



### CONTENTIEUX DIRECTIVES

#### Stages à venir

Du 16 au 21 octobre 2016 : **Bases et actualité du droit électoral** à ISST de Strasbourg

Du 13 au 17 mars 2017 : **Actualité du droit du travail** à l'ISST de Bour-la-Reine

Du 15 au 19 mai 2017 : **Animateurs DLAJ** au Centre B. Frachon

Du 18 au 23 juin 2017 : **Nouvelles formes d'emplois** à l'ISST de Strasbourg

Du 25 au 29 septembre 2017 : **Défenseur syndical** au Centre B. Frachon

#### DLAJ en territoires :

Visite UD Puy-de-Dôme le 14 septembre

Visite UD Vendée le 21 septembre

## Faisons appliquer les directives européennes sur les congés payés et le calcul des effectifs des entreprises !

C'est bien connu, si les gouvernements français successifs sont obligés de mettre en place des politiques publiques ultra-libérales, ce n'est pas de gaieté de cœur, c'est parce que Bruxelles les y oblige. C'est inévitable, si la Commission européenne dit noir, il faut faire noir, sous peine d'insupportables sanctions.

Il est alors drôlement étonnant de constater que lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles sociales européennes favorables aux travailleurs, plus personne ne se bouscule au portillon.

Voilà des années que le droit du travail français est moins favorable que des directives européennes sur certains points.

Pleine de naïveté, la CGT a pensé que le nouveau gouvernement socialiste allait écouter d'une oreille attentive ses demandes et appliquer sur le champ les directives européennes. A de multiples reprises nous avons sollicité le Directeur du travail et les différents ministres du travail à ce sujet. Une mise en demeure de se mettre en conformité a été envoyée au gouvernement par la CGT, FO et Solidaires. Face à leur silence, nos trois organisations ont saisi la justice, nous y revenons plus loin.

Cela fait des années que nous menons cette lutte sur différents fronts. Le combat judiciaire peut parfois être long mais les résultats sont au rendez-vous.

Nos camarades du syndicat des transports urbains de Reims nous en ont fourni un bon exemple. 4 ans de combat judiciaire, qui ont fini par porter leurs fruits, aboutissant à une très belle jurisprudence, dont il faut massivement s'emparer, car le Droit et les victoires judiciaires ne servent à rien si on ne les fait pas vivre...

Le pôle DLAJ Confédéral

#### Pièces jointes :

- Cass. Soc. 220616 Transdev Reims et congés payés ;
- TA Clermont responsabilité Etat.

## I- Cas de non-respect des directives européennes par le code du travail

Le droit du travail français est contraire aux directives prises par l'Union européenne sur plusieurs points.

### A- Contrats aidés et effectifs

Le code du travail exclut des effectifs des entreprises les salariés apprentis et sous contrats aidés (L. 1111-3 du code du travail).

Cela a pour effet de priver certains salariés de toute représentation du personnel et syndicale, puisqu'elle est soumise à des conditions d'effectif. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé cela contraire à la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs (arrêt CJUE, AMS, 15 janv. 2014, C-176/125 ; cf pièce jointe).

### B- Congés payés

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que les salariés malades ne se reposaient pas. Les arrêts maladie ne peuvent donc pas être considérés comme des temps de repos. A partir de cette idée forte et essentielle, et sur le fondement de la directive temps de travail 2003/88/CE du 4 novembre 2003, qui accorde aux travailleurs 4 semaines de congés payés, la CJUE en déduit que (CJCE, *Schultz-Hoff*, 20 janvier 2009, C-350/06 ; CJCE, *Pereda*, 10 septembre 2009, C-277/08 ; CJUE, *Dominguez*, 24 janvier 2012, C-282/10):

- A- le salarié acquiert des droits à congé même lorsqu'il est en arrêt maladie ;
- B- le salarié qui quitte l'entreprise sans avoir pu bénéficier de ses jours de congé du fait de sa maladie a droit à une indemnité ;
- C- le salarié qui tombe malade pendant son congé annuel payé a droit, lors de sa reprise du travail, au report des jours pendant lesquels il était en maladie (CJUE, *ANGED*, 21 juin 2012, C-78/11).

Par ailleurs, sur le fondement de cette même directive temps de travail, la CJUE considère que :

- D- Le salarié qui prend un congé parental doit retrouver, à l'issue de son congé, les droits à congés annuels payés acquis durant l'année précédant la naissance de son enfant (CJCE, 22 avril 2010, *Zentralbetriebsrat*, C-486/08, point 56).

Pourtant, en droit français :

- A- le salarié en arrêt maladie n'acquiert pas de droit à congé, la période de maladie n'étant pas assimilée à du temps de travail effectif. En ce qui concerne les périodes d'arrêt pour maladie professionnelle ou suite à un accident du travail, ces dernières ne sont considérées comme du temps de travail effectif que dans la limite d'une année ininterrompue (article L. 3141-5, 5° et L. 3141-6 du code du travail) ;
- B- le salarié qui quitte l'entreprise sans avoir pu bénéficier de ses jours de congé du fait de sa maladie n'a pas le droit à une indemnité (article L. 3141-5) ;

**C-** le salarié qui tombe malade durant ses congés payés est privé de son droit à bénéficier ultérieurement de ce congé (Soc. 4 décembre 1996, n°93-44.907) ;

**D-** à l'issue de son congé parental, le salarié perd ses droits aux congés payés acquis durant l'année précédant la naissance de son enfant (Soc. 28 janvier 2004, n°01-46314).

Dans les cas **A** et **B**, c'est le code du travail français qui est contraire à la directive européenne. Dans les cas **C** et **D**, c'est la jurisprudence française qui interprète le droit français d'une manière contraire à la directive européenne.

Grâce au droit européen, deux avancées ont déjà eu concrètement lieu :

**E-** le droit français privait jusqu'il y a peu de leur droit à indemnité pour congés payés non pris les salariés dont le contrat de travail était rompu pour faute lourde (ex- L. 3141-26 du code du travail). Mais suite à une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) du 2 mars 2016, le Conseil constitutionnel a considéré que même les salariés licenciés pour faute lourde devaient désormais bénéficier d'une indemnité pour congés payés non pris. La loi travail a modifié l'article L. 3141-26 en ce sens (devenu article L. 3141-28). Le droit français est désormais en accord avec la directive européenne temps de travail.

**F-** La Cour de cassation a modifié sa jurisprudence sous l'impulsion des décisions de la CJUE, et considère désormais que le salarié qui a acquis des jours de congés payés, puis qui est en arrêt de travail pendant toute la période de référence, a droit, lors de sa reprise du travail, au report et à la prise de ses jours de congé acquis, même si la période de prise de congé est dépassée, et ce, que l'arrêt soit due à une maladie ou un accident, à un accident de travail ou de trajet ou à une maladie professionnelle. Ce report est acquis même en cas d'absences successives pour ces différents motifs : ex : accident du travail, puis maladie, puis rechute de l'accident du travail... (Cass. Soc. 16 février 2012, n°10-21.300 ; Cass. Soc. 24 fév. 2009, n°07-44.488, Droit Ouvrier 2009 p.229 n. E. Richard, Cass. Soc. 3 juillet 2012, n°08-44834 ; Cass. Soc., 28 mai 2014, n°12-28082).

Attention, la directive temps de travail prévoit simplement **4 semaines de congés payés**. Ainsi, les garanties qu'elle implique ne sont valables qu'à hauteur de 4 semaines de congés payés. Par exemple, un salarié malade pendant un an, pourra demander à son retour d'arrêt maladie uniquement le bénéfice de 4 semaines de congés payés pour l'année passée, même si dans son entreprise les salariés bénéficient de 5 semaines de congés par an (Cass. Soc. Transdev, 22 juin 2016, n°15-20111).

## II- Comment s'appliquent ces directives européennes ?

### 1- Application des directives européennes pour les salariés du privé

Dans les cas **C** et **D** cités ci-dessus, étant donné que c'est la Cour de cassation qui interprète le code du travail de manière contraire au droit européen, **il suffira que la Cour de cassation revoie sa copie lors d'un prochain contentieux** entre un salarié (et son syndicat éventuellement) et son employeur (c'est ce que la Cour a fait par exemple pour le cas **F**).

En revanche, lorsque ce n'est pas la Cour de cassation qui interprète mal le code du travail, mais le code du travail lui-même qui est expressément contraire aux directives européennes, la situation se complique (cas des contrats aidés non comptabilisés dans les effectifs, et cas **A** et **B**).

En effet, lorsque des salariés et la CGT ont essayé d'écarter les dispositions du code du travail contraires aux directives européennes, en attaquant l'employeur en justice pour faire appliquer les directives et laisser de côté le droit français qui lui est contraire, cela s'est soldé par un échec.

En effet, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) considère que les directives n'ont pas « d'effet direct horizontal ». Cela signifie qu'un employeur n'est pas obligé d'appliquer les directives européennes si celles-ci n'ont pas été re-transcrites en droit français. Si l'employeur applique le code du travail et que ce code est contraire aux directives européennes, pour la CJUE le « vrai » coupable est l'Etat et non l'employeur. **Concrètement, un salarié ne peut pas aller en justice contre son employeur pour le forcer à appliquer une directive européenne, si le code du travail dit son contraire.**

Si le salarié veut être indemnisé du fait que le droit français est contraire à une directive, **il doit saisir le tribunal administratif (TA) pour faire condamner l'Etat en responsabilité pour mauvaise transposition d'une directive européenne.** C'est ce qu'a victorieusement fait un salarié de Goodyear récemment (TA Clermont-Ferrand, 6 avril 2016, n° 1500608).

Ce type de jugement permet donc de mettre la pression sur l'Etat qui ne transpose pas correctement les directives. Malheureusement cette solution n'est pas totalement satisfaisante. Le salarié ne peut espérer obtenir devant le TA que des dommages et intérêts. Le droit français n'est pas pour autant remis en conformité pour l'avenir. De plus, la décision de justice ne s'applique qu'au salarié qui a saisi le juge, laissant la disposition française illicite appliquée à tous les autres salariés, pour le passé comme pour l'avenir.

## **2- Application des directives européennes pour les travailleurs de droit public**

En revanche, la CJUE et la Cour de cassation française considèrent que les directives ont un « effet direct vertical ». Cela signifie qu'elles s'appliquent directement à un employeur lorsque cet employeur est l'Etat. En effet, dans ce cas, la CJUE considère que l'Etat (celui qui fait les lois) et l'employeur sont une seule et même personne. L'employeur-Etat est donc pleinement responsable de la mauvaise transposition en droit administratif français d'une directive européenne à l'égard de ses fonctionnaires, agents et contractuels. **Un agent peut donc attaquer son employeur (collectivité territoriale, ministère etc.) au tribunal administratif pour l'obliger à appliquer une directive lorsque le droit français lui est contraire.**

## **3- Application des directives européennes pour les salariés du privé dans une entreprise chargée d'une mission de service public**

Un doute persiste en ce qui concerne les salariés du privé (relevant du Code du travail) travaillant dans une entreprise qui remplit des missions de service public. Leur employeur, à qui l'Etat a délégué une mission de service public, est-il assimilable à l'Etat ? Doit-il appliquer directement les directives européennes ?

La CJUE considère que figure au nombre des entités qui peuvent se voir opposer les dispositions d'une directive un organisme qui, **quelle que soit sa forme juridique, a été chargé, en vertu d'un acte de l'autorité publique, d'accomplir, sous le contrôle de**

cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers (CJUE, Portgas, 12 décembre 2013, C-425/12, point 24). Il semble que les deux conditions (contrôle et pouvoirs exorbitants) doivent être remplies.

La Cour de cassation a par exemple déjà reconnu que la RATP pouvait être assimilée à l'État (Cass. Soc. RATP, 17 février 2010, n°08-43.212). Mais cette solution était assez évidente car la RATP est directement gérée par l'État. On peut en dire autant des salariés de la SNCF, d'ERDF, des caisses de Sécurité sociale, de Pôle Emploi, de La Poste, de RFF etc.

Dans tous ces cas, ces entreprises, établissements publics ou organismes, sont assimilables à l'État et on peut leur appliquer directement les dispositions des directives européennes.

Qu'en est-il des autres entreprises, chargées d'une mission de service public ? La CJUE, on l'a vu ci-dessus, pose des conditions. Il ne suffit pas qu'une entreprise soit chargée d'une mission de service public pour que l'« effet direct vertical » puisse jouer. Il faut que l'autorité publique (État, collectivité territoriale...) exerce une autorité ou un contrôle sur le service et que l'entreprise dispose de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers. Pour le dire simplement, il faut que l'entreprise soit habilitée à prendre des mesures que les autres entreprises n'ont pas le droit de prendre habituellement ; des mesures que seules les administrations, l'État, les collectivités territoriales etc. ont normalement le droit de prendre (CJUE, Foster, 12 juil. 1990, C-188/89).

Un exemple nous en a été donné très récemment, dans une affaire gagnée par nos camarades CGT du syndicat des transports urbains de Reims (Cass. Soc. Transdev, 22 juin 2016, n°15-20111). La Cour de cassation a considéré que Transdev Reims, **entreprise de transport urbain**, était assimilable à l'État : Transdev était délégataire de l'exploitation d'un réseau de transport en commun intérieur, il assurait un service public dont l'étendue, les modalités et les tarifs étaient fixés par l'autorité publique organisatrice (= contrôle) et que les agents du réseau de transport public étaient habilités par la loi et le règlement à constater les contraventions (= pouvoirs exorbitants du droit commun).

Voici un exemple très concret qui montre que de nombreuses autres entreprises chargées d'une mission de service public pourront être assimilées à l'État. Cela permet donc à leurs salariés de saisir le conseil de prud'hommes pour obliger leur employeur à appliquer les directives européennes.

### III- Les suites - Que faire maintenant ?

- La loi « travail » a été votée à l'Assemblée nationale fin juillet. Son article 2 refonde entièrement le droit du temps de travail. Pourtant, et en dépit de plusieurs sollicitations de différentes organisations syndicales, d'une lettre de mise en demeure de régulariser le droit français envoyée par la CGT, FO et Solidaires, et d'une condamnation de l'État par le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand pour mauvaise transposition de la directive temps de travail, le législateur français n'a pas jugé bon de profiter d'une loi sur le temps de travail pour se mettre en conformité avec le droit européen.

De la même manière, le gouvernement n'a pas jugé opportun de profiter de la loi du 17 août 2015 relative au dialogue social pour se mettre en conformité avec la directive information-consultation sur l'intégration dans les effectifs des contrats aidés et d'apprentissage. Contrairement d'ailleurs à ce que nous avait dit le cabinet du Ministre Rebsamen au moment de l'écriture de la loi, puisqu'il nous avait indiqué qu'ils

envisageaient de profiter de la loi « dialogue social » pour modifier le code du travail en ce sens.

- Nous savons que la Commission européenne a lancé une procédure d'infraction à l'encontre de l'Etat français à propos des contrats aidés et d'apprentissage. Cela signifie qu'elle a commencé une procédure visant par la suite à saisir la CJUE pour contraindre la France à modifier le droit français. Pour l'instant la procédure consiste simplement à engager des discussions entre les services juridiques de l'Etat et de la Commission européenne.

En revanche, aucune procédure d'infraction n'est prévue en matière de congés payés. Le temps de travail est en effet un sujet très sensible au sein de l'Union européenne. Il y a eu plusieurs tentatives de la Commission européenne de modifier la directive temps de travail, mais ce sujet crispe les dissensions entre pays très libéraux et pays plus protecteurs.

- La Confédération, l'UD des Bouches du Rhône et l'UL des Quartiers Nord de Marseille ont intenté une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) devant le Conseil constitutionnel pour faire juger que l'exclusion des effectifs des contrats aidés portait atteinte au droit constitutionnel de participation des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. Nous connaissons tous le progressisme des « juges » du Conseil constitutionnel, qui nous ont bien entendu donné tort.

A l'heure actuelle, sur impulsion de la CGT, les centrales FO, Solidaires et CGT ont mis en demeure la ministre du travail et le Premier ministre de mettre le droit français en conformité avec le droit européen. Cette mise en demeure est un préalable obligatoire à la saisine des tribunaux. En l'absence de réponses, les trois centrales ont donc saisi les tribunaux administratifs pour faire condamner l'Etat pour non-respect des directives information-consultation et temps de travail. L'objectif est d'obtenir des dommages et intérêts, et d'obtenir des jurisprudences dont pourront par la suite se saisir les militants. Cette action ne suffira malheureusement pas en soi à obliger l'Etat à modifier le droit français.

## A- Salariés du privé

Pour les salariés du privé, chaque orga ou syndicat peut concrètement se saisir de dossiers de salariés lésés par la mauvaise transposition des directives.

Pour les cas **C** et **D**, les salariés accompagnés de leur syndicat ou orga, peuvent directement saisir le conseil de prud'hommes pour faire modifier la jurisprudence de la Cour de cassation, et faire condamner l'employeur.

Pour le cas **A** et **B**, il s'agit de reproduire le type de contentieux du tribunal administratif de Clermont-Ferrand (**voir pièce jointe**) afin de faire condamner l'Etat pour les congés payés perdus du fait de la mauvaise transposition de la directive temps de travail. Le salarié peut obtenir des indemnités d'un montant correspondant aux jours de congés payés perdus.

Il serait également envisageable de faire condamner l'Etat devant le tribunal administratif pour non-respect de la directive information-consultation concernant effectifs et contrats aidés. Cependant, ce type de contentieux présente moins d'intérêt à partir du moment où seuls des dommages et intérêts peuvent être obtenus. Il n'est pas possible d'obliger l'employeur à mettre en place des DP ou un CE.

## **B- Salariés du privé dans une entreprise chargée d'une mission de service public**

En ce qui concerne les salariés du privé des entreprises chargées d'une mission de service public, soumis au contrôle de l'Etat (ou de ses émanations : préfecture, collectivités territoriales etc.) et disposant de pouvoirs exorbitants de droit commun :

Ces derniers peuvent enclencher des contentieux sur le modèle de celui du syndicat des transports urbains de Reims (**voir pièce jointe**) : considérant que leur entreprise est assimilable à l'Etat, les salariés, accompagnés du syndicat et/ou de l'orga, en partie intervenante, peuvent saisir les conseils de prud'hommes pour obtenir des indemnités pour congés payés (cas **A, B, C** et **D**).

Il est aussi envisageable pour le syndicat et/ou l'orga de saisir le tribunal de grande instance (TGI). Dans ce cas il s'agira de condamner l'entreprise à mettre en œuvre les directives européennes, éventuellement sous astreinte de x euros par jours de retard (soit en ce qui concerne les congés payés, cas **A, B, C** et **D** ; soit pour la prise en compte des contrats aidés et d'apprentissage dans les effectifs de l'entreprise).

Même sans saisir directement la Justice, il est évidemment conseillé aux camarades, ceux des transports urbains, mais également tous ceux dont l'entreprise a une mission de service public, d'expliquer à leur employeur qu'ils doivent désormais appliquer les directives européennes telles qu'elles sont interprétées par la CJUE, et ce, sur la base de la jurisprudence Transdev de la Cour de cassation.

**Nous avons le droit de notre côté, nous pouvons nous en saisir pour créer un rapport de force en notre faveur : c'est par la multiplication de nos actions que nous pourrons enfin obtenir une modification de la législation dans un sens favorable aux travailleurs.**

Anais Ferrer  
Pôle DLAJ confédéral