010:215, point 35, *Brandes*, C-415/12, UE:C:2013:398, point 33

¹⁵⁴ *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-476/12, UE:C:2014:2332, point 20

¹⁵⁵ *Wippel*, C-313/02, UE:C:2004:607, point 66

¹⁵⁶ *Heimann et Toltschin*, C-229/11 et C-230/11, UE:C:2012:693, point 34, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols*, C-486/08, UE:C:2010:215, points 33 et 34

¹⁵⁷ Clause 5, point 1, sous a) et b) de l'accord

¹⁵⁸ Clause 5, point 3, de l'accord

¹⁵⁹ *Mascellani*, C-221/13, UE:C:2014:2286, point 24

¹⁶⁰ *Mascellani*, C-221/13, UE:C:2014:2286, point 23

¹⁶¹ *Michaeler e.a.*, C-55/07 et C-56/07, UE:C:2008:248, point 30. Confirmé dans les ordonnances *Dai Cugini*, C-151/10, UE:C:2011:223 et *Yangwei*, C-349/11, UE:C:2011:826

à une pension telle que celle en cause au principal, reviendrait à leur imposer des obligations en matière de politique sociale générale portant sur des mesures qui ne relèvent pas du champ d'application de cet accord-cadre.¹⁶²

La « caractéristique importante » de la directive est que les travailleurs à temps partiel ne doivent plus s'appuyer sur le concept de discrimination indirecte pour présenter leurs arguments.¹⁶³ Néanmoins, il convient de garder à l'esprit que la discrimination directe peut être justifiée de manière objective. Il convient de noter que, bien qu'il existe une certaine jurisprudence en relation avec la clause 4 de l'accord-cadre, elle est beaucoup moins abondante en ce qui concerne la clause 5. C'est peut-être parce que la clause 5 est plus une invitation à éliminer les obstacles qu'une véritable obligation à le faire.¹⁶⁴ Mais la question de savoir si la clause 5 de l'accord crée réellement un droit opposable au travail à temps partiel se pose.¹⁶⁵

Enfin, la clause 6 de l'accord-cadre expose les dispositions sur la mise en œuvre de l'accord. À cet égard, il est très important de noter qu'elle constitue un niveau de protection minimal.¹⁶⁶ Elle est subsidiaire du principe d'égalité de traitement de l'Union européenne.¹⁶⁷

Égalité de traitement des travailleurs intérimaires

La directive relative au travail intérimaire s'applique aux travailleurs ayant un contrat de travail ou une relation de travail avec une entreprise de travail intérimaire et qui sont mis à la disposition d'entreprises utilisatrices afin de travailler de manière temporaire sous leur contrôle et leur direction.¹⁶⁸ Elle est applicable aux entreprises publiques et privées qui sont des entreprises de travail intérimaire ou des entreprises utilisatrices exerçant une activité économique, qu'elles poursuivent ou non un but lucratif.¹⁶⁹ Les États membres, après consultation des partenaires sociaux, peuvent prévoir que la présente directive ne s'applique pas aux contrats ou relations de travail conclus dans le cadre d'un programme de formation, d'insertion et de reconversion professionnelles public spécifique ou soutenu par les pouvoirs publics.¹⁷⁰

Aux fins de la directive relative au travail intérimaire, on entend par :¹⁷¹

- a) « travailleur » : toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi ;
- b) « entreprise de travail intérimaire » : toute personne physique ou morale qui, conformément au droit national, conclut des contrats de travail ou noue des relations de travail avec des travailleurs intérimaires en vue de les mettre à la disposition d'entreprises utilisatrices pour y travailler de manière temporaire sous le contrôle et la direction desdites entreprises ;
- c) « travailleur intérimaire » : un travailleur ayant un contrat de travail ou une relation de travail avec une entreprise de travail intérimaire dans le but d'être mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice en vue d'y travailler de manière temporaire sous le contrôle et la direction de ladite entreprise ;
- d) « entreprise utilisatrice » : toute personne physique ou morale pour laquelle et sous le contrôle et la direction de laquelle un travailleur intérimaire travaille de manière temporaire ;
- e) « mission » : la période pendant laquelle le travailleur intérimaire est mis à la disposition d'une entreprise utilisatrice en vue d'y travailler de manière temporaire sous le contrôle et

¹⁶² *Cachaldora Fernández*, C-527/13, UE:C:2015:215, point 39

¹⁶³ Catherine Barnard, « EU employment law », 4e éd., 2012, p. 436

¹⁶⁴ Catherine Barnard, « EU employment law », 4e éd., 2012, p. 437

¹⁶⁵ Philippa Watson, *EU Social and employment law*, 2009, p. 280

¹⁶⁶ Clause 6, point 1, de l'accord

¹⁶⁷ Clause 6, point 4, de l'accord

¹⁶⁸ Article premier de la directive relative au travail intérimaire

¹⁶⁹ Article premier, paragraphe 2 de la directive relative au travail intérimaire

¹⁷⁰ Article premier, paragraphe 3 de la directive relative au travail intérimaire

¹⁷¹ Article 3, de la directive relative au travail intérimaire

la direction de ladite entreprise.

En vertu de l'article 3, paragraphe 2, de la directive relative au travail intérimaire, la directive ne porte pas atteinte au *droit national* en ce qui concerne la définition de la rémunération, du contrat ou de la relation de travail, ou du travailleur. En outre, les États membres n'excluent pas du champ d'application de la présente directive les travailleurs, les contrats ou relations de travail uniquement du fait qu'il s'agit de travailleurs à temps partiel, de travailleurs à durée déterminée ou de personnes ayant un contrat de travail ou une relation de travail avec une entreprise de travail intérimaire.

Dans l'affaire *Della Rocca*,¹⁷² la Cour met l'accent sur la double relation de travail dans laquelle est impliqué un travailleur intérimaire, déclarant que « la mise à disposition de travailleurs intérimaires constitue une figure complexe et spécifique du droit du travail, impliquant, ainsi qu'il ressort des points 32 et 37 de l'arrêt, une double relation de travail entre, d'une part, l'entreprise de travail intérimaire et le travailleur intérimaire et, d'autre part, ce dernier et l'entreprise utilisatrice, ainsi qu'une relation de mise à disposition entre l'entreprise de travail intérimaire et l'entreprise utilisatrice. »¹⁷³

Le CJUE a également défini le concept de travail intérimaire dans le contexte de l'application de la directive relative au détachement des travailleurs. Dans l'affaire *Vicoplus*, la Cour a déclaré que :¹⁷⁴

Le détachement de travailleurs au sens de l'article 1er, paragraphe 3, sous c), de la directive 96/71 est une prestation de services fournie contre rémunération pour laquelle le travailleur détaché reste au service de l'entreprise prestataire, sans qu'aucun contrat de travail ne soit conclu avec l'entreprise utilisatrice. Il se caractérise par la circonstance que le déplacement du travailleur dans l'État membre d'accueil constitue l'objet même de la prestation de services effectuée par l'entreprise prestataire et que ce travailleur accomplit ses tâches sous le contrôle et la direction de l'entreprise utilisatrice.

Cette définition a été précisée dans l'affaire *Martin Meat*,¹⁷⁵ où la Cour a complété la définition comme suit :

Il convient, pour déterminer si cette relation contractuelle doit être qualifiée de mise à disposition de main-d'œuvre, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 3, sous c), de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, de tenir compte de tout élément indiquant que le déplacement du travailleur dans l'État membre d'accueil est ou non l'objet même de la prestation de services sur laquelle porte ladite relation contractuelle. Constituent, en principe, des indices qu'un tel déplacement n'est pas l'objet même de la prestation de services en cause, notamment, le fait que le prestataire de services supporte les conséquences de l'exécution non conforme de la prestation stipulée au contrat ainsi que la circonstance que ce prestataire est libre de déterminer le nombre de travailleurs qu'il juge utile d'envoyer dans l'État membre d'accueil. En revanche, la circonstance que l'entreprise bénéficiaire de cette prestation contrôle la conformité avec ledit contrat de ladite prestation ou qu'elle puisse donner des consignes générales aux travailleurs employés par ledit prestataire ne permet pas, en tant que telle, de conclure à l'existence d'une mise à disposition de main-d'œuvre.

Ces autres déclarations sur la définition du travail intérimaire auront aussi leur importance pour de futures interprétations de la directive relative au travail intérimaire.

Étant donné que les principes fondamentaux en matière de la libre circulation énoncés dans les traités UE se concentrent sur l'interdiction des inégalités fondées sur la *nationalité* et étant donné l'absence de mesures législatives, la jurisprudence de la CJUE en ce qui concerne le travail intérimaire a évolué autour de l'interdiction de restrictions à la libre prestation de services. Aussi, la CJUE a déclaré dans les premières lignes de l'arrêt *Webb* que la mise à disposition temporaire de main-d'œuvre constitue un

¹⁷² *Della Rocca*, C-290/12, UE:C:2013:235, point 40

¹⁷³ *Della Rocca*, point 40

¹⁷⁴ *Vicoplus e.a.*, C-307/09, C-308/09 et C-309/09, UE:C:2011:64

¹⁷⁵ *Martin Meat*, C-586/13, UE:C:2015:405

service au sens de l'article 60, CEE [article 57, TFUE].¹⁷⁶ Toutefois, la Cour a ajouté que l'article 59, CEE [article 56, TFUE] n'empêchait un État membre de réclamer que les prestataires de services établis dans d'autres États membres se conforment à la condition consistant à détenir une licence nationale, sous réserve que la demande d'autorisation ne fasse aucune distinction en raison de la nationalité et qu'il soit tenu compte des justifications et garanties déjà présentées par le prestataire de services pour l'exercice de son activité dans l'État membre d'établissement.¹⁷⁷

Une vingtaine d'années plus tard, la CJUE confirmait que, aux fins de l'application du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, dans la version codifiée par le règlement du Conseil (CEE) n° 2001/83 du 2 juin 1983, une entreprise de travail temporaire qui met, à partir d'un État membre, des travailleurs à la disposition d'entreprises situées sur la territoire d'un autre État membre doit exercer normalement ses activités dans le premier État, c.-à-d. dans l'État membre d'établissement.¹⁷⁸ Cela signifie que les travailleurs intérimaires qui sont détachés dans d'autres États membres continuent à dépendre du système de sécurité sociale de leur État membre d'origine et pas de l'État membre d'accueil.

Pour la première fois en 2002, la CJUE a eu une nouvelle fois l'occasion d'avoir voix au chapitre en ce qui concerne les restrictions nationales en matière de prestations de services temporaires. La Cour a constaté que, en imposant que les entreprises de fourniture de travail temporaire établies dans d'autres États membres aient leur siège social ou une succursale sur le territoire national et déposent une caution de 700 millions de ITL auprès d'un établissement de crédit ayant son siège ou une succursale sur le territoire national, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles relatifs à la liberté d'établissement et à la prestation de services.¹⁷⁹

Dans le même ordre d'idée, la CJUE a spécifié en 2014 que l'article 56, TFUE s'opposait à une réglementation nationale, en vertu de laquelle les sociétés établies dans un premier État membre recourant à des travailleurs employés et détachés par des agences de travail intérimaire établies dans un second État membre, mais opérant dans ce premier État membre par l'intermédiaire d'une succursale, sont obligées de retenir à la source et de verser au premier État un acompte sur l'impôt sur le revenu dû par lesdits travailleurs, alors que la même obligation n'est pas prévue pour les sociétés établies dans le premier État membre qui utilisent les services d'agences de travail intérimaire établies dans ce même État.¹⁸⁰

À ce propos, la Cour a réfuté l'argument selon lequel, en particulier en ce qui concerne l'engagement de travailleurs au niveau international, il y aurait de nombreux cas d'évasion ou de fraude fiscale justifiant l'application d'une retenue fiscale. La Cour a déclaré :

56 La Cour a toutefois également précisé qu'une présomption générale d'évasion ou de fraude fiscale fondée sur la circonstance qu'un prestataire de services est établi dans un autre État membre ne saurait suffire à justifier une mesure fiscale qui porte atteinte aux objectifs du traité (voir, en ce sens, arrêts *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, C-386/04, UE:C:2006:568, point 61 ; *Commission/Belgique*, UE:C:2006:702, point 35 ; et *Commission/Espagne*, C-153/08, UE:C:2009:618, point 39).

¹⁷⁶ *Webb*, C-279/80, UE:C:1981:314, « L'activité consistant, pour une entreprise, à mettre à disposition, contre rémunération, de la main-d'œuvre qui reste au service de ladite entreprise sans qu'aucun contrat de travail ne soit conclu avec l'utilisateur, constitue une activité professionnelle qui réunit les conditions fixées à l'article 60 du traité CEE. Elle doit, dès lors, être considérée comme un service au sens de cette disposition ».

¹⁷⁷ L'article 59 du traité ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre, qui soumet les entreprises de mise à disposition de main-d'œuvre à autorisation, oblige un prestataire de services établi dans un autre État membre et exerçant une telle activité sur son territoire, à se conformer à cette condition, même s'il est titulaire d'une autorisation délivrée par l'État d'établissement, sous réserve toutefois, d'une part, que l'État membre destinataire de la prestation ne fasse dans l'examen des demandes d'autorisation et dans l'octroi de celles-ci aucune distinction en raison de la nationalité ou du lieu d'établissement du prestataire et, d'autre part, qu'il tienne compte des justifications et garanties déjà présentées par le prestataire pour l'exercice de son activité dans l'État membre d'établissement »

¹⁷⁸ *FTS*, C-202/97, UE:C:2000:75

¹⁷⁹ *Commission contre Italie*, C-279/00, UE:C:2002:89

¹⁸⁰ *Strojírny Prostějov et ACO Industries Tábor*, C-53/13, UE:C:2014:2011

57 Or, d'une part, les allégations de la République tchèque concernant l'existence de nombreuses fraudes et évasions fiscales à l'occasion de la location internationale de main-d'œuvre sont restées très vagues, notamment en ce qui concerne la situation spécifique des agences de travail intérimaire établies dans d'autres États membres disposant d'une succursale enregistrée en République tchèque.

58 D'autre part, la circonstance que la succursale concernée dans l'affaire C-80/13 se soit chargée des opérations administratives permettant d'opérer et de verser la retenue en cause au principal permet de douter du bien-fondé d'une telle présomption générale.

59 Dans ces conditions, l'application de la retenue en cause au principal ne peut pas être justifiée comme étant nécessaire à la prévention des fraudes et des évasions fiscales.

La Cour a donc reconnu que le secteur du travail intérimaire est un secteur économique comme un autre, qui ne nécessite pas la mise en place d'une quelconque restriction particulière concernant les relations internationales. Aussi, toutes les réglementations nationales relatives aux agences de travail intérimaire doivent s'appliquer de la même manière que toutes autres entreprises nationales et européennes.

La directive relative au travail intérimaire

L'objectif de la directive relative au travail intérimaire est expressément double, comme mentionné à l'article 2 :

- d'assurer la protection des travailleurs intérimaires et d'améliorer la qualité du travail intérimaire en assurant le respect du principe de l'égalité de traitement, tel qu'il est énoncé à l'article 5, à l'égard des travailleurs intérimaires, et
- en reconnaissant les entreprises de travail intérimaire comme des employeurs, tout en tenant compte de la nécessité d'établir un cadre approprié d'utilisation du travail intérimaire en vue de contribuer efficacement à la création d'emplois et au développement de formes souples de travail.

Outre les problèmes de grande disparité existant entre les réglementations nationales couvrant le secteur et d'équilibrage des besoins des entreprises modernes en matière de main-d'œuvre flexible et la protection des travailleurs intérimaires, la directive relative au travail intérimaire tombe directement dans les questions de réglementation en matière de droit du travail, à savoir : la protection des travailleurs devrait-elle être assurée par la législation ou par des conventions collectives et d'autres accords entre partenaires sociaux ?

La directive autorise une série d'exceptions aux règles de base. Ainsi, le principe fondamental de l'*égalité de traitement* énoncée à l'article 5 (selon lequel, pendant la durée de leur mission auprès d'une entreprise utilisatrice, les conditions essentielles de travail et d'emploi des travailleurs intérimaires sont au moins celles qui leur seraient applicables s'ils étaient recrutés directement par ladite entreprise pour y occuper le même poste) peut faire l'objet des exceptions suivantes :

- Article 5, paragraphe 2 : en ce qui concerne la *rémunération*, les États membres peuvent, après consultation des partenaires sociaux, prévoir qu'il peut être dérogé au principe énoncé au paragraphe 1 lorsque les travailleurs intérimaires, liés à l'entreprise de travail intérimaire par un contrat à durée indéterminée, continuent d'être rémunérés dans la période qui sépare deux missions.
- Article 5, paragraphe 3 : les États membres peuvent, après avoir consulté les partenaires sociaux, leur offrir la possibilité de maintenir ou de conclure, au niveau approprié et sous réserve des conditions fixées par les États membres, des *conventions collectives* qui, tout en garantissant la protection globale des travailleurs intérimaires, peuvent mettre en place, pour les conditions de travail et d'emploi des travailleurs intérimaires, des dispositions qui peuvent différer de celles qui sont visées au paragraphe 1.
- Article 5, paragraphe 4 : Pour autant qu'un niveau de protection suffisant soit assuré aux travailleurs intérimaires, les États membres dans lesquels il n'existe pas de *système juridique conférant aux conventions collectives un caractère universellement applicable* ou dans lesquels il n'existe pas de système juridique ou de pratique permettant d'étendre les dispositions de ces conventions à toutes les entreprises similaires d'une zone géographique ou d'un secteur donné, peuvent, après

consultation des partenaires sociaux au niveau national et sur la base d'un accord conclu avec eux, mettre en place, en ce qui concerne les conditions essentielles de travail et d'emploi, des dispositions qui dérogent au principe énoncé au paragraphe 1. Ces dispositions peuvent notamment prévoir un délai d'accès au principe de l'égalité de traitement. Les dispositions visées au présent paragraphe doivent être en conformité avec la législation communautaire et être suffisamment précises et accessibles pour permettre aux secteurs et entreprises concernés d'identifier et de respecter leurs obligations. En particulier, il appartient aux États membres de préciser, en application de l'article 3, paragraphe 2, si les régimes professionnels de sécurité sociale, y compris les régimes de retraite, d'assurance maladie et de participation financière, font partie des conditions essentielles de travail et d'emploi visées au paragraphe 1. Par ailleurs, ces dispositions ne portent pas atteinte aux accords conclus au niveau national, régional, local ou sectoriel qui ne seraient pas moins favorables aux travailleurs.

À nos yeux, les exceptions rendues possibles par les paragraphes 3 et 4, en particulier, sont essentielles pour la protection des travailleurs intérimaires, dans la mesure où les partenaires sociaux ne se mettent pas d'accord sur un niveau élevé et excellent de protection.

Outre le principe de l'égalité de traitement des travailleurs intérimaires, l'article 6 de la directive relatif à *l'accès à l'emploi, aux équipements collectifs et à la formation professionnelle* prévoit que les travailleurs intérimaires sont informés des postes vacants dans l'entreprise utilisatrice dans le but de leur assurer la même possibilité qu'aux autres travailleurs de cette entreprise d'obtenir un emploi permanent.

De même, en vertu de l'article 6, paragraphe 2, les États membres garantiront qu'il n'y a pas d'obstacles juridiques à l'emploi des travailleurs intérimaires par l'entreprise utilisatrice après avoir effectué une mission. Cette disposition n'empêche pas les entreprises de travail intérimaire de percevoir une compensation en contrepartie de services rendus à l'entreprise utilisatrice quant à la mise à disposition, au recrutement et à la formation des travailleurs intérimaires. Or, les entreprises de travail intérimaire ne demandent aucune rémunération aux travailleurs en échange d'affectations dans une entreprise utilisatrice (article 6, paragraphe 3)).

En outre, les travailleurs intérimaires ont accès, dans l'entreprise utilisatrice, aux installations et équipements collectifs, notamment aux services de restauration, aux infrastructures d'accueil des enfants et aux services de transport, dans les mêmes conditions que les travailleurs employés directement par cette entreprise, à moins que la différence de traitement ne soit justifiée par des raisons objectives.

Enfin, en vertu de l'article 6, paragraphe 5, les États membres prennent les mesures appropriées ou favorisent le dialogue entre les partenaires sociaux, conformément à leurs traditions et pratiques nationales, en vue :

- (a) d'améliorer l'accès des travailleurs intérimaires aux possibilités de formation et aux infrastructures d'accueil des enfants dans les entreprises de travail intérimaire, y compris dans les périodes se situant entre les missions, afin de promouvoir leur évolution de carrière et leur capacité d'insertion professionnelle ;
- (b) d'améliorer l'accès des travailleurs intérimaires aux possibilités de formation destinées aux travailleurs des entreprises utilisatrices.

L'article 7 de la directive qui traite de la *représentation des travailleurs intérimaires* prévoit que les travailleurs intérimaires sont pris en compte, dans les conditions définies par les États membres, au sein de l'entreprise de travail intérimaire, pour le calcul du seuil au-dessus duquel les instances représentatives des travailleurs prévues par le droit communautaire et national ou les conventions collectives doivent être constituées.

En vertu de l'article 7, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir, dans les conditions qu'ils définissent, que ces travailleurs intérimaires sont pris en compte au sein de l'entreprise utilisatrice pour le calcul du seuil au-dessus duquel les instances représentatives des travailleurs prévues par le droit communautaire et national ou les conventions collectives doivent être constituées, de la même manière que le sont ou le seraient des travailleurs employés directement, pour la même durée, par l'entreprise utilisatrice. Les États membres qui se prévalent de la possibilité prévue au paragraphe 2 ne sont pas tenus d'appliquer les dispositions du paragraphe 1.

Conformément à l'article 8 de la directive concernant l'*information des représentants des travailleurs*, l'entreprise utilisatrice doit fournir des informations appropriées sur le recours aux travailleurs intérimaires en son sein lors de la transmission d'informations sur la situation de l'emploi dans l'entreprise aux instances représentatives des travailleurs instituées conformément à la législation communautaire et nationale.

Jusqu'à présent, la CJUE n'a traité qu'une seule affaire concernant l'interprétation de la directive relative au travail intérimaire. Mais l'affaire *AKT*¹⁸¹ portait exclusivement sur le degré d'harmonisation possible des conditions des agences de travail intérimaire, et non sur la protection des travailleurs intérimaires. Dans un arrêt très court, la Cour a déclaré que l'article 4, paragraphe 1, de la directive

- s'adresse aux seules autorités compétentes des États membres, en leur imposant une obligation de réexamen afin de s'assurer du caractère justifié des éventuelles interdictions et restrictions concernant le recours au travail intérimaire, et, dès lors,
- qu'il n'impose pas aux juridictions nationales l'obligation de laisser inappliquée toute disposition de droit national comportant des interdictions ou des restrictions concernant le recours aux travailleurs intérimaires qui ne sont pas justifiées par des raisons d'intérêt général au sens dudit article 4, paragraphe 1.

Égalité de traitement pour les travailleurs détachés

L'article 59, CEE [article 56, TFUE] exige l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre État membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues.¹⁸²

À l'instar de la liberté d'établissement, cette définition étendue signifie que de nombreuses mesures de nature différente sont susceptibles de relever de l'article 56, TFUE, même des mesures non directement destinées à régler la prestation de services.

L'article 52, TFUE, s'applique à la fois à la liberté d'établissement et à la prestation de services, et par conséquent, les États membres peuvent invoquer des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique pour justifier toute restriction, y compris des mesures directement discriminatoires. Pour ce qui est des mesures non directement discriminatoires, c.-à-d. qui ne sont pas discriminatoires en raison de la nationalité, la Cour de justice a identifié des exigences impérieuses d'intérêt général dans sa jurisprudence, pouvant aussi justifier des restrictions.

Toutes les mesures pouvant être justifiées doivent tout de même être proportionnées de manière à être compatibles avec l'article 56, TFUE.

Il ressort de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Rush Portuguesa*¹⁸³ que la libre prestation de services comprend le droit pour une entreprise de déplacer temporairement sa main-d'œuvre dans un autre État membre. Le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce que les États membres appliquent leur législation nationale à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire.¹⁸⁴ Mais cette législation doit être compatible avec le droit de l'Union européenne. Et cela peut donner lieu à des conflits entre les intérêts des travailleurs nationaux et le prestataire de services. Pour un prestataire de services étranger, il peut être très fastidieux de respecter deux séries de règles, au point de le dissuader de proposer ses services dans un autre État membre. En même temps, les prestataires de services et les employeurs nationaux ont un intérêt légitime à conserver les conditions sur leur marché du travail. Le législateur de l'Union européenne a tenté de régler ce problème en adoptant la directive concernant le détachement des travailleurs et la Cour de justice a eu de nombreuses

¹⁸¹ *AKT*, C-533/13, UE:C:2015:173

¹⁸² Entre autres *Finalarte e.a.*, C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, UE:C:2001:564, point 28 et la jurisprudence citée dans ces affaires

¹⁸³ *Rush Portuguesa*, C-113/89, UE:C:1990:142

¹⁸⁴ *Seco contre EVI*, Affaires conjointes C-62/81 et 63/81, UE:C:1982:34 et *Portugaia Construções*, C-164/99, UE:C:2002:40

occasions de formuler des orientations sur la manière de trouver l'équilibre entre la libre prestation de services et la protection des droits des travailleurs en vertu de l'article 56, TFUE.

Dans l'affaire *Finalarte*,¹⁸⁵ la Cour de justice s'est prononcée sur la question de savoir si le droit allemand qui exigeait que les travailleurs du bâtiment temporaires cotisent à un régime prévu pour le financement des droits aux congés des travailleurs du bâtiment des congés était compatible avec l'article 59, CEE [article 56, TFUE]. La Cour de justice a estimé que cette réglementation constituait une entrave à la libre prestation des services et a déclaré que si l'objectif de cette réglementation était de protéger les entreprises nationales, il ne constituerait pas une justification de la limitation de la libre prestation de services. En revanche, si cette réglementation poursuit l'objectif de protéger les travailleurs étrangers, elle pourrait légitimement constituer une justification de la restriction. Comme ce fut le cas dans l'arrêt *Inasti*, la Cour a jugé que toute réglementation visant à apporter un avantage aux travailleurs doit leur apporter un avantage *réel* et contribuer *de manière significative* à leur protection sociale. Elle a déclaré que la juridiction de renvoi devait trouver un équilibre entre, d'une part, les charges administratives et économiques qui s'imposent aux prestataires de services et, d'autre part, le surcroît de protection sociale qu'elle confère aux travailleurs par rapport à ce que garantit la réglementation de l'État membre d'établissement de leur employeur.

Dans l'affaire *Bundesdruckerei*,¹⁸⁶ la Cour de justice a estimé qu'il était contraire à l'article 56, TFUE, de faire figurer dans le cahier des charges relatif à un marché public l'obligation d'assurer aux travailleurs de sous-traitants de soumissionnaires le paiement d'un salaire minimal fixé par la réglementation allemande, alors que les prestations fournies par le sous-traitant seraient exclusivement exécutées en Pologne.

Une grande partie de la jurisprudence de la Cour de justice concernant la question de l'équilibre entre les intérêts des travailleurs nationaux et les prestataires de services se rapporte à la directive concernant le détachement des travailleurs. Dans l'affaire *Laval*,¹⁸⁷ une entreprise de construction lettone qui avait signé des conventions collectives avec des syndicats lettons a exécuté des travaux de construction en Suède. Aucun de ses employés n'était affilié à un syndicat suédois. Les syndicats suédois ont entamé des négociations avec Laval dans le but de signer des conventions collectives et de fixer, entre autres, un certain taux salarial. Les négociations n'ont abouti à aucun accord et les syndicats suédois ont entamé une action collective, notamment un blocus consistant à empêcher la livraison de marchandises, à mettre en place des piquets de grève et à interdire l'entrée du chantier aux travailleurs lettons. Laval a saisi le tribunal suédois du travail qui a posé plusieurs questions à la Cour de justice.

Dans ses conclusions, l'avocat général Mengozzi a conclu que la directive concernant le détachement des travailleurs et l'article 49, CE [article 56, TFUE] doivent être interprétés de sorte qu'ils ne s'opposent pas à ce que des organisations syndicales tentent, par des actions collectives [...], de contraindre un prestataire de services étranger à souscrire au taux de salaire, déterminé conformément à une convention collective [...], dès lors que l'action collective est motivée par les objectifs d'intérêt général [...] et n'est pas exercée d'une manière disproportionnée. L'avocat général a déclaré que, dans le cadre de l'examen de la proportionnalité des actions collectives, la juridiction de renvoi devra notamment vérifier si les conditions de travail et d'emploi comportaient un réel avantage qui contribuait, de manière significative, à la protection sociale des travailleurs détachés et ne dupliquaient pas une éventuelle protection identique ou essentiellement comparable applicable au prestataire de services dans l'État membre de son établissement.¹⁸⁸

La Cour de justice a fait remarquer que la directive concernant le détachement des travailleurs n'a pas harmonisé le contenu matériel des règles impératives de protection minimale qui y sont énumérées. Il appartient donc aux États membres de les définir. En Suède, la fixation des taux de salaire est confiée aux partenaires sociaux. Comme dans l'affaire *Viking*, la Cour reconnaît que le droit de mener des actions syndicales est un droit fondamental. Elle reconnaît également que la protection des travailleurs est un motif de justification. Toutefois, alors que les États membres sont autorisés à exiger des

¹⁸⁵ *Finalarte e.a.*, C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, UE:C:2001:564

¹⁸⁶ *Bundesdruckerei*, C-549/13, UE:C:2014:2235

¹⁸⁷ *Laval un Partneri*, C-341/05, UE:C:2007:809

¹⁸⁸ Conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire *Laval un Partneri*, C-341/05, UE:C:2007:291

entreprises qu'elles respectent les réglementations nationales en matière de salaire minimum – comme le prévoit la directive concernant le détachement des travailleurs – une action collective ne peut pas être justifiée au regard de l'objectif de protection des travailleurs lorsque la législation nationale ne comporte pas de la moindre disposition sur un salaire minimum. Une telle action collective est donc incompatible avec l'article 49, CE [article 56, TFUE].

Égalité de traitement des travailleurs migrants originaires des pays tiers

Les travailleurs migrants originaires des pays tiers sont des travailleurs ne possédant pas la nationalité d'un État membre de l'Union européenne. En raison des disparités rencontrées sur le marché du travail et en termes de niveau de vie entre les États membres de l'Union et de nombreux pays tiers, ainsi qu'en raison du manque relatif de sécurité rencontré par la plupart des ressortissants des pays tiers pour vivre en permanence dans l'Union, de nombreux travailleurs originaires des pays tiers pourraient être considérés par les employeurs comme une source de main-d'œuvre bon marché et facilement remplaçable. Non seulement cette conduite expose les travailleurs des pays tiers à un risque particulier d'exploitation, mais elle risque également d'aggraver les normes européennes en matière de travail, puisque les employeurs cherchent à réduire les coûts pour rester compétitifs, ce qui incite effectivement à un nivellement par le bas au détriment des travailleurs ressortissants des États membres de l'Union.

Les travailleurs migrants originaires des pays tiers ne disposent pas du droit de liberté de circulation au sein de l'UE au titre du traité. Cela signifie que non seulement ils ne disposent pas du droit d'accéder au marché du travail de l'UE mais qu'ils ne disposent pas non plus du droit à l'*égalité de traitement* découlant de l'article 45, TFUE, lorsqu'ils prennent un emploi dans un État membre de l'Union européenne. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'ouvre pas, elle non plus, un droit exécutoire d'accès au marché du travail de l'Union pour les travailleurs ressortissants des pays tiers dans les mêmes conditions que pour les ressortissants de l'Union¹⁸⁹. Si l'article 15, paragraphe 3, de la Charte¹⁹⁰ contient une obligation de garantir que les travailleurs originaires des pays tiers qui ont été autorisés à travailler sur le territoire des États membres se voient octroyer des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyen(ne)s de l'Union, il s'agit évidemment d'une obligation conditionnelle plutôt que d'une obligation absolue (article 52, paragraphe 1, de la Charte), qui s'adresse avant tout aux institutions de l'Union (article 51, paragraphe 1, de la Charte), l'article 153, TFUE, indiquant clairement à celles-ci que la législation prévoyant des normes minimales visant à améliorer les conditions de travail devrait être appliquée de manière progressive. Toute obligation au titre de l'article 15, paragraphe 3, de la Charte s'étend aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (article 51, paragraphe 1, de la Charte). Le droit d'accès des ressortissants des pays tiers au marché du travail de l'UE et leurs droits en tant que travailleurs au sein de ce marché dérivent donc essentiellement de la législation secondaire de l'Union européenne.

Pour ce qui est de l'*accès* au territoire et au marché du travail, comme point de départ selon le droit international, il appartient à chaque État membre de déterminer dans sa réglementation à quels ressortissants des pays tiers il accordera le droit d'entrer sur son territoire et d'y travailler. Toutefois, l'Union européenne a abondamment réglementé le droit d'entrée sur son territoire et l'accès à son marché du travail en adoptant essentiellement trois types de législation. Tout d'abord, l'Union a adopté ce qui peut être désigné comme une législation concernant exclusivement l'immigration (ne traitant pas directement des questions de travail) qui harmonise et régit p. ex. le droit des réfugiés et d'autres

¹⁸⁹ Tandis que l'article 15, paragraphe 1, de la Charte affirme « Toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée », il n'est pas possible d'envisager que cette affirmation entraîne expressément un droit pour la population mondiale tout entière d'entrer et de travailler dans l'UE.

¹⁹⁰ « Les ressortissants des pays tiers qui sont autorisés à travailler sur le territoire des États membres ont droit à des conditions de travail équivalentes à celles dont bénéficient les citoyens ou citoyennes de l'Union. »

personnes ayant besoin d'une protection internationale¹⁹¹, ou certains membres de leur famille¹⁹², à rester ou à entrer dans l'UE et à y travailler une fois admis sur le territoire.

Ensuite, ces dernières années, l'UE a progressivement adopté une série de directives qui traitent spécifiquement de l'entrée sur son territoire (pour des périodes limitées dans le temps) aux fins d'y travailler : plus spécifiquement, la directive 2009/50/CE¹⁹³ (connue comme la directive concernant la « carte bleue européenne », elle régit le droit de résidence et le droit d'obtenir un permis de travail pour les ressortissants des pays tiers hautement qualifiés et devait être transposée par les États membres au plus tard le 19 juin 2011) ; la directive 2014/36/UE relative aux travailleurs saisonniers (à appliquer par les États membres au plus tard le 30 septembre 2016) et la directive sur les transferts temporaires intragroupe de personnel (directive 2014/66/UE, à appliquer par les États membres d'ici le 29 novembre 2016). En spécifiant les conditions d'octroi ou de refus d'un permis de séjour et de travail à chaque catégorie de demandeurs établis dans des pays tiers (p. ex. dans le cas d'une main-d'œuvre hautement qualifiée postulant à une carte bleue européenne, il s'agit d'un seuil salarial minimum au moins égal à une fois et demie le salaire annuel brut moyen dans l'État membre concerné, à définir par chaque État), ces directives cherchent à garantir qu'il existe un certain degré de réglementation *ex ante* des conditions de travail minimales auxquelles les travailleurs des pays tiers auront droit s'ils prennent un emploi dans l'Union européenne.

Enfin, l'UE a adopté la directive 2003/109/CE relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée. En bref, cette directive prévoit que diverses catégories de ressortissants de pays tiers qui ont résidé de manière légale et ininterrompue dans un État membre donné pendant une période de cinq ans – même sur la base de permis temporaires, pour autant que ces permis n'aient pas été octroyés pour accomplir une activité temporaire par nature, et dans la mesure où la législation nationale donnait le droit aux ressortissants concernés de renouveler leurs permis temporaires ou de bénéficier du statut de résident permanent sur la base de ces permis temporaires (affaire C-502/10 *Singh*¹⁹⁴) – sont habilitées à introduire une demande de statut de résident de longue durée (article 4). Cela leur confère le droit de résider et de travailler de manière permanente dans cet État membre. La directive prévoit également un mécanisme par lequel un ressortissant d'un pays tiers ayant déjà acquis le statut de résident de longue durée dans un État membre donné peut transférer son statut dans un autre État membre. Elle prévoit également les conditions de retrait ou de perte du statut.

En ce qui concerne les *conditions de travail* des travailleurs ressortissants des pays tiers qui travaillent effectivement dans l'UE, on a précédemment fait valoir que le fait que l'article 153, TFUE ne mette pas « les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de l'Union » sur le même plan d'action législative que p. ex. les « conditions de travail » et « l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs », signifie que la législation de l'UE qui cherche à améliorer ces dernières ne s'applique absolument pas aux travailleurs ressortissants des pays tiers (sauf si la législation en question le dit spécifiquement). Mais la Cour de justice s'est opposée à une telle interprétation. Dans l'affaire C-311/13 *Tümer*,¹⁹⁵ elle a estimé que la directive 80/987/CEE relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur s'appliquait non seulement aux travailleurs ressortissants

¹⁹¹ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (JO 2011 L 337, p. 9). Au Royaume-Uni et en Irlande, c'est la version précédente de cette directive qui s'applique) (directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relative au contenu de ces statuts (JO 2004 L 304, p. 12 ; corrigenda JO 2005 L 204, p. 24, et JO 2011 L 278, p. 13). Les directives ne s'appliquent pas au Danemark.

¹⁹² Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (JO 2003 L 251, p. 12) (non applicable au Royaume-Uni, en Irlande et au Danemark)

¹⁹³ Directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 sur les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays non membres de l'UE aux fins d'un emploi hautement qualifié (JO 2009 L 155, p. 17)

¹⁹⁴ *Singh*, C-502/10, UE:C:2012:636

¹⁹⁵ *Tümer*, C-311/13, UE:C:2014:2337

de pays tiers résidant légalement dans un État membre donné, mais également aux ressortissants de pays tiers vivant dans un État membre donné sans statut légal selon la réglementation nationale – dans la mesure où ces travailleurs sont qualifiés, en vertu du droit national, de « travailleurs salariés » ayant droit à une rémunération pouvant faire l'objet d'une procédure à l'encontre de leur employeur devant les juridictions nationales. Dans l'affaire *Tümer*, l'avocat général Bot a essentiellement construit son raisonnement sur le fait que la législation de l'UE qui vise à améliorer les conditions de travail des travailleurs, et qui n'exclut pas spécifiquement les ressortissants des pays tiers de son champ d'application, s'appliquera également aux travailleurs de pays tiers résidant légalement dans l'Union ; et, selon l'intention de la législation en question, elle *pourrait* même être applicable aux travailleurs ressortissants de pays tiers ne résidant pas légalement dans un État membre. Le même raisonnement devrait s'appliquer à d'autres *questions spécifiques* relevant des directives de l'UE relatives au travail (p. ex. le temps de travail), ce qui signifie que, sous réserve qu'elles n'excluent pas explicitement les ressortissants des pays tiers (ou qu'elles donnent la possibilité aux États membres de le faire), les normes minimales requises au titre de ces directives doivent s'appliquer au moins aux ressortissants des pays tiers résidant de manière légale dans un État membre donné et qui remplissent les critères d'octroi du statut de « travailleurs » ou d'« employés » au titre du droit (civil) national.

La position sera probablement différente en ce qui concerne le droit à l'égalité de traitement. Les *traités* ne prévoyant aucune disposition obligeant les États membres à garantir aux travailleurs ressortissants des pays tiers une égalité de traitement avec les ressortissants de l'Union européenne (ou avec des ressortissants nationaux de l'État membre spécifique dans lequel ils travaillent), il semble probable qu'un tel droit à l'égalité de traitement ne peut se trouver que dans une législation qui confère *explicitement* ce droit aux travailleurs ressortissants des pays tiers. Pour sa part, le législateur de l'UE a jugé bon d'inclure des dispositions spécifiques en matière d'égalité de traitement pour la catégorie de ressortissants des pays tiers concernés dans sa législation réglementant spécifiquement les droits de ces personnes à entrer et à s'installer dans un État membre donné. Hormis quelques variations, la tendance générale, que l'on retrouve p. ex. dans la directive concernant la « carte bleue européenne », dans la directive relative aux travailleurs saisonniers et dans la directive sur les transferts temporaires intragroupe de personnel, consiste à obliger les États membres à garantir que le travailleur ressortissant d'un pays tiers qui obtient l'autorisation d'entrer dans un État membre conformément aux dispositions de la directive concernée bénéficiera de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'État membre délivrant le permis de séjour/de résidence, eu égard entre autres aux conditions de travail (notamment en matière de salaire et de licenciement, ainsi qu'en matière de santé et de sécurité), à la liberté d'association et d'affiliation à un syndicat, et à certains droits en matière de pension lorsqu'il quitte l'UE. En fonction de la directive concernée, ces droits à l'égalité de traitement peuvent même être étendus à l'éducation et la formation professionnelle ainsi qu'à la sécurité sociale (sous réserve de certaines autorisations).

Dans la directive 2011/98/UE couramment appelée « directive relative au permis unique » (mais dont l'intitulé complet indique clairement qu'elle concerne non seulement l'uniformisation des procédures formelles de délivrance ou de non-délivrance d'un permis de séjour et de travail aux travailleurs ressortissants de pays tiers au sein de l'Union européenne, mais également l'établissement d'« *un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre* »), le législateur de l'UE étend maintenant pour l'essentiel un droit similaire à l'égalité de traitement à *tous* les travailleurs ressortissants des pays tiers qui ne sont pas encore couverts par les autres directives mentionnées (sont exclus du champ de la directive les travailleurs au pair, les travailleurs détachés, les travailleurs indépendants, les personnes ayant présenté une demande d'admission ou qui ont été admises pour travailler en tant que marins ou en quelque qualité que ce soit à bord d'un navire immatriculé dans un État membre ou battant pavillon d'un État membre), sous réserve qu'ils aient été admis sur le territoire d'un État membre (pour certaines raisons, y compris le travail) au regard du droit de l'Union ou du droit national, qu'ils résident légalement sur le territoire d'un État membre et qu'ils soient autorisés, dans le cadre d'une relation rémunérée, à y travailler conformément au droit national ou à la pratique nationale. La disposition concernant le droit à l'égalité de traitement (article 12 de la directive relative au permis unique) étend cette égalité à l'éducation et la formation professionnelle, à la sécurité sociale, entre autres (sous certaines conditions cependant).

L'introduction du principe du droit à l'égalité de traitement pour les travailleurs ressortissants des pays tiers dans ces directives devrait être considérée comme un progrès important. Toutefois, outre l'incertitude due au fait que les États membres ont le pouvoir d'imposer certaines conditions à l'égalité de traitement pour les travailleurs des pays tiers dans divers domaines, il subsiste des points d'interrogation, des lacunes et certaines difficultés d'interprétation. D'abord, en ce qui concerne la couverture géographique de la directive : le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark ont choisi d'exercer leur droit à la non-participation pour la directive concernant la carte bleue européenne, la directive relative aux travailleurs saisonniers, la directive sur les transferts temporaires intragroupe de personnel, la directive relative aux résidents de longue durée et la directive relative au permis unique, lesquelles ne sont donc pas appliquées dans ces États.

Ensuite, le fait d'associer les droits à l'égalité de traitement conformément à la directive relative au permis unique à la *résidence* légale et à l'*admission* dans un État membre donné peuvent laisser des questions en suspens à propos de l'application de ces droits aux travailleurs mobiles en particulier. La Cour de justice a affirmé qu'il incombe au départ aux États membres de définir dans quelles conditions les ressortissants des pays tiers sont à considérer comme « résidents » (par opposition p. ex. aux ressortissants en visite) dans l'État en question (cf. affaire *Singh*, évoquée ci-dessus). Et il existe certaines catégories de travailleurs mobiles (p. ex. les équipages d'aéronefs) qui peuvent être habilités à rentrer, sinon dans l'UE tout entière, dans au moins un des États membres de l'espace Schengen pour des raisons précises, sans qu'il leur soit nécessaire de posséder un visa ou de recevoir une *décision* formelle d'admission¹⁹⁶. Selon l'interprétation donnée à la directive, on peut avancer l'argument que, p. ex., certains travailleurs mobiles ressortissants de pays tiers peuvent se trouver dans une situation où ils ne peuvent pas fixer leur « résidence » ni « être admis » dans aucun État membre, ce qui leur permettrait d'établir un droit à l'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux de l'État membre concerné, même s'ils passent l'essentiel ou la totalité de leur temps légalement dans l'UE lorsqu'ils sont mobiles, et l'essentiel ou la totalité de leur temps dans un État membre donné lorsqu'ils sont sédentaires. Si l'on peut espérer que la Cour adoptera une interprétation large et raisonnée de la directive (comme elle l'a fait p. ex. en décidant que la directive relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur s'appliquait même à certains travailleurs ressortissants des pays tiers résidant dans un État membre sans statut légal¹⁹⁷, et en statuant sur les conditions d'octroi du statut de résident de longue durée¹⁹⁸), on ignore actuellement comment la Cour interprétera les dispositions de cette directive : l'application de la directive relative au permis unique est encore assez récente (25 décembre 2013) et aucune question n'a encore été soumise à la Cour de justice à propos de son interprétation.

Enfin, la valeur des droits à l'égalité de traitement devant être garantis au titre de ces directives est limitée dans la pratique, du fait qu'aucune disposition claire en matière de normes minimales, de droits ou de procédures en ce qui concerne leur *exécution* n'est prévue. En leur absence, les États membres disposent – à deux exceptions près – de l'autonomie procédurale leur permettant de décider quelle Cour ou quel tribunal sera compétent(e) pour mettre en œuvre les droits de l'Union et de stipuler les conditions procédurales nécessaires pour leur exécution (p. ex. prescription, règles de preuve, conditions d'obtention des dommages et intérêts, extension du droit au rappel de traitement ou de salaire, etc.). Les deux exceptions sont les suivantes : d'abord, la réglementation nationale ne doit pas rendre excessivement difficile, voire impossible, l'exercice des recours fondés sur le droit de l'UE (il s'agit du principe d'effectivité) ; ensuite, les États membres doivent veiller à ce que les règles nationales applicables ne soient pas moins favorables que celles qui régissent les recours similaires de nature

¹⁹⁶ Voir p. ex. l'annexe VII, point 2, du règlement (CE) n° 562/2006 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 établissant un code communautaire relatif au régime de franchissement des frontières par les personnes (code frontières Schengen). Voir également l'article 4, paragraphe 1, sous b), du règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligation.

¹⁹⁷ *Tümer*, cité ci-dessus

¹⁹⁸ *Singh*, C-502/10, UE:C:2012:636

interne (il s'agit du principe d'équivalence).¹⁹⁹ Un ressortissant d'un pays tiers qui en est réduit à invoquer les principes généraux de l'UE d'effectivité et d'équivalence devant un tribunal local d'un État membre pour tenter de préserver son droit à l'égalité de traitement au titre de la législation secondaire de l'UE risque de se retrouver dans une position beaucoup plus précaire que s'il ou elle pouvait se référer à un recours précis ou à une garantie minimale de procédure mentionné(e) dans le corps de la directive et ensuite transposé(e) dans le droit national. En outre, l'invocabilité des principes d'effectivité et d'équivalence (même en supposant qu'ils soient correctement compris et appliqués par le tribunal local) ne se traduit pas par l'harmonisation des mécanismes d'application, des procédures d'exécution ou des recours en cas de violation des droits entre les États membres.

Justifications objectives de dérogations au principe de l'égalité de traitement

En cas de traitement inégal des employés, l'employeur peut justifier cette situation si ce traitement inégal trouve des justifications objectives. Catherine Barnard a analysé l'utilisation de cette dérogation au principe de l'égalité de traitement.²⁰⁰ Selon elle, cette dérogation revêt une grande importance pour les employeurs. Elle est de plus en plus utilisée par la CJE dans les cas de discrimination indirecte et, plus généralement, lorsque la CJE applique le principe de l'égalité des rémunérations sans tenir compte des questions de discrimination.²⁰¹

Dans les affaires *Enderby et JämO*,²⁰² la CJE a établi que dans une situation de discrimination apparente, c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération constatée. En effet, les travailleurs seraient privés du moyen de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations devant la juridiction nationale si la présentation d'éléments permettant de révéler une discrimination apparente n'avait pas pour effet d'imposer à l'employeur la charge de prouver que la différence de rémunération n'est pas, en réalité, discriminatoire.

Catherine Barnard identifie trois facteurs pouvant être avancés pour justifier une différence de rémunération. Ce sont les facteurs personnels, les forces du marché et les négociations collectives. Les facteurs personnels acceptés comme une justification objective sont : l'ancienneté, la formation, la productivité, la qualité du travail effectué, la différence entre les travailleurs permanents et les travailleurs détachés, et lorsque des employés mieux rémunérés sont affectés à un poste moins bien rémunéré tout en conservant leur salaire original. La CJE a également reconnu l'importance des besoins des forces du marché, tels que les besoins économiques de l'État ou des entreprises. En ce qui concerne l'État, la CJE a reconnu que la promotion de l'embauche constituait un objectif légitime de politique sociale. Concernant les entreprises, la CJE a accepté que les travailleurs à temps plein soient mieux rémunérés que les travailleurs à temps partiel de manière à encourager le travail à temps plein. Elle a également accepté que certains candidats puissent recevoir un salaire plus élevé si le marché indique une pénurie de la catégorie de travailleurs concernée. Toutefois, la CJE a torpillé des employeurs qui versaient une rémunération moindre aux travailleurs à temps partiel simplement du fait de leur statut. Elle n'accepte pas une discrimination fondée sur le motif qu'il serait plus onéreux d'appliquer une non-discrimination. Il est également inacceptable que l'État avance l'argument selon lequel les services publics ne devraient pas supporter des coûts excessifs.

Quant aux négociations collectives, la CJE a rendu deux arrêts significatifs. En bref, il découle de l'arrêt dans les affaires *Enderby*, *Prigge*, *Hennigs* et *Kenny* que les partenaires sociaux doivent respecter le principe de l'égalité de traitement. Néanmoins, dans l'affaire *Dansk Industri*, la CJE a considéré que le fait que les éléments de rémunération aient été fixés par voie de négociations collectives ou de négociations sur le plan local peut être pris en considération par la juridiction nationale en tant qu'élément permettant d'apprécier si des différences entre les rémunérations moyennes de deux groupes de travailleurs sont dues à des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Catherine Barnard a identifié trois niveaux de contrôle appliqués par la CJE dans les questions

¹⁹⁹ Voir p. ex. l'article 19, paragraphe 1, TUE, *Rewe-Zentralfinanz et Rewe-Zentral*, 33/76, UE:C:1976:188 ; *Comet*, 45/76, UE:C:1976:191 ; et affaire *Levez*, C-326/96, UE:C:1998:577

²⁰⁰ Catherine Barnard, « EU Employment Law », 4e éd., Oxford University Press, 2012, p. 317

²⁰¹ Catherine Barnard, « EU Employment Law », 4e éd., Oxford University Press, 2012, p. 317

²⁰² *JämO*, C-236/98, UE:C:2000:173, point 53 ; *Enderby*, C-127/92, UE:C:1993:859, point 18

concernant la justification objective d'une inégalité de traitement. Elle a identifié une échelle mobile d'intensité. D'abord, il y a un critère strict de détermination de la discrimination indirecte par les employeurs. Ensuite, il y a un critère moins strict de détermination d'une législation du travail discriminatoire. Enfin, il y a une large marge d'appréciation pour la législation en matière de sécurité sociale.²⁰³ Cela signifie que « les employeurs ne peuvent pas s'appuyer sur le niveau le plus indulgent de justification dont dispose l'État ».²⁰⁴

La proportionnalité a toujours fait partie intégrante du critère de justification objective. Une mesure que l'on prétend objectivement justifiée doit être juste ou appropriée pour atteindre les objectifs poursuivis et ne saurait aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs.²⁰⁵

²⁰³ Catherine Barnard, « EU Employment Law », 4e éd., Oxford University Press, 2012, p. 322

²⁰⁴ Catherine Barnard, « EU Employment Law », 4e éd., Oxford University Press, 2012, p. 326

²⁰⁵ Catherine Barnard, « EU Employment Law », 4e éd., Oxford University Press, 2012, p. 326

VII – CONCLUSION : LE PRINCIPE DE L'EGALITE DE TRAITEMENT ET DE L'EGALITE DE REMUNERATION POUR UN MEME TRAVAIL OU UN TRAVAIL DE VALEUR EGALE DEVRAIT ETRE UN DES ELEMENTS FONDAMENTAUX D'UNE STRATEGIE SYNDICALE EUROPEENNE DE LUTTE CONTRE LE TRAVAIL PRECAIRE

Le mouvement syndical européen devrait remettre en question la suggestion du Président Juncker, lorsqu'il a annoncé l'arrivée d'un paquet législatif, d'opter pour le principe de l'égalité de rémunération pour un même travail ou un travail de valeur égale au même endroit. Ce principe ne devrait pas nécessairement être limité aux travailleurs effectuant un même travail *au même endroit*.

Dans ses conclusions dans l'affaire *AKT*, l'avocat général Spuznar déclare que « l'action législative de l'Union dans le domaine du droit du travail repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle les contrats à durée indéterminée constituent la forme générale de relations d'emploi. »²⁰⁶ Tandis que les statistiques disponibles sur le travail à durée déterminée, le travail à temps partiel, le travail intérimaire et le détachement des travailleurs – en particulier sur l'emploi des jeunes et la création d'emplois – semblent remettre en cause l'hypothèse théorique fondamentale, il demeure utile de conserver le « travailleur à durée indéterminée comparable » comme comparateur pertinent pour les travailleurs précaires ou atypiques lorsque l'on évalue si les exigences d'égalité de traitement ont été respectées.

Les travailleurs à durée déterminée, les travailleurs à temps partiel, les travailleurs intérimaires, les travailleurs détachés, ainsi que les autres travailleurs précaires sous des régimes de travail atypiques comme les travailleurs sous « contrat zéro heure » et autres régimes du même genre, les « faux » travailleurs indépendants, les jeunes qui entrent sur le marché du travail via des programmes de stage ou d'apprentissage, ainsi que les travailleurs domestiques migrants, ne devraient dès lors pas être traités moins favorablement qu'un « travailleur à durée indéterminée comparable » en l'absence de toute justification objective et ce, indépendamment du fait qu'il y ait ou non des « travailleurs à durée indéterminée comparables » sur le lieu de travail considéré.

En effet, le « travailleur à durée indéterminée comparable » a déjà été défini dans la clause 3, paragraphe 2 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée²⁰⁷ comme « un travailleur ayant un contrat ou une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement, et ayant un travail/emploi identique ou similaire en tenant compte des qualifications/compétences. Lorsqu'il n'existe aucun travailleur à durée indéterminée comparable dans le même établissement, la comparaison s'effectue par référence à la convention collective applicable, ou en l'absence de convention collective applicable, conformément à la législation, aux conventions collectives ou aux pratiques nationales ».

Le concept de « travailleur à durée indéterminée comparable » pour les travailleurs à temps partiel dans l'État membre hôte devrait dès lors être élargi afin de servir de comparateur pertinent pour les travailleurs à durée déterminée, les travailleurs intérimaires, les travailleurs détachés et les autres travailleurs précaires sous des régimes de travail atypiques comme les travailleurs sous « contrat zéro heure » et autres régimes du même genre, les « faux » travailleurs indépendants, les jeunes qui entrent sur le marché du travail via des programmes de stage ou d'apprentissage et les travailleurs domestiques migrants.

Le mouvement syndical européen doit donc insister sur le fait que les principes d'égalité de traitement et de rémunération égale pour un travail égal ou un travail de valeur égale entre les travailleurs *en tant que tels* – c'est-à-dire, non seulement en ce qui concerne les travailleurs migrants au sein de l'UE, ou les travailleurs hommes et femmes –, ne constituent pas seulement un « principe de droit social communautaire » ou un exemple de « règles du droit social de l'Union européenne d'une importance particulière », mais bien *l'expression d'un droit humain fondamental*, qui découle des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination.

²⁰⁶ Citant le considérant 15 du préambule de la directive 2008/104 et le point 7 des considérations générales de l'accord-cadre mis en vigueur par la directive 1999/70/CE du Conseil et des conclusions de l'avocat général Jääskinen dans l'affaire *Jansen*, C-313/10, UE:C:2011:593, point 57

²⁰⁷ Accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999 (« l'accord-cadre »), figurant l'annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP (JO 1999 L 175 p. 43)

De plus, comme l'a déjà fait valoir de façon approfondie et convaincante Valerio De Stefano, la construction de droits collectifs en tant que droits humains fondamentaux peut sans aucun doute avoir des effets bénéfiques spécifiques pour les travailleurs précaires, atypiques ou non conventionnels, à qui il convient d'accorder l'attention nécessaire lorsque l'on réévalue les restrictions au droit à la négociation collective et au droit de grève afin de suivre le rythme de la croissance de la main-d'œuvre non conventionnelle.²⁰⁸

²⁰⁸ Valerio De Stefano, Non-standard workers and freedom of association: a critical analysis of restrictions to collective rights from a human rights perspective, WP CSDLE « Massimo D'Antona ». INT – 123/2015