

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	133 (2014)
Artikel:	Le système de la sécurité sociale vu sous l'angle européen
Autor:	Kahil-Wolff, Bettina
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896333

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 11.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Le système de la sécurité sociale vu sous l'angle européen

BETTINA KAHIL-WOLFF*

* Professeure à l'Université de Lausanne.

Table des matières

A. Questions préliminaires	116
B. Délimitation de la matière	118
I. Les critères de délimitation quant aux affaires ayant fait jurisprudence	119
1. Le caractère novateur des cas	119
2. La portée transversale des principes dégagés	120
II. Les domaines abordés	123
III. Les caractéristiques du droit social européen	126
IV. Les sources	127
1. Les traités fondateurs et les principes constitutionnels non écrits	127
2. Les actes adoptés par les institutions	130
V. Délimitation par rapport aux aspects déjà traités dans d'autres études	132
C. Les pièces du système: la libre circulation, la politique sociale, la non-discrimination	134
I. Le droit social de la libre circulation des personnes	135
1. Le droit à la libre circulation	135
2. Le droit à la libre circulation dans l'ALCP	141
3. La coordination des systèmes de sécurité sociale	146
4. Le principe d'assimilation en particulier	147
II. La politique sociale	150
1. Les règles du traité	151
2. Le droit dérivé	155
III. Le droit à la non-discrimination	161
1. L'égalité des rémunérations et d'autres aspects concernant l'égalité hommes/femmes	161
2. Les discrimination en raison de l'âge	163
3. D'autres critères de discrimination interdits	165
D. Conclusion intermédiaire	167
E. Les principes généraux communs	168
I. En général	168
1. La libre circulation des marchandises	169
2. La libre circulation des personnes	170
3. La reconnaissance des diplômes	171
4. Le principe de proportionnalité en particulier	172
5. Conclusion intermédiaire	173
II. Application en droit social	174
1. Le droit social de la libre circulation des personnes	174
a. Les clauses du besoin	175
b. Les frais de santé occasionnés à l'étranger	177
c. Les clauses de résidence	180
d. La portée du principe d'assimilation	181
2. Dans le domaine de la non-discrimination	183
a. L'égalité en matière de rémunération	184
b. L'égalité en matière d'accès à l'emploi	184
c. Conclusion intermédiaire	189
3. En politique sociale	189
F. Conclusion finale	192

A. Questions préliminaires

Est-il malvenu de raconter le droit social européen comme on raconterait un récit? Nous craignons que oui. La Société suisse des juristes est un lieu d'échanges sur des questions fondamentales du droit¹, et, à présenter des faits divers, on court le risque de rester en deçà des attentes². Pourtant, le sujet qui nous est dévolu ressemble bien quelque part à une histoire – l'histoire d'hommes et de femmes qui ont fait valoir leurs droits et qui ont, par ce biais, permis de construire un ordre juridique inédit³. Disons qu'il s'agit en réalité de plusieurs récits puisque les individus ont fait valoir leurs droits propres, dans un contexte personnel. Chaque cas individuel montre que l'ordre juridique européen est bâti autour du citoyen et il vaut la peine de revenir sur certains faits; nous prions par conséquent le lecteur de bien vouloir excuser le style parfois narratif de l'exposé.

Nous commencerons par le début – c'est inévitable – en rappelant les toutes premières affaires. La chronique nous ramènera donc vers les années 60 et 70 du siècle passé au cours desquelles les principes essentiels furent établis⁴. Mais le but n'est pas de dérouler l'évolution historique de l'Union européenne; d'autres auteurs seraient bien mieux placés pour le faire⁵. Regardons plutôt le droit en vigueur⁶. On verra alors apparaître un système juridique à plusieurs pièces et des principes généraux régissant l'ensemble. Les trois pièces centrales

1 Nous prenons pour exemple les rapports présentés ces dernières années au sujet, notamment, du Code civil et du Code des obligations, du droit administratif, du droit international privé et d'autres parties nobles de l'ordre juridique. En ce qui concerne le droit européen, des questions de fond ont déjà fait l'objet d'impressionnantes rapports présentés, entre autres, par OLIVIER JACOT-GUILLARMOD et RAINER J. SCHWEIZER en 1993, CARL BAUDENBACHER en 2012.

2 Nous avons reçu la consigne de traiter le sujet de façon analytique et d'éviter une pure description du droit en vigueur.

3 La doctrine est unanime à penser que le droit de l'Union européenne est un ordre juridique *sui generis* qui n'appartient ni au droit étatique ni au droit international. Voir déjà JEAN-PAUL JACQUÉ: Droit institutionnel de l'Union européenne. 2^e éd. Dalloz. Paris 2002, p. 92; voir aussi ROLAND BIEBER/FRANCESCO MAIANI, Précis de droit européen. Stämpfli. 2^e éd. Berne 2011, pp. 35 ss, avec des références.

4 Le lecteur connaît certainement les arrêts dans lesquels la Cour de Justice a consacré, pour la première fois, les principes de l'effet direct et de la primauté du droit européen par rapport au droit national (CJCE aff. 26/62 Van Gend & Loos, Slg. 1963, 3; CJCE aff. 6/64 Costa/ENEL, Rec. 1964, 1141). Les affaires relevant du droit social sont en revanche probablement moins connues et il vaudra la peine d'y revenir plus amplement, notamment à l'arrêt susmentionné CJCE aff. 75/63 Unger, Rec. 1964, 347.

5 FRANK SCHORKOPF, Rechtsgeschichte der europäischen Union, JZ 2014, pp. 421 ss.

6 L'exposé tient compte de la législation et de la jurisprudence jusqu'au 28 février 2014. Lorsqu'il est fait référence aux actes de l'Union européenne, il est renvoyé au texte initial (par exemple règlement [CE] 883/2004 du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, JO 2004 L 166/1) et, si elle est publiée au Journal officiel de l'Union européenne, à la version consolidée (par exemple règlement [CE] 883/2004 du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, version consolidée 2013, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004R0883:20130701:FR:PDF>).

sont le droit à la non-discrimination⁷, la politique sociale⁸ et la libre circulation des personnes⁹. Le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) les prévoit expressément et les distingue. Quant aux principes généraux, applicable aux pièces, ils sont focalisés sur la mise en œuvre efficace des droits conférés aux individus. Certains principes sont «structurels» et spécifiques au droit européen (l'effet direct, la primauté, le devoir de coopération des États membres, la portée supranationale des notions employées¹⁰), d'autres se confondent avec des principes bien connus en droit interne (la protection de la bonne foi, l'interdiction de l'arbitraire, la proportionnalité)¹¹. Une multitude de principes plus spécifiques peuvent par ailleurs en être déduits, l'obligation qu'a l'administration sociale de reconnaître des documents établis à l'étranger, de transmettre des demandes en prestation à l'administration sociale d'un autre pays, de répondre dans des délais raisonnables ou de réparer d'éventuelles erreurs de communication. L'ensemble forme un système complet, au service du justiciable, ou, pour rester proche du sujet, des individus concernés par la législation sociale. Les travailleurs et travailleuses, les employeurs et employeuses, les assurés et assurées, les bénéficiaires de prestations – toutes ces personnes bénéficient de droits ancrés dans un système juridique solide et cohérent. Le constat est tout sauf anodin si l'on tient compte des structures institutionnelles de l'Union européenne. L'Union a des compétences législatives qui se limitent à certains domaines, le gros de la matière étant du ressort des États membres. L'adoption des actes est soumise à des procédures démocratiques relativement lourdes, avec le vote d'un Parlement européen qui compte plus de 760 membres, d'une deuxième chambre (le Conseil de l'UE) qui regroupe les ministres de 28 États membres; certains actes nécessitent de plus le concours des parlements nationaux (les directives). Construire un régime juridique organisé de façon logique semble pour le moins difficile dans ces conditions. Comment alors le droit social européen a-t-il pu se constituer? C'est là, nous semble-t-il, un bon sujet d'étude pour une réunion de la Société suisse des juristes, sachant que les questions fondamentales évoquées d'entrée de cause incluent certainement celle de savoir pourquoi un droit est ce qu'il est et comment il l'est devenu.

Si le droit social de l'UE rend donc curieux pour lui-même, il faut se demander en quoi le droit suisse serait concerné. Chacun sait que la Suisse n'est précisément pas liée par le système complet, bien au contraire. Les seules obliga-

7 Voir ci-dessous point C.III.

8 Voir ci-dessous point C.II.

9 Voir ci-dessous point C.I.

10 La Cour de Justice de l'Union européenne l'a, très tôt déjà, qualifié de «supranational» (CJCE aff. 75/63 Unger, Rec. 1964, 347), un terme qui permet de marquer cette singularité, et a retenu que «les traités communautaires ont instauré un nouvel ordre juridique au profit duquel les États ont limité, dans des domaines de plus en plus étendus, leurs droits souverains et dont les sujets sont non seulement les États membres mais également leurs ressortissants» (CJCE avis 1/91 EEE, Rec. 1991, I-6079).

11 Voir ci-dessous point D.

tions internationales qui l'engagent en matière de sécurité sociale se rapportent à la libre circulation des personnes, plus particulièrement aux règlements 883/2004 et 987/2009 de l'Union européenne. Ces règlements, rappelle-t-on souvent, ne visent qu'une coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale de sorte que le système n'est pas mis en cause. De surcroît, ils ne confèrent pas de droits autres que ceux prévus par l'ordre juridique interne¹². Les invoquer serait alors d'emblée considéré comme peine perdue. Il est aussi dit que les règlements en question contiennent des lacunes qu'il appartient aux instances compétentes de combler¹³, le juge restant relégué au second plan, voire dans une position totalement passive. On comprend que pareille argumentation peut conduire à une certaine frustration du justiciable qui s'adresse bien au tribunal dans l'espoir de voir résoudre un problème personnel, parfois un problème existentiel. Elle laisse aussi à désirer sur le plan théorique puisqu'on n'aime pas admettre que le droit se résume aux quelques règles écrites noir sur blanc. Ces règles ne laissent-elles pas entrevoir un but qu'il est permis d'invoquer, un principe plus général, une norme applicable par analogie ou tout autre «astuce» parmi les méthodes si chères à l'interprète?

Revenons donc à notre sujet d'étude et voyons si l'ordre juridique européen, les principes juridiques qu'il renferme ainsi que les méthodes qui ont permis de le former, nous donnent des pistes. La perspective promet des découvertes, tant il est vrai qu'il vaut mieux voir l'ensemble, même si la Suisse n'en applique qu'une partie. Cette partie est importante en pratique puisqu'il faut s'y référer dès lors qu'une question de droit des assurances sociales se pose dans un contexte transfrontière. Voir le système de sécurité sociale sous l'angle européen nécessite donc d'avoir un regard croisé: à la fois sur l'application du droit européen en Suisse et sur le droit européen dans son ensemble.

La tâche est pour le surplus gratifiant car ce n'est pas tous les jours que l'on peut décrire une personnalité juridique ayant remporté le prix Nobel de la paix¹⁴.

B. Délimitation de la matière

Il était question d'hommes et de femmes grâce auxquels le droit européen est devenu un système juridique complet, bâti autour du citoyen. Or, on imagine

12 Voir ci-dessous point C.I.3.

13 Voir, par exemple, l'ATF 134 V 428 de même que l'ATF 135 V 339.

14 En 2012, l'Union européenne a remporté le prix Nobel de la paix, «pour avoir fait avancer la paix, la réconciliation, la démocratie et les droits de l'homme en Europe». http://europa.eu/newsroom/highlights/eunobel/index_fr.htm. Ajoutons que nous traitons le droit de l'Union européenne exclusivement auquel il convient de réservé la notion de «droit européen»; pour le droit international, voir PIERRE-YVES GREBER, Droit international et européen de la sécurité sociale: ONU, OIT et Conseil de l'Europe, 2^e éd., Helbing Lichtenhahn. Bâle 2011.

bien qu'il fallut plus que deux ou trois précédents pour en arriver là. On imagine bien aussi que divers domaines du droit européen sont concernés et que la structure institutionnelle de l'UE de même que les sources du droit européen doivent apparaître à plusieurs titres. Nous avons donc la difficile tâche de choisir parmi les domaines et affaires clés, sans compter que chaque «affaire» implique bien évidemment une personne en chair et en os: une travailleuse victime d'une discrimination salariale¹⁵, un travailleur privé d'heures de repos¹⁶, un assuré qui se voit réduire sa rente parce qu'il a travaillé à l'étranger¹⁷. Les droits invoqués sont a priori d'importance égale, dans la perspective de l'individu qui les fait valoir, même s'ils ne sont pas tous directement déduits de règles constitutionnelles, comme par exemple l'égalité entre hommes et femmes¹⁸. La plupart des droits relevant de la sécurité sociale nécessitent au contraire d'être concrétisés par la loi; la Société suisse des juristes a déjà débattu cette question de sorte que nous pouvons renvoyer à ce qui avait été dit alors¹⁹.

I. Les critères de délimitation quant aux affaires ayant fait jurisprudence

Chaque cas mériterait sans doute qu'on le traite et chaque cas nécessiterait probablement qu'on déploie le cadre théorique dans lequel il se situe. Le nombre d'affaires ayant fait jurisprudence est toutefois considérable, tout particulièrement en droit social où l'on compte, à ce jour, plusieurs centaines d'arrêts rendus par la Cour de Justice de l'Union européenne²⁰. Il fallait donc fixer des priorités.

Notre choix a principalement été guidé par deux critères: le caractère novateur de l'affaire (1.) et la portée transversale des principes qu'elle a dégagés (2.).

1. Le caractère novateur des cas

Le premier critère permet de montrer le moment auquel un principe a été mis en exergue pour la première fois. On verra alors que certaines caractéristiques du droit social européen datent de la première heure du processus d'intégration eu-

15 Voir, par exemple, CJUE aff. C-427/11 Kenny, Rec. 2013, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

16 Voir, par exemple, CJUE aff. C-428/09 Union syndicale solidaires Isère, Rec. 2010, I-9961.

17 Voir, par exemple, CJUE aff. C-548/11 Mulders, Rec. 2013, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

18 Pour un aperçu complet, voir, EBERHARD EICHENHOFER, Sozialrecht der Europäischen Union, 5^e éd. Erich Schmidt Verlag, Berlin 2013.

19 ETIENNE GRISEL, Les droits sociaux, SSJ, Rapports et communications, Helbing Lichtenhahn, Bâle, 1973, fascicule 1.

20 Il n'est pas aisément de connaître le nombre exact d'arrêts, sachant que le répertoire de la jurisprudence publié sur le site officiel de la Cour (http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7046/) fait apparaître certains arrêts doublement voire triplement, par exemple dans les catégories «généralités» et «vieillesse et décès» comme l'arrêt CJUE aff. C-379/09 Casteels, Rec. 2011, I-1379.

européenne. Dès le départ, les traités fondateurs (le Traité CECA du 18 avril 1951 et le Traité CEE du 25 mars 1957) comportaient des règles concernant le droit social et, très rapidement, ces règles ont été invoquées en justice. Les principes dégagés alors sont d'ailleurs toujours valables; ils ont survécu aux périodes parfois difficiles (instauration d'une politique sociale à deux vitesses²¹, crise de l'euro²²) et ont été confirmés par les plus récentes révisions (Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2009²³ et modifications législatives intervenues par la suite²⁴).

Se limiter aux cas ayant apporté un changement évite aussi des répétitions, étant précisé toutefois que le lecteur trouvera les références aux arrêts ultérieurs lorsqu'ils confirment la jurisprudence ou apportent des compléments.

2. *La portée transversale des principes dégagés*

Le deuxième critère a une orientation plus systématique qu'historique puisqu'il s'agit de faire ressortir les principes communs. Il aidera à étayer notre thèse selon laquelle le droit social européen est plus qu'un agglomérat de règles diverses mais un véritable système formé de pièces, avec des principes généraux qui embrassent l'ensemble.

Comme indiqué au début, cela peut surprendre dans la mesure où l'Union européenne est dotée de compétences partielles qui ne lui permettent pas de construire un système social entier. De plus, les différentes pièces du droit social européen se distinguent les unes des autres en ce sens qu'elles reposent sur des dispositions de compétences différentes, que le type d'actes qu'elles englobent n'est pas partout le même, que les buts poursuivis ne sont pas identiques. Or, malgré toutes ces différences, des principes généraux communs se font jour.

21 Lors de la conférence intergouvernementale ayant conduit à l'adoption du Traité de Maastricht, qui était entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, le renforcement de la politique sociale n'avait pas trouvé l'unanimité des États membres, au nombre de 15 à l'époque; on s'était alors mis d'accord sur un protocole permettant aux États membres – à l'exclusion du Royaume-Uni de Grande-Bretagne – de prendre des mesures dans certains domaines (notons qu'une seule directive fut adoptée sur la base de l'accord sur la politique sociale, la directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, JO 1994 L 254/64 et que le problème était résolu le 1^{er} mai 1999, date de l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam qui avait intégré le contenu de l'accord sur la politique sociale dans le corps des traités).

22 Le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'union économique et monétaire du 2 mars 2012 (aussi appelé «Pacte sur la stabilité» ou TSCG), qui fut signé par tous les États membres, à l'exception du Royaume-Uni et de la République tchèque, et qui requiert que les budgets nationaux soient «en équilibre ou en excédent», n'a pas modifié les règles sur la politique sociale de l'Union européenne.

23 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:12007L/TXT>

24 Voir, par exemple, le règlement 465/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 modifiant le règlement (CE) n° 883/2004, JO 2012 L 149/4 et apportant des précisions sur le droit applicable.

On les voit dans la jurisprudence qui les répète quasi systématiquement lorsqu'il s'agit d'apprécier la marge de manœuvre accordée aux législateurs nationaux. Qu'il s'agisse de garantir l'égalité entre personnes de différents âges²⁵, d'offrir une retraite anticipée aux agriculteurs²⁶ ou d'octroyer des prestations sociales aux chômeurs²⁷, les États membres doivent adopter des règlementations qui sont «cohérentes» ou «raisonnables», comme le dit la Cour²⁸. Les critères de contrôle qui apparaissent au premier plan sont classiques: les mesures nationales doivent être objectivement justifiées et respecter le principe de proportionnalité²⁹.

Ces critères de contrôle ne sont pas nouveaux, certes, ni le fait qu'ils permettent de fixer un cadre aux États membres. De longue date, la Cour de Justice les utilise pour vérifier si les mesures nationales constituent une entrave interdite ou si elles sont au contraire compatibles avec les traités³⁰. Ces critères ont été développés au début des années 1970, à partir des règles sur la libre circulation des marchandises, plus particulièrement au sujet des restrictions quantitatives à l'importation; ils étaient alors appliqués pour contrôler des entraves au commerce entre États membres et les formules utilisées restaient encore assez rudimentaires³¹. La Cour les a perfectionnées par la suite, en faisant peu à peu apparaître la nécessité du caractère objectif et le principe de proportionnalité³². Puis elle les a étendues à d'autres domaines du droit européen, à la citoyenneté européenne³³, à la libre circulation des personnes³⁴, à la libre prestation des services³⁵ ou encore au droit de la concurrence³⁶. La doctrine

25 Voir notamment la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO 2000 L 303/16.

26 Pour plus de détails, voir CJUE aff. C-401/11 Soukupova, Rec. 2013, I-00000, consid. 34, non encore publié au recueil officiel.

27 CJCE aff. C-228/07 Petersen, Rec. 2008, I-6989.

28 CJCE aff. C-411/05 Palacios de la Villa, Rec. 2007, I-8531; CJUE aff. C-341/08 Petersen, Rec. 2010, I-47.

29 CJCE aff. C-447/09 Prigge et al., Rec. 2011, I-8003 (limite d'âge fixée à 60 ans pour les pilotes de ligne ou commandants de bord pas conforme à ces exigences).

30 CJCE aff. 8-74 Dassonville, Rec. 1974, 837.

31 CJCE aff. 8/74 Dassonville, Rec. 1974, 837, consid. 6: des mesures nationales garantissant l'authenticité de l'appellation d'origine du Whisky doivent être «raisonnables» et les moyens de preuve de l'authenticité doivent être «accessibles à tous (les) ressortissants» d'États membres.

32 CJCE aff. C-19/92 Kraus, Rec. 1993, I-1663, consid. 32 (reconnaissance de diplômes juridiques); CJCE aff. C-55/94 Gebhard, Rec. 1995, I-4165, consid. 37 (liberté d'établissement pour les avocats); pour plus de détails en ce qui concerne les critères de contrôle, voir ci-dessous points E.I.2. et E.I.3.

33 CJCE aff. C-147/03 Commission/Autriche, Rec. 2005, I-5969, consid. 63.

34 CJCE aff. 222/86 Heylens, Rec. 1987, 4097, consid. 12 (libre circulation des travailleurs – entraîneurs de football); CJCE aff. 55/94 Gebhard, Rec. 1995, I-4165 (liberté d'établissement pour les avocats).

35 CJCE aff. C-372/04 Watts, Rec. 2006, I-4325; CJCE aff. C-08/02 Leichtle, Rec. 2004, I-2641.

36 TPI aff. T-520/09 TF1, Rec. 2012, II-00000, non encore publié au recueil officiel (aide pour service d'intérêt économique général, critère de proportionnalité).

l'a démontré³⁷. Le principe de proportionnalité devient par ailleurs un critère de contrôle incontournable lorsqu'une mesure nationale porte restriction aux droits fondamentaux, par exemple dans le cas d'une peine de privation de liberté prononcée à l'égard d'un ressortissant d'État tiers en séjour irrégulier³⁸. En droit social, ces critères de contrôle sont apparus plus récemment et se font, il est vrai, un peu plus rares. Dans le domaine de la sécurité sociale, notamment, on les a découverts il y a une petite dizaine d'années environ et c'est seulement dans un nombre limité d'affaires qu'on les retrouve³⁹. Il faut alors se demander pourquoi ils sont apparus et pourquoi le processus était plus lent que dans les autres domaines⁴⁰.

Notre thèse, que nous développerons encore plus loin, est simple. Elle se base sur le constat que le droit social européen est un assemblage de droits au profit du justiciable (droit à l'égalité, droit de s'établir et de travailler dans les États membres, droit au traitement le plus favorable, droit à l'égalité des salaires, garanties de procédure et allègements de preuves) et que tous ces droits, sans exception, s'inscrivent dans le contexte des buts poursuivis par l'Union européenne. La mise en œuvre de ces droits dégage des principes juridiques et des méthodes d'interprétation relativement uniformes, ce d'autant plus que c'est la Cour de Justice de l'Union européenne qui a la compétence de les préciser et que, souvent, elle transpose les principes d'un domaine à l'autre⁴¹. Comme tous les principes généraux, ceux du droit européen s'adaptent aux matières auxquelles on les applique⁴². Pour la plupart, les droits évoqués se dirigent en effet contre les autorités nationales, de sorte que l'argument de l'intérêt public objectif et le contrôle de la proportionnalité font sens. D'autres ont un effet horizontal, ils régissent par exemple les relations entre un travailleur et un employeur privé, ce qui nécessite une approche différente. Certains, enfin, visent l'octroi de prestations sociales pour lesquelles les États membres sont compétents et qui relèvent d'une législation spécifique; généralement, il ne s'agit ici pas de mesures étatiques qui limitent les droits individuels mais qui, au contraire, fournissent un soutien (souvent substantiel) à l'individu (des soins de santé, une rente, des allocations de chômage); des nuances se justifient donc dans ce domaine. Nous verrons aussi qu'une partie des droits, notamment ceux concernant la sécurité sociale, sont concrétisés par une réglementation législa-

37 ROLAND BIEBER/FRANCESCO MAIANI, *Précis de droit européen*. Stämpfli. 2^e éd. Berne 2011, p. 191.

38 CJUE aff. C-61/11 PPU El Dridi, Rec. 2011, I-3015, consid. 41, (espace de liberté, de sécurité et de justice – politique d'immigration).

39 CJCE aff. C-228/07 Petersen, Rec. 2008, I-6989; CJUE aff. C-503/09 Stewart, Rec. 2011, I-6497.

40 Voir ci-dessous point D.

41 Art. 19 al. 1 TUE: «Le Cour de justice de l'Union européenne (...) assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités».

42 Voir ci-dessous point C. et D.

tive très détaillée qui limite le recours aux principes généraux (parce qu'ils sont alors superflus ou parce qu'ils conduisent à des solutions *contra legem*).

Nous espérons que ces observations permettront de mieux comprendre l'application du droit social européen en Suisse, de dire notamment s'il y a lieu de s'inspirer des principes généraux communs et, si oui, dans quels domaines. A cette fin, il faut étudier le droit social de l'Union européenne dans son ensemble⁴³; il faut aussi étudier les principes généraux: leur contenu, leur nature juridique et les exceptions qu'ils souffrent, cas échéant.

Voyons d'abord de quelles pièces le droit social européen est fait et lesquelles de ces pièces sont pertinentes pour notre étude.

II. Les domaines abordés

La dimension sociale de l'Union européenne englobe en effet plusieurs domaines, tous utiles aux buts de l'organisation. L'un des buts, qui est central pour notre étude, est clairement fixé à l'art. 3 al. 3 du Traité sur l'Union européenne (= ex-art. 2 TUE). D'après cette disposition, qui énumère tous les objectifs à atteindre, l'Union européenne est fondée sur «une économie sociale de marché hautement compétitive» qui tend au «plein emploi et au progrès social» dans les vingt-huit États membres⁴⁴. La réalisation du marché intérieur en constitue le véhicule *favori* – un concept développé sous les auspices de Jacques Delors (Acte Unique Européen⁴⁵), qui est toujours valable à l'heure actuelle⁴⁶ et implique l'abattement des frontières nationales. Le marché intérieur, rappelons-le, «comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée (...)» (art. 26 al. 2 TFUE = ex-art. 14 TCE).

Le droit social de l'UE s'y rattache, à la libre circulation des personnes et des services notamment, et comporte alors les règles nécessaires à la réalisation de ces libertés: il interdit les discriminations en raison de la nationalité (en matière de droit des étrangers, de droit du travail, de sécurité sociale et d'avantages sociaux)⁴⁷, coordonne les systèmes nationaux de sécurité sociale⁴⁸, instaure des règles pour éviter le «dumping» salarial⁴⁹, etc. L'ensemble forme un pan du droit social européen que l'on peut appeler «droit social de la libre circulation» («*frei-*

43 Nous ne pouvons pas donner une image complète du droit social européen, mais renvoyons à la doctrine spécialisée récente: EBERHARD EICHENHOFER, *Sozialrecht der Europäischen Union*, 5^e éd. Erich Schmidt Verlag, Berlin 2013; MAXIMILIAN FUCHS (éd.), *Kommentar zum Europäischen Sozialrecht*, 6^e éd. NOMOS. Baden-Baden 2013. SYLVIE HENNION, *Droit social européen et international*, Puf, Paris 2013.

44 Art. 3 al. 3 TUE (ex-art. 2 TUE).

45 JO 1987 L 169/1.

46 Art. 3 al. 3 TUE (ex-art. 2 TUE).

47 Voir ci-dessous point C.I.1.

48 Voir ci-dessous point C.I.3.

49 Voir ci-dessous point C.II.

zügigkeitsspezifisches Sozialrecht» en allemand⁵⁰). Cette partie du droit social européen est essentielle pour notre étude. A l'heure actuelle, la Suisse applique en effet une législation équivalente, conformément à l'Accord sur la libre circulation des personnes du 21 juin 1999⁵¹, en particulier son art. 8 et l'annexe II⁵².

L'Union européenne veille par ailleurs à ce que les États membres appliquent un même standard minimal de protection sociale⁵³, et ce souci concerne plusieurs aspects du droit du travail, tels les situations de restructuration (licenciements collectifs⁵⁴ et transferts d'entreprises⁵⁵), la sécurité au travail⁵⁶, un temps de travail qui respecte la santé des travailleurs⁵⁷, des femmes enceintes en particulier⁵⁸, la protection des travailleurs intérimaires⁵⁹, etc. Il s'agit d'éviter que des systèmes de protection sociale trop divergents conduisent à une distorsion de concurrence, mais aussi de poursuivre les buts sociaux du traité que sont le «plein emploi» et le «progrès social» déjà mentionnés⁶⁰. Les mesures à prendre sont définies sous le titre «Politique sociale» aux art. 151 ss TFUE (= ex-art. 136 ss TCE).

L'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins s'insère aussi dans le cadre de la politique sociale; elle avait même été inscrite aux traités, initialement, pour éviter des distorsions de concurrence entre les économies allemande et française, seule la France garantissant à l'époque (on se situe au milieu des années 1950) ce droit aux femmes⁶¹. Mais le développement jurisprudentiel et législatif a vu naître un droit à la non-discrimination à plus large échelle (la doctrine allemande relève l'émergence d'un «Europäisches Antidiskriminierungsrecht»⁶²). Dans l'ensemble de ses politiques et actions, «l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle» (art. 10 TFUE), c'est-à-dire que la non-discrimination est élevée au niveau d'une clause horizontale («Querschnittsklausel»), comme les buts sociaux, qui

50 ROSE LANGER, Vorbemerkung Art. 45–48 AEUV, note 1, in MAXIMILIAN FUCHS (éd.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 6^e éd., NOMOS, Baden-Baden 2013.

51 RS 0.142.112.681.

52 Annexe II: «Coordination des systèmes de sécurité sociale».

53 Art. 153 al. 2 TFUE (= ex-art. 137 al. 2 TCE).

54 Voir ci-dessous point C.II.2.

55 Voir ci-dessous point C.II.2.

56 Voir notamment la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JO 1989 L 183/1.

57 Voir ci-dessous point C.II.2.

58 Voir ci-dessous point C.II.2.

59 Directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil relative au travail intérimaire, JO 2008 L 327/9.

60 CJCE aff. jtes C-72/91 et 73/91 Sloman Neptun Schiffahrts-AG, Rec. 1993, I-887.

61 Le droit allemand s'y est mis beaucoup plus tard. Il fallut attendre un arrêt du Bundesarbeitsgericht du 9 septembre 1981, dans l'affaire Heinze-Frauen: BAG, Az. 5 AZR 1182/79.

62 KARL-JÜRGEN BIEBACK, Vorbemerkung Artikel 19 und 157 AEUV, in MAXIMILIAN FUCHS (éd.), Europäisches Sozialrecht, Nomos Verlag, Baden-Baden 2013, 6^e édition, pp. 726 ss.

ont reçu cet attribut récemment⁶³. En matière de non-discrimination, plusieurs critères de distinction sont prohibés, pas seulement le sexe, et le législateur européen a reçu le mandat de concrétiser la non-discrimination à l'égard de tous les critères mentionnés. L'art. 19 TFUE (= ex-art. 13 TCE) donne compétence au Conseil de «prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle» dès l'an 2000, cette règle a donné lieu à l'adoption de plusieurs directives (la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁶⁴, la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique⁶⁵ et la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services⁶⁶). La jurisprudence qui s'est formée autour de ces directives est abondante et compte plusieurs arrêts de principe⁶⁷. Aussi se justifie-t-il de lui prêter une attention particulière en lui consacrant une section à part. Par ailleurs, le droit à la non-discrimination reste d'après nous un embranchement du droit social, même si l'art. 19 TFUE (= ex-art. 13 TCE) ne figure pas au chapitre du traité consacré à la politique sociale et n'est pas focalisé sur le domaine du droit social; il a une portée large puisqu'il évoque «les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race, ...». Notre observation se fonde d'avantage sur la législation existante et sa portée pratique. Les actes en vigueur contiennent en effet un grand nombre de règles relatives au droit social, concernant l'accès à l'emploi, les conditions de travail et la protection sociale. La jurisprudence relève du droit social également. Quelques cas mis à part⁶⁸, la grande majorité des affaires jugées par la Cour de Justice concerne le droit du travail (relations entre travailleurs et employeurs privés et publics), y compris les pensions complémentaires⁶⁹; une partie relève même du domaine des assurances sociales⁷⁰.

63 C'est le Traité de Lisbonne qui a doté les buts sociaux d'une clause horizontale; on la trouve à l'art. 9 TFUE.

64 JO 2000 L 303/16.

65 JO 2000 L 180/22.

66 JO 2004 L 373/37. Voir, à ce sujet, CJUE, aff. C-236/09, Association Belge des Consommateurs Test-Achats, Rec. 2011 I-773 (primes unisexes dans l'assurance privée).

67 Voir notamment, en ce qui concerne la possibilité des États membres de fixer un âge à la retraite, CJCE aff. C-144/04 Mangold Rec. 2005, I-9981 et, plus nuancé, CJCE aff. C-411/05 Palacios de la Villa, Rec. 2007, I-8531.

68 Pour un exemple qui ne relève pas du droit social, voir CJCE aff. C-391/09 Runovic-Vardyn et Wardyn, Rec. 2011, I-3787 (transcription des noms et des prénoms d'une personne physique dans les actes d'état civil).

69 Rappelons que les retraites complémentaires relèvent, sous l'angle du droit européen, de la notion de rémunération; voir ci-dessous point C.III.1.

70 CJCE aff. C-423/04 Richards, Rec. 2006 I-3585; voir ci-dessous point C.III.1.

Autrement dit, on perçoit à l'heure actuelle trois axes: la libre circulation, la politique sociale et la non-discrimination (en raison du sexe, de l'âge, de l'orientation sexuelle etc.). Ces axes forment le noyau dur du droit social européen, du point de vue du volume de la réglementation et de la jurisprudence notamment. Ils seront donc plus amplement présentés par la suite (voir point C.I. ci-dessous). D'autres aspects sont aussi importants dans le contexte du droit européen, mais nous devons renoncer à les traiter ici: le Fonds social européen (art. 162 à 164 TFUE = ex-art. 146 à 148 TCE), la dimension sociale de la politique agricole commune, le droit social dans les relations extérieures⁷¹, les rapports entre le droit social et le droit de la concurrence⁷² ou encore les règles adoptées dans le cadre de l'Espace de liberté, de sécurité et de justice⁷³. Ils seront abordés en marge uniquement, lorsqu'ils sont utiles à notre sujet.

III. Les caractéristiques du droit social européen

Une autre délimitation concerne le contexte du sujet étudié, que nous aimerions présenter de façon aussi complète que possible, tout en respectant l'espace à disposition. Ici encore, le choix est difficile puisque le droit social de l'Union européenne s'inscrit dans le contexte plus large des traités fondateurs et des principes qui lui sont propres. La matière est vaste sachant que l'Union européenne repose, même depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, sur plusieurs traités et protocoles; le Traité sur l'Union européenne (TUE), le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voire le Traité sur la stabilité (TSCG) contiennent chacun des élément qui concernent plus ou moins indirectement le droit social.

Ces textes, le TFUE avant tout, comprennent des règles qui se répercutent sur le droit social: le système de répartition des compétences détermine les domaines dans lesquels du droit social européen peut naître, les procédures législatives canalisent l'adoption des actes, les voies de droit sont décisives pour la

71 JEAN-YVES CARLIER, *La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne*. Journal de droit européen 2013, pp. 103–114. ANNE-SOPHIE LAMBLIN-GOURDIN/ERIC MONDIELLI (éd.): *Le droit des relations extérieures de l'Union européenne après le traité de Lisbonne*. Bruylant. Bruxelles 2013.

72 MAXIMILIAN FUCHS, *Das Unfallversicherungsmonopol ist mit dem Recht des Binnenmarktes vereinbar*, Die Sozialgerichtsbarkeit 2012, pp. 507–512. CHRISTIAN KERSTING, *Social Security and Competition Law – ECJ focusses on Art. 106(2) TFUE – cases C-437/09, AG2R Prévoyance v Beaudout Père et Fils SARL*. Journal of European Competition Law & Practice 2011, vol. 2, n° 5, pp. 473–476. JEAN-PHILIPPE KOVAR, *Notion d'entreprise: La CJUE considère que la gestion d'un régime complémentaire de santé obligatoire par un organisme à but non lucratif constitue un service d'intérêt économique général justifiant l'octroi de droits exclusifs (AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils)*, Concurrence: revue des droits de la concurrence 2011, pp. 473–476.

73 JEAN-YVES CARLIER, *La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne*, Journal de droit européen 2013, pp. 103–114.

mise en œuvre, etc. S'ajoutent des principes généraux structurels, souvent non écrits et dégagés par la jurisprudence, dont certains sont du reste largement connus: la primauté⁷⁴ et l'effet direct du droit européen⁷⁵, de même que les obligations qui incombent aux juridictions nationales (p.ex. l'interprétation du droit national «à la lumière» du droit européen, des directives notamment⁷⁶). La présentation se focalise donc sur les aspects qui donnent au droit social européen sa spécificité. Comme ils sont sous-jacents dans l'ensemble des différentes parties du droit social européen, ils ne seront pas traités séparément mais à l'intérieur des chapitres consacrés à celui-ci. On verra d'ailleurs que certains grands principes, valables pour l'ordre juridique européen dans son entier, ont même été développés à partir d'affaires relevant du droit social⁷⁷ (voir point C.II. ci-dessous).

IV. Les sources

Dite spécificité est d'ailleurs due, partiellement du moins, aux propriétés des sources desquelles découle le droit social européen. Il faut leur consacrer un peu d'attention si l'on veut expliquer l'effet juridique des différentes règles et les méthodes d'interprétation utilisées.

On montrera d'abord que certains textes, bien qu'au départ très fragmentaires, ont permis de développer des systèmes entiers de protection. Cela concerne surtout les traités, dont se dégagent le droit à la libre circulation et toute une série de droits spécifiques à la sécurité sociale.

1. *Les traités fondateurs et les principes constitutionnels non écrits*

Nous pensons notamment à la règle selon laquelle «chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins» (art. 157 al. 1 TFUE = ex-art. 141 al. 1 TCE; ex-art. 119 al. 1 TCEE). La formule est ancienne (elle date de 1957) et figure, de surcroît, dans un traité conclu entre États. C'est dire qu'elle est forcément moins explicite que la plupart des textes législatifs; à voir son libellé, elle

⁷⁴ CJCE aff. 6/64 Costa/ENEL, Rec. 1964, 1141; CJCE aff. 106/77 Simmenthal, Rec. 1978, 629; pour un cas récent relevant du domaine de la sécurité sociale, voir CJUE C-399/09 Landtova, Rec. 2011, I-5573 (des clauses de résidence et de discrimination directe en raison de la nationalité prévues par une loi tchèque doivent rester inappliquées).

⁷⁵ CJCE aff. 26/62 Van Gend & Loos, Slg. 1963, 3; CJCE aff. 43/75 Defrenne II, Rec. 1976, 455 (égalité des rémunérations hommes/femmes); CJCE aff. C-281/98 Angonese, Rec. 2000, I-4139 (droit du travail/interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité).

⁷⁶ CJCE aff. C-14/83 Von Colson et Kamann, Rec. 1984, 1891.

⁷⁷ Exemple: la responsabilité des États membres en cas de manquement (CJCE aff. jtes C-6/90 et C-9/90 Francovich et Bonifaci, Rec. 1991, I-5357. Pour l'application au domaine du droit social, CJCE aff. C-334/92 Wagner Miret, Rec. 1993, I-6911; CJCE aff. C-118/00 Larsy, Rec. 2001, I-5063 et CJCE aff. C-224/01 Köbler, Rec. 2003, I-10239).

s'adresse aux États et ne contient pas de précisions sur la position juridique des individus. On sait pourtant qu'elle est directement applicable, y compris entre travailleurs et employeurs privés⁷⁸, qu'elle a une portée large quant à la notion de «rémunération»⁷⁹, que la charge de la preuve incombe à l'employeur⁸⁰, etc. A partir d'un fragment s'est donc développé tout un système de règles garantissant l'égalité des rémunérations. Pour y arriver, il fallait tenir compte du but de l'article, du contexte historique dans lequel il avait été adopté, du système du traité dans son ensemble. Les buts sociaux, notamment, ont contribué au processus. Bien qu'on ne leur attribue qu'un caractère programmatique, ils ont permis de dire que le progrès social constitue un but en soi du processus d'intégration; par conséquent, il n'aurait pas été cohérent de réduire l'égalité des rémunérations à une mesure contre le «dumping social», non invocable par les particuliers⁸¹. L'effet direct de cet article s'imposait ainsi que, par la suite, toutes les autres précisions apportées par la Cour.

Une remarque semblable peut être faite au sujet de l'art. 45 al. 1 TFUE (= ex-art. 39 TCE; ex-art. 48 TCEE). Prise à la lettre, cette disposition ne dit pas plus que ceci: «La libre circulation est assurée à l'intérieur de l'Union». Si, en revanche, on la lit à la lumière de la jurisprudence de la Cour, un véritable panorama juridique se déploie. On voit alors apparaître un droit à la libre circulation⁸²; on constate aussi qu'il y a plusieurs catégories de bénéficiaires et que le cercle des bénéficiaires est large⁸³, que le droit à la libre circulation a un contenu multiple (un droit d'entrée et de séjour, d'exercice d'une activité lucrative, etc.), qu'il y a des limites à la libre circulation et comment il faut contrôler ces limites⁸⁴.

S'ajoutent à cela certains droits et principes qui, plutôt que de se rattacher à un article précis du traité, sont énoncés par la Cour dans un cas particulier, en tenant en compte les buts sociaux de l'UE et les actes adoptés par les institutions (le droit à une protection minimale en matière de santé et de sécurité au travail⁸⁵,

78 CJCE aff. 43/75 Defrenne II, Rec. 1976, 455.

79 CJCE aff. C-262/88 Barber, Rec. 1990, I-1889; CJCE aff. C-109/91 Ten Oever, Rec. 1993, I-4879; CJCE aff. C-381/99 Brunnhofer, Rec. 2001, I-4961; voir aussi, plus récemment CJUE aff. jtes C-124/11 et al. République fédérale d'Allemagne contre Dittrich, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel (la notion couvre l'aide versée aux fonctionnaires allemands au titre de la loi sur les fonctionnaires fédéraux destinée à couvrir une partie des soins médicaux).

80 CJCE aff. 109/88 Danfoss, Rec. 1989, 3199. Voir maintenant l'art. 19 de la directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO 2006 L 204/23.

81 CJCE aff. 43/75 Defrenne II, Rec. 1976, 455.

82 CJCE aff. 75/63 Unger, Rec. 1964, 347; CJCE aff. 222/86 Heylens, Rec. 1987, 4097.

83 CJCE aff. C-413/99 Baumbast, Rec. 2002, I-7091; CJCE aff. C-184/99 Grzelczyk, Rec. 2001, I-6193; Voir aussi déjà CJCE aff. C-85/96 Martinez Sala, Rec. 1998, I-2691 et CJCE aff. C-456/02 Trojani, Rec. 2004, I-7573.

84 Voir, pour plus de détail, point D.II.1. ci-dessous.

85 CJCE aff. jtes C-397/01 et C-403/01 Pfeiffer, Rec. 2004, I-0000.

le droit de choisir son employeur⁸⁶, le droit à un congé annuel payé⁸⁷, par exemple, l'interdiction de toute discrimination en raison de l'âge ou encore une protection de la maternité de haut niveau⁸⁸). La plupart de ces principes sont non écrits ou se déduisent de textes imparfaits. Il est admis que les traités fondateurs contiennent des lacunes qu'il incombe à la Cour de Justice de combler. Comme le disent à juste titre Jean-Victor Louis et Thierry Ronse, «Il est devenu banal de souligner le rôle des principes généraux dans la jurisprudence de la Cour (...). L'ordre juridique communautaire est un ordre juridique partiel et il était dès lors indispensable au juge communautaire de combler les lacunes»⁸⁹. Le processus a débuté à l'ère de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (Traité CECA de 1951), avec le principe de la légalité et les restrictions à retirer un acte administratif illégal, que la Cour a déduit des traditions juridiques communes des États membres⁹⁰, des droits allemand, français et italien notamment⁹¹, considérant que «la révocabilité d'un (acte) administratif vicié par son illégalité est (...) admise dans tous les États membres». Il s'agissait en l'espèce d'un litige entre la CECA et ses agents, plus précisément d'un problème de rapport de travail (de classification et, partant, de rémunération). En droit social, des principes non expressément prévus régissent des aspects divers, par exemple la protection des données⁹², la responsabilité de l'État⁹³ et la non-rétroactivité⁹⁴.

La Charte des droits fondamentaux n'est pas fragmentaire, bien au contraire. Elle regroupe quasiment tous les droits reconnus jusqu'ici (par la jurisprudence de la Cour de Justice) et reprend les droits sociaux qui figuraient auparavant dans un texte purement solennel (la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989)⁹⁵. Il faut savoir, toutefois, que les droits énumérés par la Charte des droits fondamentaux se dirigent principalement

86 CJCE aff. jtes C-132 et al. Katsikas, Rec. 1992, I-6577.

87 CJCE aff. C-173/99 BECTU, Rec. 2001 I-4881.

88 CJCE aff. C-116/06 Kiiski, Rec. 2007, I-7643, consid. 46 et 47: le législateur européen a ouvert aux travailleuses enceintes «un droit spécial, à savoir le droit à un congé de maternité (...) qui vise (...) à la protection de la condition biologique de la femme au cours de sa grossesse (...) et à la protection des rapports particuliers entre la femme et son enfant au cours de la période qui fait suite à la grossesse et à l'accouchement (...»).

89 JEAN-VICTOR LOUIS/THIERRY RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2005, p. 235.

90 CJCE aff. jtes 7-56 et 3-57 à 7/57 Algera et al., Rec. 1957, p. 115 (les considérants des anciens arrêts ne sont pas numérotés).

91 CJCE aff. jtes 7-56 et 3-57 à 7/57 Algera et al., Rec. 1957, p. 115, 116.

92 Voir déjà CJCE aff. 29/69 Stauder, Rec. 1969, 419.

93 CJCE aff. C-118/00 Larsy, Rec. 2001, I-5063 (méconnaissance des règles transitoires du règlement 1408/71); voir aussi CJCE aff. C-429/09 Fuß, Rec. 2010, I-12167 (manquement dans la transposition d'une directive relative à l'aménagement du temps de travail).

94 CJUE aff. C-522/10 Reichel-Albert, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel, consid. 25.

95 http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/social_charter_fr.htm: cette Charte mentionne, parmi d'autres droits, les droits à une juste rémunération, à un repos hebdomadaire, au congé annuel payé et à une protection sociale adéquate.

contre les actes d'autorité qui émanent des institutions européennes; les États membres ne sont liés que dans la mesure où ils mettent en œuvre le droit européen (art. 51 al. 1 Charte des droits fondamentaux de l'UE) et, lors de cette mise en œuvre, ils doivent par définition respecter les droits à portée sociale déjà évoqués: le droit à la libre circulation, le droit à la non-discrimination, les directives relatives au droit du travail notamment. Il s'agit donc pour une large part de droits qui sont depuis longtemps garantis, ce qui réduit la portée pratique de la Charte, nous semble-t-il.

C'est dire que le droit primaire de l'Union européenne, à savoir l'ensemble des traités, les principes non écrits et la Charte des droits fondamentaux, donne une image à multiples facettes. Des textes *a priori* peu prometteurs au départ se révèlent primordiaux en droit social européen, d'autres sont prolixes mais de moindre importance pour le sujet qui nous intéresse.

2. *Les actes adoptés par les institutions*

On sait aussi que l'Union européenne est munie de compétences, d'institutions et de procédures qui lui permettent de légiférer. Via la Commission (qui a un droit d'initiative), le Parlement européen et le Conseil (qui fonctionnent comme chambres législatives), l'Union européenne peut adopter des directives, des règlements et d'autres actes encore. Cette description, fortement simplifiée, doit suffire dans le présent contexte.

Les règlements, notamment, renferment toutes les caractéristiques d'une loi: ils sont de «portée générale», ils sont «obligatoires dans tous (leurs) éléments» et sont «directement applicable(s) dans tout État membre» (art. 288 al. 2 TFUE = ex-art. 249 al. 2 TCE). Si l'on consulte les textes pertinents, de véritables codes de la libre circulation et de la sécurité sociale apparaissent. Nous pensons notamment aux règlements UE 883/2004 et 987/2009 concernant la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale, qui sont denses et font régulièrement l'objet d'une publication consolidée (la dernière date du 1^{er} juillet 2013; elle intègre les modifications apportées en 2009, 2010, 2012 et 2013⁹⁶). Il s'agit d'une réglementation qui contient toutes les règles nécessaires à la mise en œuvre de libre circulation des personnes: elle garantit l'égalité de traitement, pose des règles sur le conflit des lois, prescrit la totalisation des périodes d'assujettissement et lève les clauses de résidence, pour n'en nommer qu'une partie. Il en va de même du règlement UE 492/2011⁹⁷ qui a remplacé un texte

96 La version consolidée du règlement 883/2004 est disponible à l'adresse suivante: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004R0883:20130701:FR:PDF>.

Quant à la plus récente modification, il s'agit du règlement (UE) n° 517/2013 du Conseil du 13 mai 2013, JO 2013 L 158/1; celui-ci concerne divers domaines du droit de l'Union européenne qui ont connu des adaptations en raison de l'adhésion de la République de Croatie.

97 Règlement (UE) n° 492/2011 du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, JO 2011 L 141/1.

de 1968 (le règlement 1612/68). Ce règlement fixe les droits des travailleurs migrants en ce qui concerne les conditions de travail: il déclare nul et non avenu tout accord individuel ou collectif qui serait discriminatoire et se répercute donc directement sur les relations entre privés⁹⁸; il garantit l'accès aux avantages sociaux et fiscaux, règle l'accès des enfants aux établissements scolaires et contient bien d'autres précisions en la matière.

Dans l'ensemble, la législation européenne donne ici l'impression d'être complète voire exhaustive. Pourtant, tant la libre circulation des travailleurs que la coordination des systèmes de sécurité sociale connaissent des principes jurisprudentiels importants qui ne sont précisément pas codifiés, comme par exemple l'interdiction des discriminations déguisées⁹⁹ ou le principe selon lequel la coordination ne doit pas conduire à un résultat moins favorable que le droit national¹⁰⁰. Autrement dit, ce n'est pas parce qu'un domaine est fortement réglementé qu'il faut négliger les principes et règles non écrites. Il ne faut pas négliger non plus le fait que les traités (notamment les règles écrites) contiennent des droits que l'individu peut bien évidemment invoquer, peu importe si la situation qui le concerne fait l'objet de règlements adoptés par l'UE ou non. On sait ainsi que la libre prestation des services et la libre circulation des marchandises ouvrent un droit aux soins de santé en dehors de l'État membre compétent¹⁰¹ et que ce droit s'applique parallèlement aux dispositions pourtant très précises prévues par les règlements 883/2004 et 987/2009¹⁰².

En ce qui concerne les directives, il est admis de longue date qu'elles peuvent, à certaines conditions, déployer un effet direct¹⁰³ et qu'il faut interpréter le droit national à la lumière de celles-ci¹⁰⁴; c'est du reste dans le domaine du droit social que cette méthode d'interprétation est apparue¹⁰⁵. On a aussi pu observer, ces dernières années, que le caractère général des formulations n'amoindrit pas l'efficacité de certaines directives. A cet égard, il faut mentionner la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 qui interdit les

98 Voir, notamment, art. 7 al. 4 règlement 492/2011: «Toute clause de convention collective ou individuelle (...) portant sur l'accès à l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ou de licenciement est nulle de plein droit dans la mesure où elle prévoit ou autorise des conditions discriminatoires à l'égard des travailleurs ressortissants des autres États membres».

99 CJCE aff. C-124/99 Borawitz, Rec. 2000, I-7293; CJCE aff. C-349/87 Paraschi, Rec. 1991, I-4501.

100 CJCE aff. 24/75 Petroni, Rec. 1975, 1149; CJCE aff. C-227/89 Rönfeldt, Rec. 1991, I-323.

101 CJCE aff. C-158/96 Kohll, Rec. 1998, I-1931; CJCE aff. C-120/95 Decker, Rec. 1998, I-1831.

102 CJCE, aff. C-157/99 Smits et Peerbooms, Rec. 2001, I-5473; CJCE aff. C-208/07 Chamier-Gliszinski, Rec. 2009, I-6095; ANDREAS BASSEN, Export von Sachleistungen der Pflegeversicherung nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache von Chamier-Gliszinski, Neue Zeitschrift für Sozialrecht 2010, pp. 479–483. CJUE aff. C-173/09 Elchinov, Rec. 2010, I-8889.

103 CJCE aff. 148/78 Ratti, Rec. 1978, 1629.

104 CJCE aff. C-106/89 Marleasing, Rec. 1990, I-4135 (droit des sociétés).

105 CJCE, aff. C-14/83 Von Colson et Kaman, Rec. 1984, 1891 (égalité entre hommes et femmes).

CJCE aff. C-12/08 Mono Car Styling SA, Rec. 2009, I-6653 (information et consultation du personnel en cas de licenciements collectifs).

discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle en ce qui concerne l'emploi et le travail. Elle porte «création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail». Comme son nom l'indique, cette directive fixe un cadre sans donner beaucoup de précisions sur les droits qu'elle garantit. Il n'empêche que la jurisprudence rendue à son sujet est abondante et a permis de dégager, c'est important de le souligner, plusieurs droits directement invocables¹⁰⁶.

On voit donc que le droit dérivé est lui aussi d'une certaine complexité; l'effet juridique qu'il déploie ne correspond pas toujours exactement à la nomenclature prévue par le traité (notamment par l'art. 288 TFUE = ex-art. 249 TCE) ni aux intentions du législateur telles qu'elles transparaissent dans les textes en question. Si nous n'allons donc pas rappeler toute la série des sources qui est amplement décrite en doctrine, il faut au moins ponctuellement revenir sur les propriétés des textes. Comme indiqué plus haut, l'application des règlements 883/2004 et 987/2009 a parfois abouti à des solutions qui s'appuient sur l'argument selon lequel le texte contient une lacune voulue. Ces solutions ne sont pas favorables aux personnes qui ont exercé leur droit à la libre circulation¹⁰⁷; elles concernent plusieurs branches des assurances sociales, avant tout l'assurance-vieillesse et survivants, l'assurance-invalidité ainsi que l'assurance-accident, et les personnes concernées subissent les effets d'une coordination qui ne va pas au bout des choses. Aussi convient-il de revenir sur l'interprétation des actes et sur les principes structurels qui prévalent dans ces domaines¹⁰⁸.

V. Délimitation par rapport aux aspects déjà traités dans d'autres études

La doctrine du droit social européen est bien établie et se focalise généralement sur les mêmes sujets que la présente contribution. Elle souligne l'importance des libertés fondamentales¹⁰⁹, celle de la libre circulation des travailleurs notamment¹¹⁰, expose les mécanismes de la coordination sociale¹¹¹ et traite des mesures prises dans le cadre de la politique sociale¹¹². Comme les arrêts de la

106 Voir, par exemple, CJCE aff. C-267/06 Maruko, Rec. 2008, I-1757, consid. 73 et CJCE aff. C-147/08 Römer, Rec. 2011, I-3591, consid. 56 (arrêts concernant des discriminations en raison de l'orientation sexuelle).

107 Voir ci-dessous point C.I.1.

108 Voir ci-dessous points C.I.1., C.I.2., C.I.3., C.I.4, C.II.

109 CLAAS BIRKEMEYER, *Die unmittelbare Drittewirkung der Grundfreiheiten*, Europarecht 2010, pp. 662 ss.

110 CHRISTINE KADDOUS/DIANE GRISEL, *Libre circulation des personnes et des services*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2012.

111 EBERHARD EICHENHOFER, *Sozialrecht der Europäischen Union*, 5^e éd. Erich Schmidt Verlag, Berlin 2013.

112 Sylvie HENNION, *Droit social européen et international*, Puf. Paris 2013.

Cour de Justice sont nombreux dans le domaine, les commentaires sont eux aussi assez fréquents. On constate à cet égard un intérêt croissant ces dernières années pour les questions relevant de l'interdiction des discriminations en raison de l'âge et certains aspects du droit du travail. Dans la doctrine suisse, la coordination des systèmes de sécurité sociale est clairement au centre de l'intérêt, l'application des règlements 883/2004 et 987/2009 aux régimes AVS/AI, LAMal, LAA, l'assurance-chômage etc. Le sujet est d'actualité depuis que la Suisse est liée au système européen par l'Accord sur la libre circulation des personnes. A notre connaissance, aucune publication ne s'est pour l'instant concentrée sur la question abordée dans ce rapport. La bibliographie ci-jointe donne une idée de l'étendue de la discussion.

Nos propres études se sont d'abord concentrées sur les apports du Traité de Maastricht (1992 – entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1993), le principe de subsidiarité notamment, et les implications de l'Espace économique européen (1992 – entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994), puis plus tard sur les bilatérales (1999 – entrée en vigueur le 1^{er} juin 2002). La protection sociale des migrants, des frontaliers et des travailleurs détachés était alors au centre des préoccupations et l'essentiel de nos recherches antérieures fut donc consacré à la libre circulation des personnes ainsi qu'à la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale. La matière a évolué sans fondamentalement changer et les leçons tirées tout au long de ces travaux ont été directement utiles au présent rapport. Parmi les leçons répétées, on citera celle concernant l'importance des traités, des droits qui en découlent et qui s'imposent face aux règles de rang inférieur. Alors qu'en 1992 l'accès aux soins à l'étranger, par exemple, était encore soumis à un régime d'autorisation préalable stricte, la libre prestation des services y ouvre directement accès dès 1996¹¹³. On a aussi vu des actes législatifs ne pas résister au contrôle de conformité avec les traités, et certaines prestations sociales devoir finalement être versées aux personnes résidant à l'étranger quand bien même les règlements pertinents prévoyaient une dérogation au principe d'exportation¹¹⁴; ces exceptions étaient nulles et non avenues parce qu'elles portaient atteinte au droit supérieur, au droit à l'égalité de traitement¹¹⁵ et à la libre circulation des travailleurs notamment¹¹⁶.

Nous avons assisté également à un processus de codification, dans la mesure où des solutions retenues d'abord par la Cour de Justice de l'UE ont été reprises ensuite par le législateur; c'est vrai pour le principe dit «*Petroni*»¹¹⁷, la recon-

113 CJCE aff. C-158/96 Kohll, Rec. 1998, I-1931; CJCE aff. C-120/95 Decker, Rec. 1998, I-1831; (libre prestation des services et libre circulation des marchandises).

114 CJCE aff. C-215/99 Jauch, Rec. 2001, I-1901.

115 CJCE aff. 41/84 Pinna I, Rec. 1986, 1; CJCE aff. 359/87 Pinna II, Rec. 1989, 585, consid. 13.

116 CJCE aff. C-215/99 Jauch, Rec. 2001, I-1901.

117 CJCE aff. 24/75 Petroni, Rec. 1975, 1149; CJCE aff. C-227/89 Rönfeldt, Rec. 1991, I-323; voir maintenant art. 8 règlement 883/2004.

naissance des documents établis à l'étranger¹¹⁸, de manière plus générale l'obligation de reconnaître tout fait étranger juridiquement pertinent¹¹⁹, pour ne nommer quelques exemples. Au vu de ces éléments et dans l'ensemble, le droit social européen est devenu une matière solide avec des règles et principes bien établis. Notre ouvrage sur le droit social européen, notamment, rédigé peu avant cet article, constate l'apparition d'un système juridique et la portée des principes généraux transversaux. Le rapport élaboré pour la Société suisse des juristes est une bonne occasion d'approfondir cet aspect et de le mettre en rapport avec le droit suisse. Certaines répétitions sont toutefois inévitables; la description des différentes parties du droit social européen de même que les références à la jurisprudence se recoupent avec nos ouvrages antérieurs et il ne faut pas s'attendre à beaucoup de nouvelles découvertes.

C. Les pièces du système: la libre circulation, la politique sociale, la non-discrimination

Comme indiqué ci-dessus, le droit social européen se compose principalement de trois domaines qui sont (I.) les règles nécessaires à la mise en œuvre de la libre circulation («*freizüigkeitsspezifisches Sozialrecht*»), (II.) celles adoptées dans le cadre de la politique sociale de l'Union et (III.) le droit à la non-discrimination.

Pour des raisons chronologiques, nous plaçons la politique sociale avant la non-discrimination puisque la première, on l'a dit, était le point de départ de la deuxième. Il faut toutefois d'emblée préciser que le rôle moteur des droits individuels est plus marqué en matière de non-discrimination, notamment en matière d'égalité des salaires entre hommes et femmes où une règle du traité s'applique directement entre personnes privées. La différence est due au fait, on le verra plus loin, que les actes adoptés dans le cadre de la politique sociale régissent des aspects souvent techniques et assez détaillés du droit du travail; ceux-ci nécessitent une plus grande intervention du législateur que l'égalité des rémunérations, qui constitue comme on le sait un droit fondamental à effet horizontal¹²⁰. La libre circulation, par laquelle nous commençons, doit également être rangée dans les droits fondamentaux¹²¹.

¹¹⁸ CJCE aff. 22/86 Rindone, Rec. 1987, 1339; CJCE aff. C-45/90 Paletta I Rec. 1992, I 3423; voir maintenant art. 8 règlement 883/2004; CJCE aff. C-202/97 Fitzwilliam, Rec. 2000, I-883; voir, entre autres, art. 5 règlement 987/2009.

¹¹⁹ CJCE aff. C-135/99 Elsen, Rec. 2000, I-10409; voir maintenant art. 5 règlement 883/2004.

¹²⁰ Art. 8 al. 3, 3^e phrase Cst., RS 101.

¹²¹ CJCE aff. 222/86 Heylens, Rec. 1987, 4097.

I. Le droit social de la libre circulation des personnes

1. *Le droit à la libre circulation*

Prenons d'abord l'affaire *Unger*, jugée en 1964¹²². Elle nous amène dans le domaine qui intéresse le plus directement la Suisse puisqu'elle concerne la coordination des systèmes de sécurité sociale. La Suisse, rappelons-le, applique actuellement les règlements UE 883/2004 et 987/2009 en vertu de l'Accord sur la libre circulation des personnes (voir art. 8 ALCP ainsi que l'annexe II ALCP)¹²³. L'arrêt, relaté ci-dessous, portait sur un cas qui relevait de l'ancien droit, à savoir des règlements n° 3 et n° 4 adoptés en 1959 et depuis longtemps abrogés¹²⁴. Mais les principes qu'il avait dégagés restent valables.

L'affaire est vite racontée, la solution retenue aussi: une dame est assurée aux Pays-Bas où elle a travaillé avant de subir une incapacité de travail. Lors d'un séjour en Allemagne, qu'elle effectue pour des raisons purement privées, elle tombe malade. Une fois de retour aux Pays-Bas, elle demande les indemnités de maladie à l'assureur néerlandais qui refuse au motif que le règlement n° 3, base légale du remboursement, ne serait en l'espèce pas applicable. C'est alors que la Cour s'exprime, pour la première fois, sur la portée de la libre circulation, jugeant que «l'établissement d'une liberté aussi complète que possible de la circulation des travailleurs, s'inscrivant dès lors dans les fondements de la Communauté, constitue (...) le but principal de l'article 51 [actuellement art. 48 TFUE relatif à la coordination des systèmes de sécurité sociale] et, de ce fait, conditionne l'interprétation des règlements pris en application de cet article (...)»¹²⁵. Elle en déduit que la notion de travailleur doit avoir une portée communautaire (supranationale) car «les articles 48 à 51 seraient (...) privés de toute portée et les buts (...) du traité mis en échec si le contenu d'un tel terme pouvait être unilatéralement fixé et modifié par le droit interne»¹²⁶.

Sans revenir sur l'entier de l'affaire, on retient que la libre circulation est un droit (la Cour de Justice le reconnaît ici pour la première fois). Le constat est essentiel pour la suite car l'entier du système est construit sur cette base-là. On remarque, et c'est aussi essentiel, que les règles de coordination servent à garantir la mise en œuvre effective d'un droit et qu'il faut par conséquent les interpréter en tenant compte de ce but. L'interprétation conforme au but, notamment, signifiait en l'espèce qu'il fallait faire abstraction du droit néerlandais

122 CJCE aff. 75/63 Unger, Rec. 1964, 347.

123 La Suisse applique plus précisément une législation dite «équivalente» mais qui est en réalité quasi identique aux textes valables pour l'UE. Certaines différences proviennent du fait que la version applicable en Suisse n'est pas à jour.

124 Rappelons aussi que les règlements CEE 3 et 4 furent remplacés par les règlements 1408/71 et 574/72 qui furent à leur tour remplacés par les règlements 883/2004 et 987/2009.

125 CJCE aff. 75/63 Unger, Rec. 1964, 347, p. 362; pour ces très anciens arrêts, nous nous référons aux numéros de page parce que l'utilisation des numéros marginaux n'était pas encore d'usage à cette époque.

126 CJCE aff. 75/63 Unger, Rec. 1964, 347, p. 363.

pour connaître la portée de la notion de «travailleur»; la Cour retient que celle-ci est européenne et non pas nationale. Plus tard, cette méthode sera appliquée à d'autres notions, comme celle de «sécurité sociale», dont dépend l'application ou non des règlements de coordination¹²⁷. Mais l'«interprétation conforme au but» ne se limite pas à donner une portée communautaire à certaines notions. Elle veut dire bien plus: elle peut nécessiter qu'on ouvre le champ d'application territorial des règlements 883/2004 et 987/2009 (aux personnes qui se trouvent momentanément dans un État tiers¹²⁸) ou qu'on examine avec rigueur les conditions qui permettent aux États d'échapper à certains principes (on sait que le principe d'exportation souffre quelques dérogations qui font l'objet d'un contrôle juridictionnel sévère et doivent, pour reprendre les propos de la Cour, «être interprétées de manière stricte»¹²⁹). Il arrive même qu'on doive laisser les règles de coordination inappliquées, lorsqu'elles s'avèrent contraires au but dans le cas concret. Mais avant d'exposer ces aspects, il faut encore insister sur une autre leçon à tirer de l'affaire *Unger*.

L'affaire *Unger* montre en effet, même si l'arrêt de la Cour n'en parle pas explicitement, que les règles de coordination ne s'appliquent pas seulement aux personnes qui se déplacent dans le contexte d'une activité professionnelle. La dame en question était en visite chez ses parents et sa situation ne correspondait donc pas à celle apparemment visée par l'art. 45 TFUE (= ex-art. 39 TCE; ex-art. 48 TCEE). Cette disposition parle de «libre circulation des travailleurs (...) à l'intérieur de l'Union» et évoque donc le cas du travailleur migrant, du frontalier pour le moins ou de gens qui travaillent dans plusieurs États membres à la fois. En droit social, cette vision est trop étroite. La coordination des systèmes de sécurité sociale protège toute personne assurée dans un État membre, peu importe le motif du déplacement; il en était ainsi en 1964 déjà et le droit actuellement en vigueur est entièrement fidèle à ce concept¹³⁰. Les nouveaux règlements sont même plus que jamais indifférents au statut économique des personnes; ils s'appliquent «aux ressortissants de l'un des États membres (...) qui sont ou ont été soumis à la législation d'un ou de plusieurs États membres (...)» (art. 2 règlement 883/2004), ce qui peut inclure des hommes et des femmes au foyer, des étudiants, des personnes à la retraite, des chômeurs, etc. Comme dans l'affaire jugée en 1964, les règles de coordination profitent à ces personnes pour la simple raison qu'elles sont couvertes par la sécurité sociale

127 CJCE C-160/96 Molenaar, Rec. 1998, I-843.

128 CJCE aff. C-60/93 Aldewereld, Rec. 1994, I-2991; CJCE aff. C-331/06 Chuck, Rec. 2008, I-1957. Dans l'ATF 139 V 216, le Tribunal fédéral s'est référé à l'arrêt Aldewereld pour appliquer les règlements de coordination européens à un ressortissant français domicilié en Suisse, exerçant une activité lucrative en Bulgarie.

129 CJCE aff. C-43/99 Leclere, Rec. 2001, I-4265 (allocation de maternité luxembourgeoise exportable); CJCE aff. C-215/99 Jauch, Rec. 2001, I-1901 (allocation de dépendance exportable).

130 Voir, par exemple, CJCE aff. C-326/00 IKA, Rec. 2003, I-1703; dans un contexte autre que de couverture maladie: CJUE aff. C-140/12 Brey, Rec. 2013, I-00000, non encore publié au recueil officiel (conditions de ressources pour titulaires de pension).

d'un État membre, qu'elles ont des droits vis-à-vis des autorités de sécurité sociale d'un État membre, qu'elles sont sujets de droit à part entière – non seulement en droit interne, ce qui va de soi, mais aussi en droit européen. Ce champ d'application inclut aussi les membres de la famille, les enfants notamment, qui peuvent dès lors invoquer toutes les règles de coordination sauf celles qui sont spécifiques aux travailleurs (les règles sur le chômage, par exemple). Des incertitudes qui existaient à ce sujet ont pu être évacuées et le Tribunal fédéral a d'ailleurs suivi la Cour de Justice sur ce point, sans toutefois le dire expressément¹³¹. Autrement dit, la libre circulation des personnes est bien le véhicule qui permet de réaliser le marché intérieur («marché commun» à l'époque de l'affaire *Unger*), mais l'individu lui ne l'est pas. Il est porteur de droits (parfois d'obligations) qui découlent directement du droit européen. Avec cet arrêt de 1964, qui est d'ailleurs dans la ligne des fameux arrêts *Van Gend & Loos* et *Costa/ENEL* datant de la même époque, une première pierre du droit social européen est posée; d'autres suivront, confirmant la jurisprudence quelques années plus tard.

Mais revenons au constat précédent: la coordination sociale est au service des personnes qui circulent; à leur service uniquement, aimeraient-on ajouter au regard de l'évolution ultérieure. La suite, c'est l'affaire *Petroni*, jugée en 1975, qui relève du domaine des pensions et concerne la totalisation des périodes d'assurance¹³².

L'histoire est celle d'une veuve italienne dont le défunt mari avait travaillé en Belgique et qui avait vu sa rente de veuve belge réduite – non pas parce que les droits italien et belge étaient mal coordonnés, mais parce que l'application des règlements 1408/71 et 574/72, alors en vigueur, conduisait à un résultat moins favorable que l'application du seul droit belge. En pareille hypothèse, la Cour a retenu qu'il faut faire abstraction du droit social européen car il ne remplit pas du tout son but. L'appliquer conduirait à priver le justiciable de droits garantis par l'ordre juridique national, ce qui serait loin d'encourager la libre circulation des personnes.

Le raisonnement est si convaincant qu'il a conduit le législateur à modifier les règlements. A partir de ce moment-là, c'est à dire depuis les années 1970, les institutions de sécurité sociale doivent procéder à un double calcul: elles doivent d'abord totaliser les périodes accomplies dans tous les États (montant théorique) puis calculer la quote-part de leurs obligations (montant effectif); lorsque le droit aux prestations est donné sans qu'il soit nécessaire de totaliser les périodes accomplies à l'étranger, l'autorité calculera ses prestations d'abord en vertu du seul droit national, appliquera ensuite le procédé décrit ci-dessus et retiendra enfin le montant le plus élevé¹³³. De plus, le principe *Petroni* a été

131 ATF 133 V 320.

132 CJCE aff. 24/75 *Petroni*, Rec. 1975, 1149.

133 Art. 52 règlement 883/2004 (anciennement art. 46 règlement 1408/71).

étendu au-delà du domaine des rentes de vieillesse, invalidité et survivants. Il est en effet valable aussi pour le rapport entre le droit européen et le droit international, le juge devant le cas échéant écarter les règlements UE si une convention bilatérale de sécurité sociale est plus favorable à l'assuré. Ce procédé, d'ailleurs aussi pratiqué par le Tribunal fédéral, est admis depuis longtemps et a été codifié en 2005; il n'appelle donc pas plus de commentaires. Il a aussi trouvé application en 2004 dans le domaine de l'assurance-maladie, la Cour ayant précisé que les caisses-maladie peuvent bien entendu rembourser plus que le strict minimum exigé par le règlement¹³⁴; la règle a d'ailleurs également été codifiée dans ce domaine-là¹³⁵. Mais l'histoire ne s'arrête pas là. En 2008, elle culmine dans l'affaire *Brigitte Bosmann* (à ne pas confondre avec l'affaire du footballeur *Bosman* jugée une dizaine d'années plus tôt¹³⁶)¹³⁷. La Cour de Justice y confirme sa jurisprudence tout en ajoutant un élément nouveau.

Madame *Bosmann* est mère d'un enfant et réside en Allemagne. Avec cet état de fait, elle remplit toutes les conditions pour l'octroi d'une allocation familiale allemande¹³⁸. Le jour, néanmoins, où elle commence une activité lucrative aux Pays-Bas, les institutions allemandes suppriment l'allocation. La solution est présentée comme inévitable: Brigitte est dorénavant soumise à la sécurité sociale néerlandaise et les institutions de ce pays sont seules compétentes pour lui fournir une quelconque protection sociale (art. 11 al. 3 règlement 883/2004). Mais la *lex loci laboris* n'est pas une règle absolue. Elle fait partie d'un système qui veut favoriser la libre circulation et ne doit pas, la Cour le rappelle une fois de plus, réduire des droits qui découlent de la législation nationale, le droit allemand en l'espèce. Du moment que celui-ci n'érige pas d'autres conditions que d'être mère d'un jeune enfant et de résider sur le territoire allemand, le règlement 883/2004 ne saurait empêcher l'octroi de la prestation¹³⁹.

La solution adoptée dans l'affaire *Bosmann*, que la Cour a confirmé depuis¹⁴⁰, n'est pas anodine. Elle passe outre le fait qu'une personne est soumise

134 CJCE aff. C-193/03 *Bosch*, Rec. 2004, I-9911.

135 Règlement 987/2009, consid. 17: «Le présent règlement, et en particulier les dispositions relatives au séjour hors de l'État membre compétent et aux soins programmés, ne devrait pas empêcher l'application de dispositions nationales plus favorables, notamment pour ce qui est du remboursement des frais supportés dans un autre État membre».

136 CJCE aff. C-415/93 *Bosman*, Rec. 1995, I-4921.

137 CJCE aff. C-352/06 *Brigitte Bosmann*, Rec. 2008, I-3827.

138 CJCE aff. C-352/06 *Brigitte Bosmann*, Rec. 2008, I-3827, consid. 8, qui reproduit la loi allemande applicable en l'espèce: «Toute personne ayant en Allemagne un domicile ou sa résidence habituelle a droit en faveur des enfants (...), aux allocations familiales conformément à la présente loi», art. 62 § 1 point 1 de la loi relative à l'impôt sur le revenu (Einkommenssteuergesetz).

139 Voir aussi, au sujet de cet arrêt et de la jurisprudence qui a suivi, STAMATIA DEVETZI, Von «*Bosmann*» zu «*Hudzinski*» und «*Wawrzyniak*» – Deutsches Kindergeld in Europa. ZESAR 2012, pp. 447 ss.

140 CJUE aff. jtes C-611/10 et 612/10 *Hudzinski et Wawrzyniak*, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

à la législation d'un autre État membre et met donc en échec les règles sur les conflits de lois. Ces règles sont essentielles pour garantir la coordination des systèmes de sécurité sociale; il s'agit de savoir avec précision dans quel pays une personne est assurée, pour éviter cumuls inutiles et lacunes de protection. Il faudrait d'ailleurs qu'elles soient «aveugles» du résultat¹⁴¹, comme d'autres règles de conflit, si l'on veut éviter le «law shopping». Pourtant, elles ne sont pas absolues et n'empêchent pas de s'interroger sur les effets qu'elles déploient dans le cas concret. D'après l'interprétation choisie par la Cour, il faut toujours examiner si l'ordre juridique invoqué confère des droits et à quelles conditions. Si les conditions sont remplies, ce qu'il appartient aux juridictions nationales d'examiner¹⁴², l'assujettissement au droit d'un autre État membre ne s'oppose pas à l'octroi de la prestation. Il s'agit d'une conséquence logique du principe *Petroni* et le Tribunal fédéral, suivant cette logique, l'a d'ailleurs déjà appliquée; dans un arrêt non publié aux ATF, il a donné tort à l'assureur LAA qui voulait supprimer l'indemnité journalière au motif que la bénéficiaire était soumise au droit allemand¹⁴³.

Le développement susmentionné est aussi une conséquence logique de la nature des droits invoqués. Dans l'arrêt *Unger*, la Cour de Justice ne s'exprime pas encore expressément sur l'effet direct de la libre circulation; mais elle appuie son raisonnement sur les règles du traité y relatives (art. 48 et 51 TCEE, aujourd'hui devenus art. 45 et 48 TFUE). Peu importe, d'ailleurs, si l'arrêt en question est vraiment le premier à reconnaître un effet direct à la libre circulation. La portée juridique de la libre circulation des personnes est connue et admise depuis longtemps. Dès les années 1970, la Cour a souligné que la libre circulation des travailleurs a qualité de «principe fondamental» dans l'ordre juridique européen¹⁴⁴. Dix ans plus tard, elle a précisé les choses en qualifiant la libre circulation de «droit fondamental»¹⁴⁵ – donc un droit directement conféré à l'individu et ayant rang constitutionnel. Quant au cercle des bénéficiaires, il faut rappeler que la libre circulation des travailleurs vise toute personne exerçant une activité salariée, qu'il s'agisse d'un plein temps ou d'un temps partiel¹⁴⁶; elle inclut les saisonniers et les frontaliers¹⁴⁷, les personnes qui gagnent leur vie comme sportifs professionnels¹⁴⁸,

141 Sur le point de savoir si la fameuse «Augenbinde Savignys» est encore valable de nos jours, voir, entre autres LEANDER D. LOACKER, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht*, Sellier éditions, Frankfurt a.M. 2006, p. 2.

142 CJCE aff. C-352/06 Brigitte Bosmann, Rec. 2008, I-3827, consid. 28.

143 Tribunal fédéral, 8C_468/2009, consid. 3.5.2.

144 CJCE aff. 118/75 Watson et Belmann, Rec. 1976, 1185.

145 CJCE aff. 222/86 Heylens, Rec. 1987, 4097; l'arrêt est plus ancien que la Charte des droits fondamentaux de l'UE qui incorpore la droit à la libre circulation (celle-ci avait été adoptée en 2000 et est devenue partie intégrante des traités fondateurs en 2007).

146 CJCE aff. 53/81 Levin, Rec. 1982, 1035; CJCE aff. 139/85 Kempf, Rec. 1986, 1741.

147 CJCE aff. C-57/96 Meints, Rec. 1997, I-6689.

148 CJCE aff. C-325/08 Bernard, Rec. 2010, I-2177; CJCE aff. C-415/93 Bosman, Rec. 1995, I-4921; CJCE aff. 36/74 Walrave, Rec. 1974, 1405.

comme fonctionnaires internationaux¹⁴⁹ ou européens¹⁵⁰; la notion recouvre aussi les personnes qui se trouvent encore ou à nouveau en formation professionnelle¹⁵¹ de même que d'anciens travailleurs¹⁵², les individus désireux de recommencer des études sur le tard¹⁵³, les chômeurs¹⁵⁴ et autres personnes à la recherche d'un emploi.

On sait aussi, et ce depuis longtemps, que le droit à la libre circulation a une portée large quant aux domaines concernés, qu'il permet aux non-résidents d'accéder à l'enseignement universitaire¹⁵⁵, y compris le droit de recevoir l'assistance sociale de l'État membre d'accueil¹⁵⁶; il permet de s'opposer à des clauses de résidence concernant des prestations sociales¹⁵⁷. En vertu de l'art. 4 al. 3 TFUE (= ex-art. 10 TCE; ex-art. 5 TCEE), en effet les États membres «prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités (...) et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union»¹⁵⁸.

Précisons encore que la matière est réglementée par des actes de droit dérivé, notamment par la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres (JO 2004 L 158/77 et son rectificatif au JO 2004 L 229/35). Comme dans d'autres domaines, le législateur européen a voulu par ce biais contrebalancer certains effets de la jurisprudence; ainsi, en matière de bourses d'entretien pour étudiants, la directive permet à l'État membre d'accueil de refuser l'octroi de telles bourses avant l'acquisition du titre de séjour permanent (art. 24).

Nous ne pouvons certes pas brosser ici le tableau complet, d'autant qu'il s'agit uniquement de traiter du domaine de la sécurité sociale. Ajoutons toutefois que le droit à la libre circulation s'applique aussi aux rapports horizontaux en ce sens que le travailleur peut le faire valoir face aux personnes privées, à des entités notamment dont la position juridique ou économique est susceptible de constituer une entrave au marché intérieur. Dans certains arrêts relativement anciens déjà, la Cour avait en effet reconnu l'application horizontale vis-à-vis d'associations sportives¹⁵⁹. Elle l'a admise plus tard face à une institution ban-

149 CJCE aff. C-389/87 Moritz et Echternach, Rec. 1989, I-723.

150 CJCE aff. C-411/98 Ferlini, Rec. 2000, I-8081.

151 CJCE aff. C-43/99 Leclere, Rec. 2001, I-4265.

152 CJCE aff. C-413/01 Ninni-Orasche, Rec. 2003, I-13187.

153 CJCE aff. 293/83 Gravier, Rec. 1985, 593.

154 CJCE aff. C-171/91 Tsiotras, Rec. 1993, I-2925.

155 CJCE aff. C-78/08 Bressol, Rec. 2010, I-2735 (numerus clausus/étudiants non résidents).

156 CJCE aff. C-184/99 Grzelczyk, Rec. 2001, I-6193; Voir aussi déjà CJCE aff. C-85/96 Martinez Sala, Rec. 1998, I-2691 et CJCE aff. C-456/02 Trojani, Rec. 2004, I-7573.

157 CJCE aff. C-221/07 Zablocka-Weyhermüller, Rec. 2008, I-9029.

158 CJCE aff. 222/86 Heylens, Rec. 1987, 4097, consid. 12.

159 CJCE aff. 36/74 Walrave et Koch, Rec. 1974, 1405; CJCE aff. 13/76 Donà, Rec. 1976, 1333 et CJCE aff. C-415/93 Bosman, Rec. 1995, I-4921; CJCE aff. C- 325/08 Bernard, Rec. 2010, I-2177.

caire agissant comme employeur également tenue d'observer le droit à la libre circulation¹⁶⁰. Plus récemment, elle l'a fait à l'égard d'institutions privées à but scientifique¹⁶¹. La question de l'effet horizontal est superflue lorsqu'il s'agit d'invoquer l'égalité entre travailleurs nationaux et étrangers; ce droit est garanti par le règlement UE 492/2011¹⁶² (anciennement règlement 1612/68) qui est, comme tout règlement UE, directement applicable. En matière de sécurité sociale, les obligations relevant de la libre circulation incombent naturellement aux institutions sociales, qui sont principalement de droit public; l'employeur est toutefois lié lui aussi, du moment qu'il remplit une tâche en lieu et place des institutions de sécurité sociale (par exemple verser le salaire en cas d'incapacité de travail en attendant que l'assurance sociale prenne le relai¹⁶³).

2. *Le droit à la libre circulation dans l'ALCP*

Disons aussi encore un mot sur les rapports entre la Suisse et l'UE, surtout dans la mesure où la situation n'est pas complètement identique à celle qui prévaut à l'intérieur de l'Union. Certaines différences sont dues au fait que l'ALCP ne s'étend pas à la question de la citoyenneté européenne, qui confère un «statut fondamental», indépendant de l'exercice d'une activité lucrative¹⁶⁴. La citoyenneté européenne est un droit, certes soumis à diverses conditions. Elle sert aussi directement de base juridique à certaines positions comme le droit de s'établir dans l'État membre de son choix, même en dehors d'une activité lucrative, sans y subir de discriminations en raison de la nationalité¹⁶⁵, et ces droits ne sont pas tous transposables à l'ALCP. Il faut en effet examiner dans chaque cas si un droit invoqué découle exclusivement de la citoyenneté européenne; si tel est le cas, il n'est pas pertinent. Si en revanche il est déduit à la fois de la citoyenneté et d'une autre règle du TFUE qui trouve son équivalent dans l'ALCP, il faut l'appliquer. Cela est vrai notamment pour le droit de circuler, puisque celui-ci est certes lié à la citoyenneté, mais pas exclusivement: il est aussi rattaché à la libre circulation des travailleurs et à la liberté d'établissement, qui trouvent leurs homologues dans l'ALCP. Cet accord couvre d'ailleurs aussi les personnes sans activité lucrative (art. 1 ALCP, voir aussi art. 24 annexe I ALCP en ce qui concerne les ressources économiques que ces personnes doivent posséder). Dès lors, dans l'ensemble, les droits rattachés à la

160 CJCE aff. C-281/98 Angonese, Rec. 2000, I-4139. Notons que la situation est plus simple ici puisque le règlement 492/2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union (ancien règlement 1612/68) est directement applicable

161 CJCE aff. C-94/07 Raccanelli, Rec. 2008, I-5939 («Max-Planck-Gesellschaft»).

162 Règlement (UE) N°492/2011 du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union, JO 2011 L 141/1.

163 CJCE aff. C-45/90 Paletta I Rec. 1992, I 3423.

164 CJCE aff. C-413/99 Baumbast, Rec. 2002, I-7091.

165 CJCE aff. C-85/96 Martinez Sala, Rec. 1998, I-2691; CJCE aff. C-184/99 Grzelczyk, Rec. 2001, I-6193; CJCE aff. C-413/99 Baumbast, Rec. 2002, I-7091.

libre circulation des personnes en droit européen et dans l’ALCP sont équivalents. Ceci correspond du reste au but visé par l’accord, qui consiste à réaliser la libre circulation telle qu’elle est en vigueur à l’intérieur de l’UE (ainsi expressément le préambule de l’ALCP).

La jurisprudence est toutefois contrastée. Dans ses premiers arrêts, la Cour de Justice a refusé d’accorder une portée équivalente aux droits ancrés dans l’accord, disant que la Suisse n’ayant pas voulu ratifier l’Accord sur l’Espace économique européen, elle a donc renoncé à adhérer au marché intérieur et que «par conséquent, l’interprétation donnée aux dispositions de droit de l’Union concernant ce marché ne peut être automatiquement transposée à l’interprétation de l’accord (...)¹⁶⁶»¹⁶⁷. Elle en a déduit entre autres que l’accord, plus particulièrement l’art. 2 ALCP, «ne vise que l’hypothèse d’une discrimination en raison de la nationalité à l’encontre d’un ressortissant d’une partie contractante sur le territoire d’une autre partie contractante»¹⁶⁸. Quant à l’art. 25 annexe I ALCP, une concrétisation de l’art. 2 ALCP, il s’applique aux personnes physiques uniquement¹⁶⁹. Plus récemment, en matière de fiscalité directe, la Cour a permis à un couple de ressortissants allemands de faire valoir l’accord (art. 1 ALCP et art. 9 annexe I ALCP) à l’encontre des autorités allemandes. Il s’agissait d’une loi qui refusait l’imposition conjointe («*splitting*») pour le seul motif que les époux résidaient à l’étranger, en Suisse dans le cas concret¹⁷⁰. Dans un arrêt plus récent, relevant de la coordination des systèmes de sécurité sociale, la Cour a également choisi une approche «communautaire» en mettant en avant l’effet utile de l’accord, notamment de l’art. 8 ALCP¹⁷¹. Elle a admis que cette règle a un but identique à l’art. 48 TFUE (= ex-art. 42 TCE) qui se focalise sur l’exercice effectif du droit à la libre circulation des personnes¹⁷². Ce droit serait mis en échec dans de nombreuses situations si un État membre pouvait refuser de l’appliquer aux personnes qui reviennent dans leur pays après avoir travaillé en Suisse¹⁷³.

Dans le cas en question, Madame *Bergström*, une ressortissante suédoise, s’était installée en Suisse pour y travailler durant presque dix ans avant de re-

¹⁶⁶ CJCE aff. C-351/08 Grimme, Rec. 2009, I-10777, consid. 27 et 29; CJUE aff. C-541/08 Fokus Invest, Rec. 2010, I-1025, consid. 28. Dans l’affaire *Bergström*, en revanche, la Cour a reconnu que l’interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité peut être invoquée même si la personne ne réside pas sur le territoire de la partie contractante en question, CJUE aff. C-257/10 *Bergström*, Rec. 2011-00000, consid. 30.

¹⁶⁷ CJCE aff. C-351/08 Grimme, Rec. 2009, I-10777; CJUE aff. C-541/08 Fokus Invest, Rec. 2010, I-1025; CJUE aff. C-70/09 Hengartner et Gasser, Rec. 2010, I-7233

¹⁶⁸ Concernant l’art. 9 al. 2 annexe I ALCP: CJUE aff. C-351/08 Grimme, Rec. 2009, I-10777, consid. 48. Concernant l’art. 2 ALCP: CJUE aff. C-257/10 *Bergström*, Rec. 2011, I-00000, consid. 30, non encore publié au recueil officiel.

¹⁶⁹ CJUE aff. C-541/08 Fokus Invest, Rec. 2010, I-1025.

¹⁷⁰ CJUE aff. C-425/11 Ettwein, Rec. 2013, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

¹⁷¹ CJUE aff. C-257/10 *Bergström*, Rec. 2011, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

¹⁷² CJUE aff. C-257/10 *Bergström*, Rec. 2011, I-00000, consid. 44.

¹⁷³ CJUE aff. C-257/10 *Bergström*, Rec. 2011, I-00000, consid. 44.

tourner dans son pays. Elle n'y a pas repris d'activité lucrative mais a décidé de s'occuper de son enfant né en 2002. Les autorités suédoises lui refusent alors l'octroi d'une allocation parentale, motif pris «qu'elle n'avait pas exercé d'activité professionnelle en Suède au cours des 240 jours ayant précédé l'accouchement». Un recours introduit par Madame *Bergström* est rejeté au motif que la prestation demandée est «liée à l'exercice d'une activité professionnelle et que, pour avoir droit à celle-ci, il fallait que l'assuré social ait personnellement travaillé en Suède à une époque suffisamment proche dans le temps de la période pour laquelle le bénéfice de la prestation était demandé». Ce raisonnement est bien sûr contraire à l'art. 72 du règlement 1408/71 et doit être écarté. Madame *Bergström* a clairement droit à la reconnaissance («totalisation») des périodes accomplies en Suisse.

Examinons néanmoins plus amplement les motifs que la Cour de Justice a retenus dans l'affaire *Bergström*. Ils sont à notre avis intéressants pour deux raisons principalement.

Premièrement, la Cour s'appuie sur le but du règlement 1408/71 (remplacé entre temps par le règlement 883/2004). Ce but consiste, on l'a vu ci-dessus, à établir la libre circulation des travailleurs¹⁷⁴. Elle ajoute ensuite que cette interprétation est valable dans le contexte de l'ALCP qui, lui aussi, vise à assurer la libre circulation des personnes, entre la Suisse et l'Union¹⁷⁵. On retrouve donc ici l'argumentaire déployé dans le contexte «européen» présenté ci-dessus, qui s'appuie sur l'effet utile des règles à interpréter; celles-ci profitent directement au justiciable, lui confèrent une position juridique équivalente à un droit fondamental. Il faut en tenir compte à chaque fois qu'il s'agit d'appliquer la coordination sociale, même pour des aspects de nature technique comme l'établissement du gain assuré. On voit bien, en même temps, que l'ALCP va plus loin que d'autres accords d'association conclus par l'Union européenne, par exemple l'accord d'association avec la Turquie, qui ne garantit pas un droit à la libre circulation¹⁷⁶ et où toute la discussion tourne alors autour de l'effet direct des règles sur la coordination sociale adoptées dans ce cadre (décision 3/80 du Conseil d'association CEE-Turquie)¹⁷⁷, la question de la portée équivalente des notions restant quant à elle en retrait. Les personnes visées par l'ALCP, en revanche, ont le droit de s'établir et de travailler dans les parties contractantes; ce droit est équivalent à celui garanti en droit européen et, par conséquent, les règles sur la coordination sociale sont elles aussi équivalentes.

174 CJUE aff. C-257/10 *Bergström*, Rec. 2011, I-00000, consid. 42.

175 CJUE aff. C-257/10 *Bergström*, Rec. 2011, I-00000, consid. 43.

176 CJCE aff. 12/86 *Demirel*, Rec. 1987, 3719; CJCE aff. C-37/98 *Savas*, Rec. 2000, I-2927: l'Accord d'association UE-Turquie (JO 1964 P 217/3687) vise une réalisation graduelle de la libre circulation, fixée à l'art. 12 de l'Accord qui est qualifiée de disposition programmatique.

177 CJCE aff. C-262/96 *Sürül*, Rec. 1996, I-2685; CJCE aff. C-277/94 *Taflan-Mat*, Rec. 1996, I-4085; CJCE aff. C-294/06 *Payir*, Rec. 2008 I-203, consid. 49; CJUE aff. C-485/07 *Akdas, Agartan et al.*, Rec. 2011, I-4499.

Deuxièmement, et ceci est encore plus intéressant sous l'angle du droit suisse, la Cour constate une lacune puisque le règlement 1408/71 ne dit pas expressément (pas plus que le règlement 883/2004 d'ailleurs) quel revenu il faut prendre en compte pour calculer la prestation; en effet, la disposition qui règle cette question (art. 23 règlement 1408/71 qui correspond à l'art. 21 al. 2 règlement 883/2004) suppose que l'intéressée ait réalisé un revenu dans l'État compétent car ce gain-là détermine la prestation, et non pas celui réalisé à l'étranger¹⁷⁸. Le problème posé par le cas *Bergström* est que Madame n'avait rien gagné en Suède puisqu'elle avait uniquement travaillé en Suisse. La Cour, plutôt que de croiser les bras et de constater que la coordination européenne est muette, cherche à trouver une solution qui donne, comme elle le dit toujours, «un effet utile» au règlement. En l'espèce, il s'agit plus particulièrement de l'art. 8 let. c ALCP qui prévoit la totalisation des périodes par principe et de l'art. 72 règlement 1408/71 qui concrétise ce principe dans le domaine des prestations familiales. La solution trouvée est simple: il faut calculer le revenu de Madame *Bergström* sur la base d'une activité fictive, «en tenant compte des revenus d'une personne qui exerce, en Suède, une activité comparable à la sienne et qui dispose d'une expérience et de qualifications professionnelles également comparables à celle de l'intéressée». La méthode n'est d'ailleurs ni spectaculaire ni singulière: on sait que la loi utilise la fiction lorsque le réel n'est pas disponible¹⁷⁹ (même en droit des assurances sociales, où une connaissance des faits est généralement primordiale, on peut retrouver cette méthode, dans les textes¹⁸⁰ comme dans la jurisprudence¹⁸¹). Elle n'est pas surprenante, du moins pas dans le contexte du droit social européen. Il faut combler la lacune constatée si l'on veut que la coordination sociale fonctionne et puisse dès lors être utile aux gens qui se déplacent¹⁸². La règle sur le calcul des prestations en espèces permet au travailleur de recevoir ce à quoi il aurait eu droit s'il n'avait pas quitté le pays¹⁸³. Dans certaines circonstances, ce but est mis en échec si l'on s'en tient à la lettre. Dans le cas de Madame *Bergström*, sans revenu gagné en Suède, la règle européenne est privée de sens. Le problème s'est également posé dans d'autres cas. Quant au travailleur qui, par exemple, n'a pas travaillé

178 En matière de prestations en espèces (maladie/maternité/accidents), l'État compétent tient compte des revenus perçus pendant les périodes accomplies sous sa législation uniquement (art. 21 al. 2 et 36 al. 3 règlement 883/2004, anciennement art. 58 règlement 1408/71).

179 PETER FORSTMOSER/HANS-UELIX VOGT, *Einführung in das Recht*, 5^e éd., Stämpfli, Berne 2012, pp. 207.

180 Voir par exemple art. 9 al. 2 OLAA: «Pour autant qu'elles ne soient pas manifestement imputables à une maladie ou à des phénomènes dégénératifs, les lésions corporelles suivantes, dont la liste est exhaustive, sont assimilées à un accident, même si elles ne sont pas causées par un facteur extérieur de caractère extraordinaire (...), suivi d'une liste de lésions telles que fractures, déboîtements d'articulations, etc.

181 ATF 136 V 279: certaines atteintes à la santé sont présumées ne pas entraîner d'invalidité. Voir, pour plus de détails, nos remarques publiées dans le *Journal des Tribunaux* 2011 I 18.

182 CJCE aff. C-205/05 Nemec, Rec. 2006, I-10745, consid. 42.

183 CJCE aff. C-205/05 Nemec, Rec. 2006, I-10745, consid. 41 (jurisprudence constante).

dans l'État compétent depuis de nombreuses années, il faut le cas échéant actualiser et revaloriser le salaire perçu dans l'État compétent de sorte qu'il «corresponde au salaire que l'intéressé aurait raisonnablement pu percevoir, compte tenu de l'évolution de sa carrière professionnelle, s'il avait continué à exercer son activité dans l'État membre en cause»¹⁸⁴.

Dans de nombreuses procédures, les juridictions suisses ont suivi la jurisprudence de la Cour, y compris celle rendue après le 21 juin 1999, date déterminante de la conclusion de l'accord en vertu de l'art. 16 ALCP¹⁸⁵. Le Tribunal fédéral a enfilé comme un gant certains principes, le principe *Petroni* par exemple, comme nous l'avons vu plus haut¹⁸⁶. Parfois, il a en revanche cherché d'autres voies qui découlent du droit interne auquel le juge suisse a recours lorsque les règlements 883/2004 et 987/2009 ne contiennent pas de règles expresses. Le TF a ainsi appliqué l'art. 20 OAF pour déterminer la monnaie dans laquelle une prestation doit être versée¹⁸⁷. La règle de la bonne foi, plus précisément l'art. 27 LPGA qui fonde une obligation d'informer de l'assureur, lui a permis de résoudre des conflits négatifs de compétence¹⁸⁸. Un arrêt qui contraste avec cette jurisprudence est l'ATF 138 V 186 dans lequel le Tribunal a refusé l'égalité de traitement à une ressortissante allemande qui travaillait, pour un employeur suisse, dans un État tiers et qui réclamait l'affiliation à l'AVS; un ressortissant suisse placé dans la même situation aurait eu droit à cette affiliation. Le Tribunal fédéral avance l'argument fort: le règlement de coordination, plus particulièrement l'art. 3 règlement 1408/71 n'est pas applicable «faute de domicile dans un État membre». Il est vrai que le texte de l'article en question mentionne cette condition, bien que dans d'autres termes (il parle des personnes qui «résident sur le territoire de l'un des États membres»), et semble dès lors exclure tous les cas dans lesquels l'intéressé réside dans un État tiers.

184 CJCE aff. C-205/05 Nemec, Rec. 2006, I-10745, consid. 42. En l'espèce, un ressortissant français avait d'abord, plusieurs années durant, travaillé en France où il était exposé à l'amiante; il a ensuite travaillé en Belgique durant 10 ans avant d'être atteint par une maladie professionnelle. L'assureur français voulait alors calculer la prestation en fonction de la moyenne des salaires perçus au cours des douze derniers mois de l'activité exercée en France.

185 Dans l'ATF 136 II 5, consid. 3.4, concernant un cas de regroupement familial, le TF a annoncé qu'il ne s'écarterait pas sans raisons pertinentes des solutions adoptées par la CJUE; en matière de droit des assurances sociales, cette méthode avait déjà cours auparavant, voir p.ex. TFA H 377/01, arrêt du 25 octobre 2004, non publié aux ATF.

186 Voir, p.ex., l'arrêt du 11 mai 2010, non publié au recueil officiel, 8C_468/2009: application du principe «*Petroni*» dans le domaine de l'assurance-accidents LAA. Pour d'autres aspects, la reprise de la jurisprudence européenne par le TF en matière d'AI, voir SILVIA BUCHER, L'ALCP et les règlements de coordination de l'Union européenne: la question des mesures médicales de l'assurance-invalidité pour les enfants de frontaliers. Cahiers genevois et romands de sécurité sociale 47/2011, pp. 57 s.

187 ATF 137 V 282: application de l'art. 20 OAF.

188 Voir ATF 135 V 339 (la partie non publiée) et ATF 134 V 428, (la partie non publiée, consid. 11.4); dans l'arrêt consécutif à l'ATF 134 V 428 (TF, 8C_475/2009 du 22 février 2010, consid. 5.4), le TF a admis une violation du principe de la bonne foi par l'assureur LAA. Voir aussi, pour ce qui est de l'assujettissement à l'assurance-chômage, TF, SVR 2012, ALV N°3.

Une interprétation plus dynamique aurait néanmoins été possible, compte tenu du fait que le nouveau droit (art. 3 règlement 883/2004) ne contient plus cette référence. Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral s'est inspiré de la jurisprudence de la Cour en admettant que l'ALCP et le règlement 1408/71 devait s'appliquer à un ressortissant français quand bien même il travaillait en Bulgarie (à une époque à laquelle l'ALCP ne s'appliquait pas encore à cet État)¹⁸⁹. La jurisprudence de la Cour de Justice est large, en effet; elle reconnaît que l'on peut invoquer le droit européen, l'égalité de traitement en particulier, même si l'on se trouve en dehors de l'Europe. Ce qui compte, c'est qu'il existe un lien avec l'ordre juridique d'un État membre; ce lien peut être établi grâce à divers facteurs, un rapport de travail avec un employeur sis dans cet État¹⁹⁰, par exemple, l'application d'un régime national d'assurance-maladie qui rembourse des soins octroyés dans un État tiers¹⁹¹, ou le fait d'être bénéficiaire d'une pension versée par un État membre¹⁹². Ici encore, il faut rechercher le but des règles de coordination et ne pas les écarter pour des raisons purement formelles.

3. *La coordination des systèmes de sécurité sociale*

En résumé, la libre circulation des personnes est une liberté fondamentale garantie par le traité, qualifiée aussi de droit «fondamental» (on trouve cette qualification dans la jurisprudence également), soit une position juridique essentielle, dirigée contre les autorités étatiques et supérieure aux autres normes. Qu'un tel droit s'impose aux règles somme toute plutôt techniques des règlements 883/2004 et 987/2009 paraît ainsi normal. Ces règlements, rappelons-le, désignent le droit applicable (art. 11 ss règlement 883/2004), exigent la reconnaissance des faits survenus à l'étranger (ce qui implique une levée des clauses de résidence, art. 7 règlement 883/2004, et la totalisation des périodes principalement, art. 6 règlement 883/2004) et contiennent des règles de procédure. Il s'agit dès lors d'une matière qui s'apparente au droit administratif international, dont on sait qu'il permet de délimiter les compétences entre États et qu'il règle l'effet extraterritorial des normes et des actes administratifs¹⁹³. Les règlements en question forment un cadre pour administrer les situations transfrontalières, pas plus. Le fait, par exemple, que l'employeur n'ait pas rempli un formulaire nécessaire, disons, pour établir une attestation de détachement, ne doit pas privier le travailleur de la couverture d'assurance. Quant aux possibilités d'être

189 ATF 139 V 216.

190 CJCE aff. C-60/93 Aldewereld, Rec. 1994, I-2991; CJCE aff. C-214/94 Boukhalfa, Rec. 1996, I-2253.

191 CJCE aff. C-145/03 Keller, Rec. 2005, I-2529. Voir aussi, pour d'autres branches de la sécurité sociale, CJCE aff. 300/84 Van Roosmalen, Rec. 1986, 3097; CJCE aff. jtes 82 et 103/86 Laberero et Sabato, Rec. 1987, 3401.

192 CJCE aff. C-331/06 Chuck, Rec. 2008, I-1957, consid. 34 (Britannique ayant travaillé dans l'UE, mais résidant aux États-Unis d'Amérique).

193 MINH SON NGUYEN, Droit administratif international, ZSR/RDS 2006 II, pp. 75 ss, p. 89.

exempté de l'assujettissement à la LAMal, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que l'administration doit donner les informations nécessaires à cet effet et que l'absence de preuve que la communication a été faite va au détriment de l'administration. De manière plus générale, il est aussi problématique de ne pas appliquer la coordination européenne à des personnes au seul motif qu'elles travaillent dans un État tiers¹⁹⁴.

Retenons donc que les règles de coordination relèvent du droit administratif européen; c'est un cadre réglementaire qui sert à la mise en œuvre d'un droit de nature constitutionnelle. Il faut interpréter ce cadre, le cas échéant combler ses lacunes, voire en faire abstraction s'il l'application s'avère contraire au but recherché. L'histoire serait néanmoins incomplète si l'on passait complètement sous silence les principes qui se dégagent des règlements, les garanties de procédure notamment, sans lesquelles les droits de fond restent souvent lettre morte. Elles incluent le «principe de bonne administration» en vertu duquel les institutions nationales «répondent à toutes les demandes dans un délai raisonnable et communiquent, à cet égard, aux personnes concernées toute information nécessaire pour faire valoir les droits qui leur sont conférés par le (...) règlement» (art. 76 al. 4, 2^e phrase règlement 883/2004). Les institutions doivent aussi coopérer entre elles afin d'assurer une application correcte des règles de coordination, ce «en vue de faciliter la libre circulation des assurés sociaux»¹⁹⁵. Enfin, la procédure relève en principe du droit national mais l'application des codes de procédures ne doit pas être «moins favorables que celle(s) concernant le traitement de situations purement internes» (principes d'équivalence) et elle ne doit pas rendre «impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit communautaire» (principe d'effectivité)¹⁹⁶. On sait que le Tribunal fédéral applique ces règles et nous pouvons renvoyer à ce qui s'est dit à ce sujet¹⁹⁷. Elles sont d'ailleurs codifiées maintenant (art. 76 al. 5 règlement 883/2004).

4. *Le principe d'assimilation en particulier*

Il faudrait évoquer les affaires, enfin, qui illustrent l'impact des autres libertés fondamentales, les cas *Kohll/Decker* et leurs conséquences; nous préférons y renoncer dans le présent contexte, par manque de place mais aussi parce que la

194 ATF 139 V 216: le Tribunal donne tort à l'avis de la Caisse de compensation AVS qui avait nié le champ d'application personnel dans le cas d'un ressortissant français domicilié en Suisse et exerçant une activité lucrative en Bulgarie.

195 CJCE aff. C-335/95 Picard, Rec. 1996, I-5625; CJCE aff. C-326/00 IKA, Rec. 2003, I-1703.

196 CJCE aff. C-34/02 Pasquini, Rec. 2003, I-6515 (cas relevant de l'application du règlement 1408/71); il s'agit de principes généraux qui sont valables dans l'ensemble de l'ordre juridique communautaire, voir. p.ex., CJCE aff. C-231/96 Edis, Rec. 1998, I-4951 et CJCE aff. C-261/95 Palmisani, Rec. 1997, I-4025.

197 ATF 128 V 319.

question est déjà réglée sous l'angle du droit suisse¹⁹⁸. Restons plutôt dans le contexte de la coordination sociale et abordons pour finir une question qui se pose eu égard au nouveau règlement 883/2004, applicable en Suisse (comme on l'a dit) depuis le 1^{er} avril 2012. La question concerne le principe d'assimilation prévu à l'art. 5 règlement 883/2004. Il s'agit d'une clause générale selon laquelle tout fait juridiquement pertinent qui est survenu sur le territoire d'un autre État membre doit être assimilé à un fait survenu sur le territoire de l'État compétent (voir en particulier art. 5 let. b règlement 883/2004). Les règles susmentionnées concernant la totalisation des périodes et la levée des clauses de résidence la concrétisent: la première parce qu'elle exige d'assimiler des périodes, la deuxième parce qu'elle oblige à prendre en compte un lieu de résidence à l'étranger (on fait comme si la personne avait sa résidence à l'intérieur du pays). L'ancien droit ne contenait pas de règle expresse correspondant à la clause générale de l'art. 5 du règlement 883/2004; la jurisprudence admettait toutefois qu'une assimilation de certains faits devait avoir lieu si l'on voulait donner un effet utile à la libre circulation des personnes. La règle générale était donc déjà reconnue par la jurisprudence. La Cour avait ainsi admis qu'il fallait prendre en compte des périodes éducatives accomplies à l'étranger bien que le règlement 1408/71 ne dît rien à ce sujet¹⁹⁹. Elle l'a confirmé récemment en disant qu'une loi nationale qui ne tient pas compte de périodes accomplies sur le territoire d'un autre État membre défavorise les personnes qui ont exercé leur droit à la libre circulation²⁰⁰. Il est vrai que, dans cet arrêt, la Cour s'est référée à l'art. 21 TFUE (= ex-art. 18 TCE) concernant la citoyenneté européenne²⁰¹. Le droit à la libre circulation consacré par la citoyenneté recouvre toutefois les mêmes droits que ceux découlant de la libre circulation des travailleurs et de la liberté d'établissement; ces derniers sont prévus par l'ALCP également, de sorte que la jurisprudence en question peut s'y appliquer. Dans le nouveau droit, de surcroît, le principe de l'assimilation est expressément prévu (art. 5 règlement 883/2004).

Le problème que pose le principe concerne plutôt sa portée. Est-ce qu'elle s'étend vraiment à tous les faits juridiquement pertinents ou ne faut-il pas la resserrer en ne prenant en compte par exemple que les faits qui sont pertinents dans le contexte de la sécurité sociale? La question s'est posée au sujet du ca-

198 ATF 133 V 624. Voir aussi notre contribution à ce sujet: BETTINA KAHIL-WOLFF, La mobilité des patients: quelques aspects des relations UE-Suisse en matière de coordination des systèmes de sécurité sociale et de libre prestation des services, RAE 2012, pp. 541 ss.

199 CJCE aff. C-135/99 Elsen, Rec. 2000, I-10409. Voir aussi FRANCIS KESSLER, L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La citoyenneté européenne au secours de la validation des périodes d'éducation des enfants dans le calcul des pensions de vieillesse. Revue de jurisprudence sociale 2013, pp. 20 ss.

200 CJUE aff. C-522/10 Reichel-Albert, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel, consid. 39.

201 CJUE aff. C-522/10 Reichel-Albert, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel, consid. 31.

ractère saisissable ou non saisissable des rentes étrangères. Le Tribunal fédéral a en effet tenu pour droit que le bénéficiaire d'une rente autrichienne ne peut pas faire valoir l'art. 92 al. 1 LP, celle-ci n'étant pas assimilable à une rente AVS/AI²⁰². Pour rappel: en vertu de l'art. 92 al. 1 ch. 9a. LP, les rentes AVS/AI, les prestations complémentaires à l'AVS/AI et les allocations familiales sont in-saisissables. La même question peut aussi être abordée au sujet des règles de l'AVS qui exemptent les conjoints sans activité lucrative des obligations en matière de cotisation. Le Tribunal fédéral dit qu'il ne faut pas les appliquer lorsque le conjoint exerçant une activité lucrative paie des cotisations à l'étranger²⁰³.

Nous avons déjà exprimé notre avis à ce sujet, qui n'a pas été suivi par le Tribunal fédéral, et ne reviendrons pas ici sur tous les arguments avancés. Regardons plutôt l'étendue de la règle et rappelons que législateur européen a voulu combler d'éventuelles lacunes des règlements UE et garantir que la survenance d'évènements à l'étranger ne pénalise pas le travailleur migrant ou toute autre personne bénéficiaire du droit à la libre circulation. La règle est nécessaire parce que le droit social des États exige bien souvent que certains faits soient accomplis sur le territoire national. La plupart du temps, de telles exigences s'appliquent indistinctement aux nationaux et aux étrangers, de sorte qu'il est difficile de plaider une discrimination en raison de la nationalité (art. 4 règlement 1408/71; art. 3 règlement 883/04). Il fallait donc introduire le principe général d'assimilation pour résoudre tous les cas qui ne relèvent ni de l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité ni d'une règle spéciale d'assimilation²⁰⁴; de telles règles spéciales sont notamment la prise en compte des périodes d'assurance accomplies à l'étranger (art. 6 règlement 883/04) et l'assimilation des personnes résidant à l'étranger aux personnes résidant sur le territoire de l'État compétent (art. 7 règlement 883/04). Autrement dit, les faits à assimiler se situent certes dans le contexte de la sécurité sociale, ce qui délimite le cadre. En même temps, ces faits sont autres que simplement des clauses de résidence ou de stage puisque ces deux types de règles sont déjà visés par les art. 6 et 7 du règlement 883/2008. Il faut donc admettre que la portée de l'art. 5 est plus large et que cette disposition a pour tâche de regrouper ce qui n'est pas régi par ailleurs (fonction de «*Auffangat-bestand*»). Ceci dit, il faut voir les «faits à assimiler» comme une notion plu-

202 ATF 134 III 608; voir aussi à ce sujet nos remarques dans BETTINA KAHIL-WOLFF, L'application et l'interprétation de l'ALCP: le cas de la sécurité sociale, in ASTRID EPINEY/BEATE METZ/ROBERT MOSTERS (éd.), *Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, Zurich 2011, pp. 49 ss.

203 Voir le Tribunal fédéral (arrêt H 114/05 du 9 mai 2007), selon lequel l'art. 13 al. 2 let. a règlement 1408/71 ne s'applique qu'au travailleur et non pas aux membres de la famille). Selon le TF, en effet, aucune règle de l'ALCP ne s'oppose à la perception de cotisations AVS lorsque le conjoint travaille à l'étranger (arrêt précité, consid. 4.3.2).

204 EBERHARD EICHENHOFER, *Sozialrecht der Europäischen Union*, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2010, 4^e éd., p. 97.

tôt ouverte et chercher le correctif dans les principes généraux qui seront encore présentés ci-après²⁰⁵.

Comme annoncé plus haut, le présent rapport s'intéresse aux principes qui, de manière transversale, régissent aujourd'hui le droit social européen. Il faut toutefois encore exposer les deux pièces manquantes, soit la politique sociale et la non-discrimination. Nous passerons plus rapidement ces deux prochains points, sachant que la Suisse n'a pas dans ces domaines d'obligations internationales vis-à-vis l'Union européenne.

II. La politique sociale

Comme indiqué ci-dessus, cette deuxième pièce du droit social européen s'inscrit elle aussi dans les buts de l'Union européenne, dans le contexte du marché intérieur notamment. L'harmonisation du droit des États membres permet d'établir un standard minimal de protection, ce qui contribue à améliorer les conditions de vie et de travail (art. 3 TUE susmentionné). Elle aide aussi à éviter une sous-enchère, et donc des distorsions de concurrence qui seraient inconciliables avec la recherche d'une cohésion et d'une solidarité entre les peuples européens.

Toutefois, à la différence des règles concernant la libre circulation, la matière est d'avantage orientée sur le droit privé, plus particulièrement sur les relations entre travailleurs et employeurs²⁰⁶. Chaque droit accordé au travailleur doit inévitablement se muter en obligation pour l'employeur et il faut donc des règles claires à ce sujet. Aussi la jurisprudence est-elle ici moins créatrice que dans le domaine que l'on vient de voir. Il y a moins de cas dans lesquels l'individu se voit conférer une position juridique directement en vertu des traités; les relations se règlent en fonction des contrats, des conventions collectives et, bien sûr, des lois nationales. Les actes dont il est question ici sont adoptés sous forme de directives, des textes qui s'adressent aux États et nécessitent d'être transposés en droit interne. L'effet direct, qui peut être admis à certaines conditions²⁰⁷, se limite aux relations entre l'individu et l'État, ce dernier ne pouvant pas invoquer sa propre défaillance²⁰⁸. Les directives ne créent en revanche pas d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peuvent donc pas être invo-

205 Voir ci-dessous point D.II.1.d).

206 Voir CHAHIRA BOUTAYEB/EMMANUELLE CÉLESTINE REGARD, Les difficultés de la mise en œuvre, en droit français, du droit à congé payé garanti par l'Union européenne, *Revue du droit du travail* 2012, pp. 578–587; EMMANUELLE MAZUYER, Que reste-t-il de la protection des travailleurs à durée déterminée? *Revue Lamy de droit des affaires* 2012, pp. 72 ss; Mélanie SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, Larcier. Bruxelles 2012; BERNARD TEYSIÉ, *Droit européen du travail*, 2^e éd., Litec, Paris 2003; PHILIPPA WATSON, *EU Social and Employment Law*, Oxford University Press, Oxford 2009.

207 CJCE aff. 148/78 Ratti, Rec. 1978, 1629.

208 CJCE aff. 148/78 Ratti, Rec. 1978, 1629.

quées à l'encontre d'un particulier (l'employeur, p.ex.)²⁰⁹. La Cour l'a encore rappelé récemment au sujet de la directive 92/57/CEE du Conseil du 24 juin 1992 concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé à mettre en œuvre sur les chantiers temporaires ou mobiles²¹⁰; cette directive, qui contient entre autres l'obligation de désigner un contrôleur de sécurité lorsque plusieurs entreprises travaillent sur un chantier, était au centre d'une affaire pénale engagée à l'encontre d'un maître d'ouvrage privé; la Cour a statué que l'obligation de désigner un coordinateur de sécurité et de santé avant l'exécution de travaux est valable aussi pour des chantiers privés non soumis à l'obtention d'un permis de construire²¹¹; mais comme la directive n'avait pas été correctement transposée en droit italien, le non-respect de la règle en question ne pouvait pas être reprochée à l'accusé²¹². S'ajoute à cela que les directives laissent une marge de manœuvre aux États membres (art. 288 al. 2 TFUE = ex-art. 249 TCE). Pour cette raison aussi, une certaine retenue est indiquée.

Disons encore, en guise d'introduction, que les arrêts concernant les traités se font rares, comparativement à tous ceux rendus au sujet d'une directive. La situation est donc inverse par rapport au domaine de la libre circulation des personnes, où la jurisprudence est d'avantage focalisée sur le droit primaire, notamment la citoyenneté européenne (art. 21 TFUE = ex-art. 18 TCE) et le traitement national (art. 45 TFUE = ex-art. 39 TCE). L'une des affaires clés qu'il faut mentionner illustre bien ce propos²¹³. Elle concerne les buts sociaux de l'UE et montre que l'individu ne peut pas en déduire de droits directement applicables.

1. *Les règles du traité*

Depuis le tout début, les traités comportent des buts sociaux. Si l'on veut être complet, il faut remonter au Traité de Paris instituant, en 1951, la Communauté européenne du charbon et de l'acier²¹⁴. Dans un arrêt de 1968, la Cour a eu l'occasion de se prononcer au sujet des buts sociaux de ce traité et a pu constater que ceux-ci ne sont pas subordonnés aux buts économiques – formule qu'elle a régulièrement répétée par la suite²¹⁵.

209 CJCE aff. 148/78 Ratti, Rec. 1978, 1629.

210 JO 1992 L 245/6; il s'agit de la huitième directive particulière au sens de l'art. 16 par. 1 de la directive 89/391/CEE. A noter que la directive 89/391/CEE a fait l'objet de plusieurs modifications, la plus récente ayant été apportée par le règlement (CE) 1137/2008 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008, JO 2008 L 311/1. Une version consolidée est publiée sous: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1989L0391:20081211:FR:PDF>.

211 CJUE aff. C-224/09 Procédure pénale contre Nussbaumer, Rec. 2010, I-9295, consid. 30.

212 A noter que la Cour ne l'a pas dit explicitement puisque la question ne lui avait pas été posée.

213 CJCE aff. C-72/91 Sloman Neptun Schiffahrts-AG, Rec. 1993, I-887.

214 Ce traité était conclu pour une durée limitée de 50 ans. Il est entré en vigueur en 1952 et a expiré en 2002.

215 CE aff. 43/75, Defrenne II, Rec. 1976, 455.

Dans l'arrêt en question, la Haute autorité de la CECA (basée sur le Traité de Paris de 1951) avait autorisé des tarifs spéciaux au profit des chemins de fers allemands dans la région de la Sarre, qui était alors confrontée à des difficultés économiques structurelles. La Cour avait été saisie d'un recours introduit par le gouvernement néerlandais qui avait invoqué une atteinte à la libre concurrence et qui avait de plus soutenu que les objectifs du Traité CECA, la volonté notamment d'assurer la continuité de l'emploi, avaient «un caractère secondaire par rapport à [la volonté] d'assurer la répartition la plus rationnelle de la production au niveau de productivité le plus élevé»²¹⁶. La Cour a rejeté ce recours en disant que la Communauté européenne du charbon et de l'acier devait aussi tenir compte des besoins sociaux²¹⁷, plus particulièrement qu'elle devait «assurer la conciliation continue» des objectifs opposés²¹⁸. Le risque d'un chômage élevé apparaissait comme un motif suffisant pour adopter la mesure contestée.

Le devoir de conciliation mis ainsi en exergue est toujours d'actualité²¹⁹, notamment en droit de la concurrence où le social bénéficie d'une certaine immunité. Les institutions de sécurité sociale échappent ainsi à l'application de l'art. 101 TFUE (= ex-art. 81 TCE) si elles sont fondées sur le principe de solidarité et dépourvues de tout but lucratif²²⁰. Pour rappel: cette règle interdit les ententes cartellaires entre entreprises. Il a été récemment jugé qu'un régime d'assurance-maladie ne contrevenait pas à l'art. 101 al. 1 TFUE, quand bien même il ne garantissait que le remboursement complémentaire de frais de soins de santé²²¹. De même, des mécanismes financiers qui permettent une compensation des risques, appliqués à une assurance-maladie privée qui poursuit une mission d'intérêt général, ne sont pas d'emblée incompatibles avec les règles sur les aides étatiques²²². Les régimes complémentaires de retraite ont également fait l'objet d'une jurisprudence nuancée en ce sens que l'affiliation obligatoire à un régime prévue par les partenaires sociaux peut se justifier mais l'institution d'affiliation n'échappe pas forcément à la notion d'entreprise²²³.

Mais revenons aux buts sociaux, la règle centrale à cet égard étant inscrite à l'art. 151 TFUE (= ex-art. 136 TCE; ex-art. 119 TCEE). Cette règle a fait l'objet d'une série d'arrêts et a permis à la Cour de juger que «l'amélioration des conditions de vie et de travail constitue l'un des buts essentiels du

216 CJCE aff. 28/66 Pays-Bas/Haute autorité de la CECA, Rec. 1968, 1, 19.

217 CJCE aff. 28/66 Pays-Bas/Haute autorité de la CECA, Rec. 1968, 1, 19.

218 CJCE aff. 28/66 Pays-Bas/Haute autorité de la CECA, Rec. 1968, 1, 20.

219 Voir art. 7 TFUE qui exige que l'UE «veille à la cohérence entre ses différentes politiques et actions, en tenant compte de l'ensemble de ses objectifs (...).».

220 CJCE aff. jtes. C-159/91 et C-160/91 Poucet et Pistre, Rec. 1993, I-637; CJCE aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01 AOK Bundesverband, Rec. 2004, I-2493.

221 CJUE aff. C-437/09 AG2R Prévoyance, Rec. 2011, I-973. Voir aussi CJCE aff. C-350/07 Kattner Stahlbau GmbH, Rec. 2009 I-1513, consid. 42; CJCE aff. C-67/96.

222 Voir, pour plus de détails, CJCE aff. T-289/03 British United Provident Association Ltd, Rec. 2008, II-81.

223 CJCE aff. C- 67/96 Albany, Rec. 1999 I-5751, consid. 86

traité»²²⁴. Elle n'a pas changé quant à sa substance, même si la formulation s'est transformée au fil du temps. Elle reconnaît la nécessité de promouvoir «l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès» (al. 1) et admet que la réalisation de ce but «résultera tant du fonctionnement du marché intérieur, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par les traités et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives» (al. 3). Il s'agit d'une formule de «compromis» puisqu'elle indique deux voies: d'une part une concurrence entre les systèmes et d'autre part le rapprochement des législations nationales. On imagine aisément qu'elle a donné lieu à quelques controverses. Nous en rapporterons deux, l'une concernant la sécurité sociale, l'autre le droit du travail.

La première, relative à la sécurité sociale, remonte à l'année 1986. Un fonctionnaire espagnol, Monsieur *Giménez Zaera*, se plaignait du fait qu'on lui avait supprimé sa rente. Celle-ci était jusque-là versée en complément d'un revenu perçu pour son activité dans la fonction publique et le législateur espagnol avait décidé d'interdire ce cumul. La plainte fut vaine, les buts sociaux du traité ne créant pas d'«obligations juridiques à la charge des États membres ni de droits au profit de particuliers»²²⁵.

L'autre affaire est plus récente et, il faut le dire, plus perturbante. Elle date de 1993 et concerne le droit applicable à des marins philippins engagés par un armateur allemand. Ce dernier, la *Sloman Neptun Schiffahrts-AG*, voulait appliquer, sur la base d'une loi allemande concernant la navigation maritime internationale, des conditions salariales et sociales qui relèvent du droit d'un État tiers et qui étaient (nettement) inférieures à celles dont bénéficient les marins soumis au droit allemand²²⁶. Les représentants des travailleurs avaient refusé de donner leur accord à l'engagement et l'armateur avait alors saisi le juge afin qu'il soit suppléé au défaut de cet accord. Celui-ci s'est posé la question de savoir si la loi allemande en question était compatible, entre autres, avec les buts sociaux du traité, l'art. 151 TFUE (alors art. 117 TCEE). La Cour ne s'est pas laissé impressionner par les faits, assez choquants tout de même, confirmant que les buts sociaux du traité ont un «caractère essentiellement programmatique» et que les conditions de travail définies par les États membres «ne sauraient faire l'objet d'un contrôle juridictionnel quant à leur conformité aux objectifs sociaux». Ces buts ne s'opposent donc pas à l'application de conditions de travail qui restent nettement en deçà du standard européen.

Disons d'abord que la question mériterait d'être posée à nouveau sachant que les conditions de travail des ressortissants d'États tiers tombent aujourd'hui dans les compétences de l'Union européenne (art. 153 al. 1 let. g TFUE = ex-

224 CJCE aff. 43/75 *Defrenne II*, Rec. 1976, 455.

225 CJCE aff. 126/86 *Giménez Zaera*, Rec. 1987, 3712, consid. 11.

226 CJCE aff. jtes C-72/91 et 73/91 *Sloman Neptun Schiffahrts-AG*, Rec. 1993, I-887.

art. 137 al. 1 let. g TCE), encore que le Conseil statue ici à l'unanimité et que le Parlement n'est que consulté (art. 153 al. 2 TFUE = ex-art. 137 al. 2 TCE). Il faut aussi mentionner la politique d'immigration, qui permet à l'UE de définir les droits des étrangers en séjour régulier, y compris leurs conditions sociales (art. 79 TFUE = ex-art. 63, points 3 et 4, TCE). Adoptée sur cette base, la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée garantit l'égalité de traitement avec les nationaux en ce qui concerne, entre autres, «les conditions de travail, (...) la sécurité sociale, l'aide sociale et la protection sociale telles qu'elles sont définies par la législation nationale» (art. 11 directive 2003/109/CE)²²⁷. Le constat demeure toutefois quant au principe, notamment pour ce qui est de la portée des traités: des buts ne sont pas des droits et l'individu ne peut en déduire une quelconque prétention, ni à l'encontre des institutions de sécurité sociale (*Giménez Zarea*), ni vis-à-vis son employeur (*Sloman Neptun*). Le fait que l'art. 151 TFUE (= ex-art. 136 al. 1 TCE) se réfère aux droits sociaux de la Charte sociale européenne de 1961 (Conseil de l'Europe) et à ceux énoncés par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 n'y change rien. La règle a un caractère purement programmatique et ne fait pas naître de droits directement applicables²²⁸. La mise en œuvre des objectifs sociaux doit être, selon les termes de la Cour, «le résultat d'une politique sociale qu'il appartient aux autorités compétentes de définir»²²⁹.

Les choses ont peu bougé depuis. Il est vrai que le Traité de Lisbonne a élevé les buts sociaux au rang de clause horizontale (*Querschnittsklausel*), ce qui signifie que l'Union européenne doit l'observer dans la définition et la mise en œuvre de toutes ses politiques et actions. Cette obligation englobe les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, la garantie d'une protection sociale adéquate, la lutte contre l'exclusion sociale, un niveau élevé d'éducation et de formation et un niveau élevé de protection de la santé humaine. Le social est pour l'instant le dernier domaine auquel une telle clause a été appliquée; elle l'avait été au domaine de l'environnement en vertu du Traité de Maastricht (1992)²³⁰, puis au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes grâce au Traité d'Amsterdam (1997)²³¹. Mais clause horizontale ne veut pas dire clause directement applicable.

227 JO 2004 L 16/44; cette directive a été modifiée, la dernière fois, en 2011, par la directive 2011/51/UE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011, JO 2011 L 132/1; voir la version consolidée publiée sous <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2003L0109:20110520:FR:PDF>.

228 CJCE aff. 149/77 *Defrenne III*, Rec. 1978, 1365; CJCE, aff. 126/86 *Giménez Zaera*, Rec. 1987, 3697; CJCE aff. C-72/91 *Sloman Neptun Schiffahrts-AG*, Rec. 1993, I-887.

229 CJCE, aff. 126/86, *Giménez Zaera*, Rec. 1987, 3697.

230 Voir l'ancien art. 130R al. 2 in fine du Traité CE tel que modifié par le Traité de Maastricht.

231 Voir l'ancien art. 3 al. 2 du Traité CE tel qu'inséré par le Traité d'Amsterdam.

Voilà pour ce qui est des règles sociales du traité. Le droit dérivé permet d'ajuster le tableau. Il s'est beaucoup densifié ces vingt dernières années et joue un rôle de plus en plus important dans la pratique des tribunaux.

2. *Le droit dérivé*

Conformément aux compétences qui sont déléguées à l'Union européenne, la réglementation adoptée à ce jour concerne principalement trois domaines: la santé et la sécurité des travailleurs, qui fut d'ailleurs au rendez-vous dès la première heure, la protection du travailleur lors de restructurations d'entreprises entamée dès les années 1970 et la participation des travailleurs introduite au niveau européen vingt ans plus tard à peu près. S'ajoutent quelques règles diffuses, comme celles qui visent à protéger les personnes ayant un travail «atypique», notamment un travail à temps partiel ou intérimaire. Un aperçu de la législation, à jour au 1^{er} janvier 2014, figure dans notre ouvrage «Dossier de droit social européen» auquel il est renvoyé pour plus de détails²³². Voyons ici quelques aspects essentiels seulement.

Les notions de travailleur et d'employeur utilisées renvoient généralement au droit interne²³³. Dans certains cas, toutefois, il faut recourir à la méthode exposée ci-dessus et leur reconnaître une dimension européenne. La Cour de Justice l'a fait en matière de protection des femmes enceintes, disant que les femmes qui occupent une position d'organe dans la société employeuse²³⁴ peuvent elles aussi invoquer les droits découlant de la directive 92/85/CEE concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail²³⁵. Le but est le même que dans les autres domaines du droit social européen, et plus généralement du droit européen: il faut respecter l'effet utile des règles qui serait compromis si l'on adoptait une vue étroite, strictement nationale. Le raisonnement est le même s'agissant de la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs²³⁶, qui «s'oppose à une réglementation nationale qui exclut, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés»²³⁷ (précision faite que les règles sur les licenciements collectifs ne s'appliquent pas à des entreprises dont le nombre de travailleurs ne dépassent pas un certain nombre). Cette directive est applicable à des licenciements collectifs qui résultent de la cessation définitive

232 A paraître aux éditions Helbing Lichtenhahn, dans la collection «Dossiers de droit européen».

233 Voir notamment la clause 2 de l'annexe à la directive 99/70/CE, JO 1999 L 175/43, et la clause 2 de l'annexe à l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, JO 1998 L 14/13.

234 CJUE aff. C-232/09 Danosa, Rec. 2010, I-11405.

235 CJUE aff. C-232/09 Danosa, Rec. 2010, I-11405, consid. 56.

236 JO 1998 L 225/16.

237 CJCE aff. C-385/05 Confédération générale du travail (CGT), Rec. 2007 I-611, consid. 49.

d'une exploitation²³⁸. Les États membres ont une marge de manœuvre: la directive ne s'oppose pas à une réglementation nationale selon laquelle la cessation de plusieurs contrats de travail en raison du décès de l'employeur n'est pas qualifiable de licenciement collectif²³⁹. Les exceptions sont interprétées «de manière stricte»: ainsi, une règle de la directive 2001/23 concernant les transferts d'entreprise²⁴⁰, qui ne concerne que les travailleurs ayant droit à des prestations d'un régime de retraite, permet de ne pas reprendre les contrats de travail de certains travailleurs; elle vise uniquement les travailleurs ayant droit à des prestations d'un régime de retraite et non pas tous les travailleurs²⁴¹.

La directive 2001/23/CE protège les travailleurs «en cas de changement de chef d'entreprise en particulier pour assurer le maintien de leurs droits»²⁴². Dans ce domaine, l'effet utile est aussi au rendez-vous: «le fait que le transfert résulte de décisions unilatérales des pouvoirs publics et non d'un concours de volontés n'exclut pas l'application de la (...) directive»²⁴³; la réserve faite à l'égard des structures de l'administration publique n'est pas applicable si le transfert concerne des tâches de maintenance et d'assistance administrative (exercées en l'espèce dans un cadre scolaire; les travailleurs transférés subissaient une régression de leurs salaires parce que les années de services accomplies auprès de la commune n'étaient pas prises en compte)²⁴⁴. Lorsque l'entreprise vendue n'est pas l'employeur juridique, il faut quand même appliquer la directive du moment que le travailleur était affecté de façon permanente à cette entreprise²⁴⁵. La directive 2008/94/CE relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur²⁴⁶ a donné lieu à une jurisprudence nuancée, surtout si l'on tient compte des arrêts les plus récents. Elle s'applique «à la cessation des activités d'un établissement employeur à la suite d'une décision de justice ordonnant sa dissolution et sa liquidation pour insolvabilité»²⁴⁷ et s'oppose à une règle nationale qui lierait le droit au salaire à une obligation de s'inscrire comme demandeur d'emploi²⁴⁸. En revanche, dite direc-

238 CJCE aff. jtes C-187/05 Agorastoudis et al., Rec. 2006, I-7775.

239 CJCE aff. C-323/08 Rodriguez Mayor, Rec. 2009, I-11621.

240 Directive 2001/23 concernant les transferts d'entreprise du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements, ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JO 2001 L 082/16.

241 CJCE aff. C-561/07 Commission/Italie, Rec. 2007, I-4959, consid. 30.

242 Consid. 3 directive 2001/23/CE, JO 2001 L 082/16.

243 CJUE aff. C-151/09 UGT, Rec. 2010, I-7591, consid. 25; CJCE aff. C-29/91 Stichting, Rec. 1992, I-3189.

244 CJUE, aff. C-108/10 Scattolon, Rec. 2011, I-7491.

245 CJUE, aff. C-242/09 Albron Catering BV, Rec. 2010, I-10309.

246 Directive 2008/94/CE du Parlement européen et du Conseil, JO 2008 L 283/36.

247 CJCE aff. jtes C-235/10 à C-239/10 Claes et al., Rec. 2011, I-1113. L'aperçu de jurisprudence qui suit et qui concerne des arrêts de 2010 à 2013 est repris de notre chronique publiée dans l'Annuaire suisse de droit européen 2013.

248 CJUE aff. C-435/10 Ardennen, Rec. 2011, I-11705.

tive n’interdit pas d’exclure de sa protection des travailleurs qui exerçaient une fonction dirigeante au sein de l’entreprise²⁴⁹; elle ne s’oppose pas non plus «à une réglementation nationale qui ne garantit pas les créances salariales devenues exigibles plus de six mois avant l’introduction d’un recours visant la constatation de l’insolvabilité de l’employeur, alors même que les travailleurs ont entamé, avant le début de cette période, une procédure judiciaire contre leur employeur en vue d’obtenir la fixation du montant de ces créances et le recouvrement forcé de celles-ci»²⁵⁰; enfin, elle n’interdit pas aux États de déterminer la prestation de garantie en prenant comme point de comparaison la créance salariale initiale²⁵¹.

On a vu que les méthodes d’interprétation rencontrées en droit de la libre circulation reviennent ici, notamment l’interprétation autonome et l’interprétation restrictive des exceptions. Certains principes réapparaissent également: ceux d’équivalence et d’effectivité qui s’appliquent notamment dans le contexte de la protection des femmes enceintes. Si la législation d’un État membre instaure des voies de recours spécifiques pour ce qui est du licenciement en cas de grossesse et d’allaitement, celles-ci ne doivent pas être «moins favorables que celles afférentes à des recours similaires de nature interne» et elles ne doivent pas être «aménagées de manière à rendre pratiquement impossible l’exercice des droits reconnus par l’ordre juridique [européen]»²⁵². En l’espèce, le droit luxembourgeois limitait les voies de recours des femmes enceintes à une action en nullité soumise à des délais spéciaux et leur enlevait la possibilité d’ouvrir une action en dommages-et-intérêts²⁵³.

Le droit européen garantit la santé et la sécurité des travailleurs au travail, qui doivent être protégées contre le risque d’accident ou de maladies professionnelles²⁵⁴. La protection des femmes enceintes et des jeunes mères s’inscrit dans ce contexte. Elle pose plusieurs règles essentielles, dont un congé maternité payé d’au moins 14 semaines, qualifié de «droit spécial» par la Cour²⁵⁵. A côté de la directive 92/85/CEE concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l’amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, il faut aussi mentionner la directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l’accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l’UEAPME, le

249 CJUE aff. C-30/10 Andersson, Rec. 2011, I-513: la travailleuse requérante détenait 50 % des actions de la société tombée en faillite.

250 CJUE aff. C-309/12 Viana Novo, Rec. 2013, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

251 CJCE aff. C-69/08 Visciano, Rec. 2009, I-6741.

252 CJCE aff. C-63/08 Pontin, Rec. 2009, I-10467, consid. 34 et 69.

253 CJCE aff. C-63/08 Pontin, Rec. 2009, I-10467, consid. 30.

254 Voir les considérants 3 et 9 de la directive 89/391/CEE du Conseil du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l’amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, JO 1989 L 183/1.

255 CJCE aff. C-116/06 Kiiski, Rec. 2007, I-7643, consid. 46 et 47.

CEEP et la CES²⁵⁶, ainsi que la directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l’application du principe de l’égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante qui remplace et abroge la directive 86/613/CEE du Conseil. La jurisprudence concernant ces règles donnent une image semblable à celle évoquée ci-dessus en ce sens que la protection prévue par ces textes est efficace sans toutefois dégager de grands principes²⁵⁷. Il a par exemple été jugé qu’il est interdit de licencier des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes²⁵⁸, dans certains cas même si ce licenciement est notifié après la période de protection²⁵⁹; est aussi contraire à la directive une législation nationale «qui prive la salariée enceinte ayant fait l’objet d’une mesure de licenciement pendant son état de grossesse d’une action juridictionnelle en dommages-et-intérêts, alors que celle-ci est ouverte à tout autre salarié licencié, lorsqu’une telle limitation des voies de recours constitue un traitement moins favorable d’une femme lié à la grossesse»²⁶⁰. L’employeur peut, par contre, licencier une travailleuse au moment où «la fécondation *in vitro* des ovules de cette travailleuse par les spermatozoïdes de son partenaire a déjà eu lieu, de sorte qu’il existe des ovules fécondés *in vitro*, mais que ceux-ci n’ont (...) pas encore été transférés dans l’utérus de cette dernière»²⁶¹; quant à une hôtesse de l’air (cheffe de cabine) enceinte, provisoirement affectée à un travail au sol, elle ne peut pas prétendre aux primes spéciales destinées aux chefs de cabine²⁶²; n’est pas contraire au droit européen une loi nationale selon laquelle la travailleuse dispensée de travailler a seulement droit à une rémunération moyenne correspondant à son salaire antérieur à la grossesse et non pas à une indemnité pour astreinte sur le lieu de travail (en l’espèce une indemnité versée à des médecins d’hôpital pour des heures de travail supplémentaires)²⁶³; il n’y a pas non plus de droit à un congé parental doublé en cas de naissance de jumeaux²⁶⁴.

En ce qui concerne d’autres directives qui ont donné lieu à de la jurisprudence, notamment la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant

256 JO 2010 L 68/13.

257 Cet aperçu est largement inspiré de notre ouvrage «Droit social européen», op. cit. note 236.

258 CJCE aff. C-438/99 Jiménez Melgar, Rec. 2001, I-6915; CJCE aff. C-109/00 Tele Danmark, Rec. 2001, I-6993.

259 CJCE aff. C-460/06 Paquay, Rec. 2007, I-8511 (cas dans lequel des préparatifs à ce licenciement, des publications d’annonces plus particulièrement, ont eu lieu pendant la période de protection).

260 CJCE aff. C-63/08 Pontin, Rec. 2009, I-10467, consid. 76. Voir, à ce sujet, FABRICE PICOT: Non-conformité du droit applicable aux licenciements des femmes enceintes aux exigences de protection juridictionnelle et de non-discrimination. La Semaine Juridique – édition générale 2009 n° 433, p. 42.

261 CJCE aff. C-506/06 Mayr, Rec. 2008, I-1017, consid. 53.

262 CJUE, aff. C-471/08 Parviainen, Rec. 2010, I-6533.

263 CJUE, aff. C-194/08 Gassmayr, Rec. 2010, I-6281.

264 CJUE aff. C-149/10 Chatzi, Rec. 2010, I-8489.

certains aspects de l'aménagement du temps de travail²⁶⁵ (ayant abrogé et remplacé la directive 93/104/CE²⁶⁶), le tableau est comparable: beaucoup d'aspects détaillés, peu de grands principes. Indiquons néanmoins que le droit à un congé annuel payé semble avoir une portée particulière en droit social européen puisque la Cour l'a qualifié de «principe du droit social de l'Union»²⁶⁷. Il ne fait ainsi pas doute que des pilotes de ligne ont droit à leur salaire intégral durant les vacances, y compris des indemnités spéciales²⁶⁸. La directive 2003/88 fait aussi obstacle à une règle qui subordonne le droit au congé annuel payé à l'accomplissement d'une période de travail effective minimale et empêche dès lors de prendre des vacances après une période d'absence due à la maladie ou à un accident²⁶⁹; il en va de même de règles nationales selon lesquelles le travailleur en incapacité de travail survenue durant la période de congé annuel payé ne peut pas récupérer ses vacances plus tard²⁷⁰. Quant au temps de travail, il est constant que les heures durant lesquelles le travailleur doit faire acte de présence relèvent du temps de travail maximal; un travailleur forestier, par exemple, qui doit surveiller tout un cantonnement forestier et engage durant cette activité sa responsabilité disciplinaire, patrimoniale, administrative voire pénale pour les dommages intervenus dans le cantonnement *travaille* et le temps passé à cette activité constitue donc indéniablement du «temps de travail»²⁷¹. Ici encore, on constate que la jurisprudence donne du relief à la matière mais sans dégager de règles non écrites.

L'aperçu, bien que sommaire, confirme ainsi la remarque faite plus haut. Les mesures adoptées dans le cadre de la politique sociale régissent souvent des aspects techniques, pour ne pas dire «terre à terre» du droit du travail. Le nombre d'heures de travail maximum²⁷², les informations que le travailleur doit recevoir au moment de l'engagement²⁷³, les substances dangereuses interdites ou le port

265 JO 2003 L 299/9.

266 JO 1993 L 307/18.

267 CJCE aff. C-173/99 BECTU, Rec. 2001, I-4881; CJUE aff. C-486/08 Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols, Rec. 2010, I-3527, consid. 28; voir aussi CJCE aff. C-124/05 Federatie Nederlandse Vakbeweging, Rec. 2006, I-3423 (compensation financière pour non-jouissance de la période minimale de congé annuel payé: une législation nationale qui permet de remplacer le congé par des prestations en espèces n'est pas conforme au droit européen). Voir aussi art. 158 TFUE = ex-art. 142 TCE.

268 CJUE aff. C-155/10 William, Rec. 2011, I-8409. Les résumés de jurisprudence figurant ci-dessous et qui concernent les arrêts rendus entre 2010 et 2013 sont repris de notre chronique publiée dans l'Annuaire de droit européen 2013.

269 CJUE aff. C-282/10 Maribel Dominguez, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

270 CJUE aff. C-78/11 Anged, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

271 CJUE aff. C-258/10 Grigore, aff. C-258/10, Rec. 2011, I-20.

272 Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, JO L 299/9; CJCE aff. jtes C-397/01 et 403/01 Pfeiffer, Rec. 2004, I-8835.

273 Directive relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat de travail, JO 1991 L 288/32.

du casque sur les chantiers²⁷⁴ sont ainsi des aspects qui nécessitent l'intervention du législateur. Nous n'entendons pas minimiser par là l'importance de ces aspects. Ils sont même très importants dans l'organisation du travail et c'est pour cette raison qu'il faut des règles claires et précises en la matière. Les grands principes sont plus difficiles à faire valoir, nécessitent d'être concrétisés par la jurisprudence qui dira, par exemple, si une femme qui a eu recours à une mère porteuse peut bénéficier du congé-maternité²⁷⁵ ou à partir de quel moment il faut considérer que la conclusion successive de contrats de travail à durée déterminée est abusive²⁷⁶. Sans compter qu'aller devant le juge est coûteux et peu propice aux bonnes relations entre travailleurs et employeurs. On voit aussi certains aspects se profiler plus que d'autres. La maternité est au premier plan depuis quelques années, avec une jurisprudence qui donne la priorité à une protection effective des femmes enceintes et des jeunes mères; les règles européennes ont d'ailleurs fortement influencé le droit suisse qui connaît, depuis le 1^{er} juillet 2005, un congé maternité de 14 semaines²⁷⁷. Un temps de travail raisonnable et le droit aux vacances semblent être d'autres soucis prioritaire comme on vient de le voir; le droit suisse n'a jusqu'ici pas suivi le modèle européen sur ces questions.

Enfin, en ce qui concerne les notions qui figurent dans les textes, on constate que l'interprétation dite «autonome» est aussi présente en droit du travail. On la repère pour des notions centrales telles que celles de «travailleur», d'«entreprise» ou de «licenciement collectif». L'approche se justifie dans la mesure où les directives visent le rapprochement des législations nationales; il est normal que le contenu des notions utilisées soit pareil dans tous les États membres. Pour la coordination des systèmes de sécurité sociale où l'approche existe aussi, on l'a vu, elle est moins évidente puisque les systèmes nationaux s'appliquent en principe comme tels; la coordination ne rapproche pas les législations nationales, elle les laisse subsister²⁷⁸. Il faut donc un motif supplémentaire pour justifier l'interprétation européenne; l'argument clé, rappelons-le, est l'effet utile, le fait que le but de la coordination serait compromis si on laissait à chaque État le soin de définir ce qu'il faut entendre par «travailleur», par «sécurité sociale», etc.

274 Pour les aspects de santé et de sécurité au travail, voir, BRUNO MESTRE, *The responsibility of the employer for health and safety in the workplace*. (Commission/United Kingdom, ECJ of 14 June 2007, C-127/05), European Law Reporter 2007, pp. 265–271; CHRISTINE NEAU-LEDUC, La CJCE définit le contenu de l'obligation de santé et de sécurité. *Revue Lamy droit des affaires* 2007, n° 21, pp. 50–51; KATJA NEBE, *Arbeitsentgelt bei mutterschutzbedingter Umsetzung*, ZESAR 2011, pp. 10–17; MÉLANIE SCHMITT, L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La privation de tout repos quotidien au profit des travailleurs, même occasionnelle, est incompatible avec la directive 2003/88. *Revue de jurisprudence sociale*. 2011, n° 2, pp. 101–102.

275 CJUE aff. C-167/12 C.D., Rec. 2014, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

276 CJUE aff. F-74/11 Bojoc Golob, Rec. 2013, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

277 Art. 17 ss LAPG, RS 834.1.

278 CJCE aff. 238/82 Duphar, Rec. 1984, 523; CJCE 126/86 Giménez Zaera, Rec. 1987, 3697.

Mais passons maintenant à l'égalité des rémunérations dont on sait qu'elle constitue un droit fondamental à effet horizontal²⁷⁹ et qui contraste donc avec ce qui vient d'être dit au sujet du droit du travail.

III. Le droit à la non-discrimination

Troisième pièce du système, le droit à la non-discrimination est issu de la politique sociale, de l'égalité entre hommes et femmes plus précisément. Il s'en distingue, on l'a déjà dit, parce qu'il fait apparaître un droit fondamental à effet horizontal, le droit de ne pas subir de discrimination en raison du sexe, de la race, de la croyance, etc. Il confirme ainsi toute l'importance que le droit européen donne à l'individu; il lui attribue la qualité de sujet²⁸⁰, lui permet d'exiger que toute disposition nationale contraire au droit européen soit écartée²⁸¹, cas échéant de réclamer réparation²⁸². Il montre que le droit social n'est pas seulement un moyen pour faire avancer l'intégration économique. C'est l'être humain qui est au centre et, au tout début, il fallait une femme pour l'affirmer.

1. *L'égalité des rémunérations et d'autres aspects concernant l'égalité hommes/femmes*

Cette femme est hôtesse de l'air et s'appelle *Gabrielle Defrenne*. Elle se plaint d'une discrimination salariale, et ce à bon escient car ses collègues masculins gagnent plus d'argent pour le même travail. La Cour lui donne raison et révolutionne le droit en retenant que la règle du traité invoquée par Madame *Defrenne* est directement applicable, qu'on peut l'invoquer devant des instances administratives ou judiciaires nationales (effet direct vertical)²⁸³ et qu'elle s'applique aussi aux rapports entre travailleurs et employeurs privés (effet direct horizontal)²⁸⁴. La Cour donne encore d'autres précisions, expliquant que l'application directe de l'art. 157 TFUE (= ex-art. 141 TCE; ex-art. 119 TCE) a lieu «dans le cas d'une rémunération inégale des travailleurs féminins et des travailleurs masculins pour un même travail, lorsque celui-ci est accompli dans un même établissement ou service, privé ou public»²⁸⁵. Elle saisit aussi l'occasion pour mettre au point ce qu'elle rappellera plus tard dans le contexte du droit du travail en

279 Art. 8 Cst.

280 Jurisprudence constante; CJCE aff. 26/62 *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, 3; CJCE aff. 106/77 *Simmenthal*, Rec. 1978, 629.

281 Jurisprudence constante; voir, par exemple, CJCE aff. jtes C-231/06 à 233/06 *Jonkman et al.*, Rec. 2007, I-5149, consid. 39.

282 Jurisprudence constante; voir, par exemple, CJCE aff. jtes C-231/06 à 233/06 *Jonkman et al.*, Rec. 2007, I-5149, consid. 40.

283 CJCE aff. 43/75 *Defrenne II*, Rec. 1976, 455.

284 CJCE aff. 43/75 *Defrenne II*, Rec. 1976, 455.

285 CJCE aff. 43/75 *Defrenne II*, Rec. 1976, 455.

général, à savoir que les buts sociaux poursuivis par les traités ne sont pas subordonnés au buts économiques.

On imagine qu'à la «révolution» a succédé une phase de stabilisation: en effet, durant la période postérieure à 1976, la jurisprudence a dégagé des règles qui rendent l'égalité des rémunérations très solide. En 1981, la Cour retient que le principe d'égalité interdit des discrimination directes *et* indirectes²⁸⁶; les différences de traitement qui touchent les travailleurs à temps partiel se voient démasquées et interdites²⁸⁷. Dès 1984, il est reconnu qu'une violation du droit à l'égalité doit donner lieu à une réparation suffisante²⁸⁸, dès 1989 qu'il faut renverser le fardeau de la preuve²⁸⁹. Il est clair aussi, dès 1990, que le traitement moins favorable d'une femme lié à la grossesse ou au congé maternité constitue une discrimination directe fondée sur le sexe²⁹⁰. A partir de 1991, les rentes complémentaires sont assimilées au salaire et d'éventuelles différences, par exemple quant à l'âge de la retraite, tombent²⁹¹. Des quotas stricts sont déclarés discriminatoires en 1995²⁹². Enfin, en 2006, les personnes transsexuelles sont protégées: le droit européen s'oppose à une législation nationale «qui refuse le bénéfice d'une pension de retraite à une personne passée, conformément aux conditions déterminées par le droit national, du sexe masculin au sexe féminin au motif qu'elle n'a pas atteint l'âge de 65 ans, alors que cette même personne aurait eu droit à une telle pension à l'âge de 60 ans si elle avait été considérée comme étant une femme selon le droit national»²⁹³. Les grands principes étant bien établis, la jurisprudence récente se focalise sur des aspects plus détaillés, le congé d'allaitement accordé au père selon une réglementation nationale qui refuse un tel congé aux hommes si la mère est indépendante²⁹⁴, une loi ouvrant droit à la rente dès 60 ans pour les femmes mais de 65 ans pour les hommes²⁹⁵, l'accès d'un candidat aux informations concernant les qualifications des autres candidats²⁹⁶ et le droit, pour un travailleur, d'accéder à l'information précisant si l'employeur a embauché un autre candidat²⁹⁷.

286 CJCE aff. 96/80 Jenkins, Rec. 1981, 911; CJCE aff. 170/84 Bilka, Rec. 1986, 1607; CJCE aff. 171/88 Rinner-Kühn, Rec. 1989, 2743; CJCE aff. C-33/89 Kowalska, Rec. 1990, I-2591.

287 CJCE aff. 170/84 Bilka, Rec. 1986, 1607: une chaîne de grands magasins qui exclut les travailleurs à temps partiel du régime de pensions d'entreprise procède de façon discriminatoire même si elle ne fait pas de distinction formelle entre travailleurs masculins et féminins.

288 CJCE aff. 14/83 von Colson et Kamann, Rec. 1984, 1891.

289 CJCE aff. 109/88 Danfoss, Rec. 1989, 3199. Voir maintenant l'art. 19 de la directive 2006/54/CE (refonte), JO 2006 L 204/23.

290 CJCE aff. C-177/88 Dekker, Rec. 1990, I-3941.

291 CJCE aff. C-262/88 Barber, Rec. 1990, I-1889; CJCE aff. C-109/91 Ten Oever, Rec. 1993, I-4879; CJCE aff. C-381/99 Brunnhofer, Rec. 2001, I-4961.

292 CJCE aff. C-409/95 Marschall, Rec. 1997, I-6363; CJCE aff. C-450/93 Kalanke, Rec. 1995, I-3051.

293 CJCE aff. C-423/04 Richards, Rec. 2006, I-3585, consid. 38.

294 CJUE, aff. C-104/09 Roca Alvarez, Rec. 2010, I-8661.

295 CJUE, aff. C-356/09 Kleist, Rec. 2010, I-11939.

296 CJUE, aff. C-104/10 Kelly, Rec. 2011, I-6813, non encore publié au recueil officiel.

297 CJUE, aff. C-415/10 Meister, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

Beaucoup d'autres aspects mériteraient d'être rappelés. La jurisprudence est abondante et le législateur l'a codifiée en grande partie, disant notamment que l'égalité en matière de rémunérations interdit des discriminations directes et indirectes, que la notion de rémunération est large et que le fardeau de la preuve incombe à l'employeur. On trouve ces règles dans la directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail²⁹⁸. Il s'agit d'une refonte des directives antérieures relatives à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes: la directive 76/207/CEE concernant l'accès à l'emploi et d'autres aspects du droit du travail, la directive 86/378/CEE concernant les régimes professionnels de sécurité sociale, la directive 75/117/CEE concernant l'égalité en matière de rémunérations et la directive 97/80/CE relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe²⁹⁹. Les personnes qui exercent une activité indépendante sont visées par un texte à part: la directive 2010/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 7 juillet 2010 concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, qui remplace quant à elle une directive adoptée en 1986³⁰⁰.

2. *Les discrimination en raison de l'âge*

Une affaire de taille qu'il faut mentionner remonte à 2005³⁰¹. Deux personnes privées sont liées par un contrat de travail à durée déterminée. Le travailleur (Monsieur *Mangold*) étant alors (déjà) âgé de 56 ans, il n'est pas protégé par une loi allemande qui restreint les possibilités de conclure ce type de contrats. Son contrat prend donc fin sans qu'une résiliation soit nécessaire. La loi instaure, comme le constate la Cour, une différence de traitement directement fondée sur l'âge puisque seuls les travailleurs plus jeunes que 50 ans bénéficient d'une protection³⁰². La Cour avance le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, disant qu'il s'agit là d'«un principe général du droit communautaire»³⁰³, lequel s'oppose à l'application d'une loi qui utilise le critère de l'âge sans restriction aucune³⁰⁴.

298 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, JO 2006 L 204/23.

299 Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO 2006 L 204/23.

300 Cette directive a remplacé la directive 86/613 du Conseil sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, JO 1986 L 359/56; voir à ce sujet CJCE aff. C-226/98 *Joergensen*, Rec. 2000, I-447.

301 CJCE aff. C-144/04 *Mangold* Rec. 2005, I-9981.

302 CJCE aff. C-144/04 *Mangold* Rec. 2005, I-9981, consid. 57.

303 CJCE aff. C-144/04 *Mangold* Rec. 2005, I-9981, consid. 75.

304 CJCE aff. C-144/04 *Mangold* Rec. 2005, I-9981, consid. 78.

Comme dans l'affaire *Defrenne*, le dossier est tout sauf facile: en 2004, quand la question préjudiciale parvient à la Cour, le traité ne contient pas de règle interdisant les discriminations en raison de l'âge; il existe seulement une disposition qui donne une compétence au législateur européen (l'art. 19 TFUE = ex-art. 13 TCE introduit par le traité d'Amsterdam au 1^{er} mai 1999 dit que le Conseil «peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle»)³⁰⁵. Ce texte ne plaide pas en faveur d'un droit directement applicable, surtout si on le compare aux autres dispositions concernant l'égalité de traitement: l'art. 18 TFUE = ex-art. 12 TCE dit qu'«est interdite toute discrimination en raison de la nationalité»; quant à l'art. 157 TFUE = ex-art. 141 TCE, il impose aux États membres d'assurer «l'application du principe de l'égalité des rémunérations (...»). La Charte des droits fondamentaux, qui interdit toute discrimination en raison de l'âge et d'autres critères n'a alors pas encore le rang de traité qu'elle obtiendra seulement avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. A l'époque de l'affaire *Mangold*, il existe certes déjà un acte législatif applicable à cette question, la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail³⁰⁶, mais le délai de transposition de ce texte n'a pas encore expiré. Il était donc audacieux de déclarer que ladite directive s'oppose à la loi en question et qu'il incombe à la juridiction nationale de la laisser inappliquée³⁰⁷. La solution était aussi surprenante dans la mesure où la condition de l'effet direct n'était pas remplie: il ne s'agissait pas en l'occurrence d'une relation entre l'individu et l'État, mais d'un rapport contractuel privé. La Cour a ajusté sa position par la suite, si bien qu'un bref aperçu de la jurisprudence permet de présenter l'état de la discussion³⁰⁸.

A l'instar de l'arrêt *Defrenne* mentionné plus haut, celui rendu dans l'affaire *Mangold* constitue la première pièce d'un régime juridique qui gagne en contours. La Cour a d'abord atténué sa position en élargissant quelque peu la marge de manœuvre dont jouissent les États membres. Il n'est ainsi pas interdit à ces derniers de fixer des limites d'âges (p.ex. 65 ans) à certaines activités salariées³⁰⁹. La politique de l'emploi, la nécessité notamment de combattre le chômage, sont reconnues comme objectifs permettant de légitimer de telles rè-

305 A noter que dans la version actuellement en vigueur de l'art. 19 TFUE, le Conseil a besoin de l'approbation du Parlement européen.

306 JO 2000 L 303/16.

307 CJCE aff. C-144/04 *Mangold* Rec. 2005, I-9981, consid. 78, *in fine*. Voir aussi DAGMAR SCHIEK, *Age discrimination*. CML Review 2011, pp. 777 ss.

308 L'aperçu est un condensé d'un chapitre de notre ouvrage «Dossier de droit social européen», op. cit. note 236.

309 CJCE aff. C-411/05 *Palacios de la Villa*, Rec. 2007, I-8531, consid. 77. Voir aussi CJCE aff. C-388/07 *Age Concern England*, Rec. 2009, I-1569.

gles³¹⁰. Mais même en dehors de tels soucis, une retraite autour de 65/67 ans paraît raisonnable et donc non discriminatoire pour de nombreux métiers tels que facteur³¹¹, procureur³¹² ou employé d'une entreprise de nettoyage³¹³. D'autres limites n'ont pas trouvé grâce devant la Cour, comme celles concernant des pilotes de ligne ou commandants de bord, obligés par une convention collective de partir à la retraite dès l'âge de 60 ans³¹⁴; est aussi discriminatoire une limite d'âge de 68 ans imposée aux dentistes conventionnés, alors que des dentistes non conventionnés ne sont pas soumis à une telle limite³¹⁵. La jurisprudence concerne en outre des limites d'âge minimum; est par exemple admis un seuil d'âge fixé à trente ans pour des pompiers³¹⁶. Seules les discriminations directement ou indirectement liées à l'âge sont interdites: une convention collective qui se réfère non pas à l'âge mais à l'ancienneté d'une personne dans l'entreprise pour y rattacher certains droits n'est ainsi pas en contradiction avec la directive 2000/78³¹⁷. Nous trouvons étonnant que d'aussi nombreuses précisions se dégagent à partir d'un texte de principe. Toutes les affaires susmentionnées portent en effet sur l'interprétation de la directive 2000/78 susmentionnée. Or, comme son nom l'indique, cette directive ne fait autre que créer «un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail»³¹⁸. La densité de la jurisprudence et la multitude des cas d'espèce reflètent bien l'attrait que représente ce texte.

3. *D'autres critères de discrimination interdits*

Si l'âge était le premier critère à susciter de l'intérêt, d'autres ont suivi de près. La directive, conformément au mandat prévu par l'art. 19 TFUE (= ex-art. 13 TCE), s'oppose aussi aux discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. Les champs d'action sont «l'emploi et le travail» (art. 1 directive 2000/78), mais les effets sont plus large. La mère d'un enfant handicapé peut par exemple s'en prévaloir lorsque l'employeur lui applique des mesures défavorables liées au handicap de son en-

310 CJCE aff. C-411/05 Palacios de la Villa, Rec. 2007, I-8531, consid. 65.

311 CJUE, aff. C-141/11 Hörfeldt, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

312 CJUE, aff. jtes C-159/10 et C-160/10 Fuchs et Köhler, Rec. 2011, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

313 CJUE, aff. C-45/09 Rosenbladt, Rec. 2010, I-9391.

314 CJCE, aff. C-447/09 Prigge et al., Rec. 2011, I-8003.

315 CJUE aff. C-341/08 Petersen, Rec. 2010, I-47.

316 CJUE, aff. C-229/08 Wolf, Rec. 2010, I-1. Voir EMMANUELLE BRIBOSIA/THOMAS BOMBOIS, *Interdiction de la discrimination en raison de l'âge: du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations – Réflexions autour des arrêts Wolf, Petersen et Küçükdeveci de la Cour de Justice de l'Union européenne*, RTDE 2011, pp. 41 ss.

317 CJUE, aff. C-132/11 Tyrolean Airways, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel (en l'espèce une activité professionnelle préalable de trois ans était déterminante pour l'octroi de certains droits).

318 JO 2000 L 303/16.

fant³¹⁹. Est aussi discriminatoire le fait de prévoir un délai de congé réduit pour les travailleurs handicapés³²⁰. La notion de handicap vise un «état pathologique causé par une maladie», y compris des douleurs qui empêchent le travailleur d'exercer une activité lucrative à temps plein³²¹. Il n'est toutefois pas possible de se déterminer sans indications sur la nature de la maladie³²². L'employeur doit prendre des mesures positives, consistant entre autres à réduire le temps de travail du travailleur malade³²³. En 2012, la Cour a appliqué la directive à un régime de prévoyance d'entreprise³²⁴.

Plusieurs arrêts concernent le critère de l'«orientation sexuelle». Dans un arrêt de 2008, la Cour a tenu pour droit qu'il est discriminatoire de refuser aux partenaires enregistrés l'accès aux rentes de survivant, alors même que les conjoints survivants bénéficient de telles prestations³²⁵; cet arrêt concerne un régime de sécurité sociale. Elle s'est aussi prononcé au sujet d'un régime de retraite complémentaire dans lequel une personne vivant dans un partenariat enregistré perçoit une pension de retraite complémentaire d'un montant inférieur à celle octroyée à une personne mariée³²⁶. Par ailleurs, elle a retenu que la directive 2000/78/CE «s'oppose à une disposition d'une convention collective (...) en vertu de laquelle un travailleur salarié qui conclut un pacte civil de solidarité avec une personne de même sexe est exclu du droit d'obtenir des avantages, tels que des jours de congés spéciaux et une prime salariale, octroyés aux travailleurs salariés à l'occasion de leur mariage, lorsque la réglementation nationale de l'État membre concerné ne permet pas aux personnes de même sexe de se marier, dans la mesure où, compte tenu de l'objet et des conditions d'octroi de ces avantages, il se trouve dans une situation comparable à celle d'un travailleur qui se marie»³²⁷.

Le législateur européen a aussi adopté, en 2000 et en 2004, deux textes qui sont complémentaires à la directive 2000/78. Il s'agit de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique³²⁸ et de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et ser-

319 CJCE aff. C-303/06 Coleman, Rec. 2008, I-5603, consid. 59.

320 CJUE aff. jtes C-335/11 et 337/11 HK Danmark, Rec. 2013, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

321 CJUE aff. jtes C-335/11 et 337/11 HK Danmark, Rec. 2013, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

322 CJCE aff. C-13/05 Chacon Navas, Rec. 2006, I-6467.

323 CJUE aff. jtes C-335/11 et 337/11 HK Danmark, Rec. 2013, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

324 CJUE aff. C-152/11 Odar, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

325 CJCE aff. C-267/06 Maruko, Rec. 2008, I-1757.

326 CJUE aff. C-147/08 Römer, Rec. 2011, I-3591.

327 CJUE aff. C-267/12 Hay, Rec. 2013, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

328 JO 2000 L 180/22.

vices³²⁹. En ce qui concerne l'application de la directive 2000/43/CE³³⁰, la Cour a retenu l'existence d'une discrimination directe à l'embauche lorsqu'un employeur déclare publiquement qu'il ne recruterá pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale³³¹. Quant à la directive 2004/113/CE, elle s'oppose à des primes d'assurance qui font la différence entre hommes et femmes³³². L'affaire en question permet de rappeler que les directives doivent respecter le droit supérieur et que, si tel n'est pas le cas, la Cour possède la compétence et le monopole de les déclarer nulles³³³, y compris dans le cadre d'une procédure préjudicelle comme en l'espèce. Comme il s'agissait de contrôler un acte adopté par les institutions de l'Union européenne, la Charte des droits fondamentaux a pu entrer en jeu. La Cour s'appuie en effet sur les art. 21 et 23 de ladite Charte pour constater que la dérogation autorisée par la directive (à savoir la possibilité de prévoir des primes différentes pour femmes et hommes) doit être «déclarée invalide»³³⁴. Conformément à une pratique bien établie, elle limite l'effet dans le temps de sa sentence en laissant un délai de transition de trois ans. Jusqu'au 21 décembre 2012, les États membres étaient appelés à modifier leurs lois respectives si nécessaire, ce qui était entre autres le cas de la Belgique, où l'affaire en question avait été déclenchée. Notons à cette occasion que la législation non-discriminatoire adoptée par les États membres est conséquente. Elle a donc un champ d'application plus large que la Loi fédérale sur l'égalité, uniquement applicable aux discriminations entre hommes et femmes³³⁵. L'Allemagne, p.ex., s'est dotée d'un véritable code de l'égalité (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG*) qui transcrit les règles européennes et interdit par conséquent les discriminations en raison du sexe, de l'âge, des convictions religieuses, etc.³³⁶.

D. Conclusion intermédiaire

Nous retenons de ce qui précède une image différenciée. Les pièces qui composent le droit social européen servent la même cause, c'est-à-dire l'amélioration des conditions de vie et de travail dans les États membres³³⁷. Elles s'inscrivent

329 JO 2004 L 373/37.

330 JO 2000 L 180/22.

331 CJCE aff. C-54/07 Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, Rec. 2008, I-5187, consid. 28.

332 CJUE aff. C-236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats, Rec. 2011, I-773.

333 CJUE aff. C-236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats, Rec. 2011, I-773, consid. 32 et 33.

334 CJUE aff. C-236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats, Rec. 2011, I-773.

335 RS 151.1.

336 BGBI. I S. 1897.

337 Cette formule est plus ancienne que celle figurant à l'art. 3 TUE; on la trouve aussi dans l'art. 151 TFUE (= ex-art. 136 TCE).

dans le même contexte, à savoir la réalisation du marché intérieur. Enfin, elles sont toutes régies par les principes structurels du droit européen, par la primauté, l'effet direct, l'obligation de collaboration des États membres, la hiérarchie des normes aussi, comme on l'a vu en dernier lieu³³⁸. Un important dénominateur commun est donc le fait que les règles en question confèrent des droits. Ces droits sont en principe directement applicables et, s'ils ne le sont pas, parce qu'ils s'adressent aux États membres et non pas aux individus (garanties prévues par des directives), le juge doit trouver d'autres pistes, comme interpréter le droit national à la lumière du droit européen, éventuellement octroyer des dommages-et-intérêts, etc.

Chacune des pièces connaît toutefois aussi ses particularités, notamment quant à la nature des droits, qui ne déploient pas tous le même effet de protection. La libre circulation des personnes se dirige pour l'essentiel contre des mesures étatiques; ceci est vrai tout particulièrement en matière de droit social puisque la sécurité sociale est organisée par les pouvoirs publics. Le droit à la non-discrimination a pour particularité qu'il s'agit d'un droit fondamental, à effet horizontal de surcroît. Les autres droits des travailleurs, enfin, relèvent du droit commun (c'est-à-dire de sources qui n'ont pas rang constitutionnel); la matière couvre les droits et les obligations entre les parties au contrat du travail, et concerne donc des personnes privées; on a vu par ailleurs que les buts sociaux des traités (art. 151 TFUE = ex-art. 136 TCE notamment) n'ont pas d'effet direct.

E. Les principes généraux communs

I. En général

Les différences étant mises au point, il faut à présent s'intéresser aux principes transversaux. Comme indiqué, l'Union européenne connaît des principes qui contribuent à préserver l'effet utile du droit européen et que l'on peut qualifier de droit supranational (pour l'essentiel: effet direct, devoir de loyauté des États membres, responsabilité en cas de manquement, interprétation autonome des notions). Nous avons vu que ces principes sont présents dans les trois domaines étudiés, avec comme nuance que l'effet direct est plus marqué dans les domaines de la libre circulation et de la non-discrimination. Ce constat, toutefois, n'a rien d'original en ce sens qu'il est connu depuis longtemps et qu'il concerne le droit européen en son entier. Ce ne sont donc pas ces principes généraux-là qui nous intéresseront par la suite. Les principes transversaux dont il sera question visent non pas à renforcer l'efficacité des règles européennes (par le fait, par exemple, qu'elles sont directement applicables et supérieures). Il s'agit

³³⁸ CJUE aff. C-236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats, Rec. 2011, I-773.

bien plus de mesurer la marge de manœuvre laissée aux États membres, de contrôler l'exercice des compétences qui leur restent. Ces compétences sont relativement grandes en droit social: les règlements 883/2004 et 987/2009 ne font que coordonner, les directives en matière de droit du travail ne fixent qu'un standard minimal, le droit à la non-discrimination constitue un cadre (directive 2000/78 notamment) à l'intérieur duquel les législations nationales se déploient. Jusqu'où va la liberté? Certaines limites s'imposent, qu'il s'agisse de défendre l'équilibre financier des systèmes de retraite, l'efficacité de la planification hospitalière ou l'autonomie des partenaires sociaux. Examiner ces limites est intéressant sous l'angle suisse également puisque notre pays applique la partie du droit social européen qui laisse la plus grande marge de manœuvre aux États. Une place centrale revient aux critères suivants: le caractère objectif de l'intérêt national invoqué, la nature non discriminatoire par rapport à la nationalité et le principe de proportionnalité.

Avant de montrer si et comment les principes transversaux régissent les trois domaines du droit social, un rappel général est indiqué. Il faut une fois de plus remonter dans le temps, mais aussi ouvrir le spectre, tant il est vrai que l'histoire des principes en question a commencé dans un tout autre domaine. Nous avons déjà évoqué le marché intérieur et chacun sait qu'au sein de ce marché tous les produits (industriels, agricoles ou autres, les œuvres artistiques³³⁹ par exemple) peuvent librement circuler. Ce sont alors les producteurs, les marchands et tout autre acteur économique désireux de commercialiser des biens qui sont porteurs de droits découlant des traités. La libre circulation des marchandises implique, entre autres, que les États membres s'abstiennent d'introduire des obstacles tarifaires et de restreindre les importations et les exportations au sein de l'UE; les produits en libre pratique (c'est-à-dire originaires d'un État non membre mais légalement importés dans un État membre) bénéficient également de la libre circulation. Ces règles s'inscrivent dans le contexte plus large de l'union douanière qui est aujourd'hui une composante bien établie de l'Europe communautaire. Faut-il rappeler qu'il n'en a pas toujours été ainsi, qu'il a fallu plusieurs années avant qu'on reconnaisse à ces règles un effet direct (affaire *Van Gend & Loos*)? Il a fallu construire ce volet du droit européen aussi, établir des principes régissant l'étendue et l'exercice des droits qui s'en déduisent³⁴⁰.

1. *La libre circulation des marchandises*

La question nous mène dans le secteur des boissons distillées, avec l'affaire *Dassonville* jugée en 1974³⁴¹. Un commerçant sis en Belgique veut importer

339 Voir déjà CJCE aff. 7-68 Commission/Italie, Rec. 1968, 633.

340 Très instructif sur la portée transversale du traitement national et du principe de proportionnalité en libre circulation des marchandises, des personnes et des services, ROLAND BIEBER, ROLAND/FRANCESCO MAIANI, *Précis de droit européen*. Stämpfli, 2^e éd. Berne 2011, p. 191.

341 CJCE aff. 8-74 *Dassonville*, Rec. 1974, 837.

du whisky, non pas directement d’Ecosse mais depuis la France, où le produit est déjà en libre pratique. A la différence de l’importateur direct (de l’Ecosse en Belgique), il doit produire un certificat d’origine, au prix de sérieuses difficultés. La Cour estime que cette obligation entrave la libre circulation des marchandises; elle la qualifie de «mesure d’effet équivalant à des restrictions quantitatives», une pratique par définition incompatible avec le marché commun et donc interdite par le traité. L’affaire *Dassonville* a fait jurisprudence surtout parce qu’elle donne une portée très large à la notion d’effet équivalent qui vise «toute réglementation commerciale des États membres susceptible d’entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire»³⁴². Démolissons les frontières! Avec une formulation aussi large, en effet, la Cour libère le chemin vers la réalisation pleine et entière de la libre circulation des marchandises. Il faut alors des correctifs. Dans l’arrêt *Dassonville* déjà, la Cour a admis qu’en l’absence de règles européennes garantissant l’authenticité de l’appellation d’origine d’un produit (pour des raisons de protection des consommateurs notamment), les États membres peuvent prendre des «mesures pour prévenir des pratiques déloyales à cet égard» mais de telles mesures doivent être «raisonnables», ne pas avoir pour effet «d’entraver le commerce entre les États membres» et être «accessibles à tous leurs ressortissants»³⁴³. Elle affine par la suite, expliquant que même indistinctement applicable à tous les produits et donc non discriminatoire, une éventuelle mesure nationale est interdite si elle «ne peut être justifiée par un but d’intérêt général de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises»³⁴⁴. A l’abattement des barrières succède donc l’établissement d’une grille de critères qui permettent de circonscrire la marge de manœuvre laissée aux États membres. Voyons en quoi ces critères concernent notre sujet.

2. *La libre circulation des personnes*

La libre circulation des personnes est également une liberté fondamentale constitutive du marché intérieur et elle est susceptible de subir des entraves similaires à celles concernant les marchandises. De telles restrictions peuvent résulter du droit des étrangers, par exemple, ou encore des réglementations concernant l’exercice des certaines professions. Les principes qui permettent de contrôler les mesures nationales ressortent ainsi des arrêts concernant l’éloignement des étrangers qui, prétendument du moins, constituent une menace pour la sécurité publique. Comme indiqué ci-dessus, la libre circulation est un droit dont la restriction nécessite l’existence d’un juste motif, principale-

342 CJCE aff. 8-74 *Dassonville*, Rec. 1974, 837, consid. 5.

343 CJCE aff. 8-74 *Dassonville*, Rec. 1974, 837, consid. 6.

344 CJCE aff. jtes C-267/91 et C-268/91 *Keck et Mithouard*, Rec. 1993, I-6097, consid. 15, renvoyant à la fameuse affaire CJCE aff. 120/78 *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, Rec. 1979, 649.

ment la santé et la sécurité publique. Les contours de ce qu'il faut entendre par intérêt public voient peu à peu le jour, les limites de la notion aussi. En 1975 déjà, dans l'arrêt *Rutili*, la Cour pose quelques jalons. Il s'agit d'une affaire dans laquelle les autorités françaises prononcent une mesure d'éloignement à l'encontre d'un ressortissant italien qui aurait présenté une menace pour l'ordre public parce qu'il avait participé aux événements de mai-juin 1968. La Cour examine l'existence d'un risque pour l'ordre public en expliquant tout d'abord que toutes les limitations à la libre circulation doivent être «conformes aux exigences du droit, dont celles qui relèvent du droit communautaire»³⁴⁵. Il incombe bien sûr aux juges des États membres d'examiner le respect des exigences relevant du droit national, du principe de la légalité par exemple. Quant aux exigences découlant du droit européen, la Cour précise que l'ordre public est atteint uniquement si la présence ou le comportement de l'individu «constituent une menace réelle et suffisamment grave»³⁴⁶; elle rappelle ensuite que le droit dérivé pertinent exige une appréciation au regard de la situation individuelle et que des motifs économiques ne sont pas valables³⁴⁷. La Cour laisse aussi entendre que, même justifiées, les mesures nationales en question sont soumises à un contrôle supplémentaire. Elle fait ici allusion au principe de proportionnalité³⁴⁸: «les atteintes portées, en vertu des besoins de l'ordre et de la sécurité publics, aux droits garanties (...) ne sauraient dépasser le cadre de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de ces besoins (...); elle se réfère à ce titre à la Convention européenne des droits de l'homme et à son protocole n°4.

3. *La reconnaissance des diplômes*

Ce n'est que quelques années plus tard, dans le domaine de la reconnaissance des diplômes, que le terme «principe de proportionnalité» apparaît comme tel: dans l'affaire *Kraus* jugée en 1993, la Cour tient pour droit que «les articles 48 et 52 s'opposent à toute mesure nationale (...) qui, même applicable sans discrimination tenant à la nationalité, est susceptible de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice (...) des libertés fondamentales garanties par le traité»; sont réservés les cas dans lesquels «telle mesure (poursuit) un objectif légitime compatible avec le traité et se (justifie) par des raisons impérieuses d'intérêt général (...); l'application de la réglementation nationale en cause (doit être) propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et (ne doit pas aller) au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif»³⁴⁹. En l'espèce, un ressortissant allemand qui avait obtenu un diplôme juridique de troisième cycle au

345 CJCE aff. 36–75 *Rutili*, Rec. 1975, 1219, consid. 23.

346 CJCE aff. 36–75 *Rutili*, Rec. 1975, 1219, consid. 28.

347 CJCE aff. 36–75 *Rutili*, Rec. 1975, 1219, consid. 29 et 30.

348 CJCE aff. 36–75 *Rutili*, Rec. 1975, 1219.

349 CJCE aff. C-19/92 *Kraus*, Rec. 1993, I-1663, consid. 32.

Royaume-Uni (un «master of law») se voyait confronté à une loi allemande qui soumettait l'utilisation du titre à une autorisation. Le point de savoir si les formalités à observer sont excessives ou si les sanctions pénales en cas de non-respect du régime d'autorisation «ne revêtent pas une gravité telle qu'elles deviendraient une entrave aux libertés fondamentales garanties par le traité» est laissé à l'appréciation du juge national³⁵⁰. C'est aussi au sujet de l'exercice de la profession d'avocat et à peu près à la même époque que la Cour a rappelé que «les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions: qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre»³⁵¹. En ce qui concerne une condition relative au lieu d'obtention d'un diplôme³⁵², la Cour de Justice s'est demandé si l'État membre avait un intérêt légitime à exiger un lien de rattachement du bénéficiaire avec l'Etat en question³⁵³. Il faut ajouter que cette liste de critères est apparue d'abord en matière de libre circulation des marchandises (dès 1979) et seulement plus tard dans le domaine de la libre circulation des personnes (dès 1993). Quant aux clauses de résidence applicables à des bourses d'études, ces critères de contrôle apparaissent vers la fin des années 2000³⁵⁴. Il en va de même de la coordination des systèmes de sécurité sociale³⁵⁵.

4. *Le principe de proportionnalité en particulier*

Comme le principe de proportionnalité joue un rôle central en tant que critère d'examen, il faut dire un mot sur le contexte plus général dans lequel ce principe s'inscrit et rappeler qu'il fait partie de ce qui est communément appelé le «droit administratif européen». Le droit administratif européen est destiné à contrôler la mise en œuvre du droit de l'Union européenne, que cette mise en œuvre soit assurée par les autorités nationales (c'est le cas ordinaire) ou par les institutions européennes (c'est l'exception, par exemple en matière de droit européen de la concurrence)³⁵⁶. Le principe apparaît d'abord dans le domaine de la politique agricole commune. Les règlements adoptés dans le cadre de la PAC gèrent la

350 CJCE aff. C-19/92 Kraus, Rec. 1993, I-1663, consid. 41.

351 CJCE aff. 55/94 Gebhard, Rec. 1995, I-4165, consid. 37.

352 CJCE aff. C-224/98 D'Hoop, Rec. 2002, I-6191.

353 CJCE aff. C-224/98 D'Hoop, Rec. 2002, I-6191.

354 CJCE aff. C-158/07 Förster, Rec. 2008, I-8507; voir, à ce sujet, CLAIRE MARZO, La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne – réflexions autour de l'arrêt Förster, RTDE 2009, pp. 439 ss.

355 CJCE aff. C-228/07 Petersen, Rec. 2008, I-6989; CJUE aff. C-503/09 Stewart, Rec. 2011, I-6497.

356 Voir, à ce sujet, JÜRGEN SCHWARZE, Europäisches Verwaltungsrecht, NOMOS, Baden-Baden 2005, 2^e éd.

production agricole et ils imposent de lourdes charges financières directement applicables aux importateurs et producteurs (il s'agit de prélèvements, des sortes de taxes, destinés à combattre la surproduction de céréales, de beurre, de sucre, etc.). La Cour reconnaît alors que la proportionnalité fait «partie des principes généraux du droit communautaire»; elle exige que d'éventuelles mesures nationales «soient appropriées et nécessaires à la réalisation des objectifs» poursuivis, que le choix se porte sur la mesure «la moins contraignante» et que «les charges imposées ne (soient) pas démesurées par rapport aux buts visés»³⁵⁷. Par la suite, le principe de proportionnalité devient un critère de contrôle dans d'autres domaines, en politique de l'environnement, par exemple³⁵⁸, puis il est codifié. L'art. 5 al. 4 TUE (= ex-art. 5 al. 4 TCE), en effet, prévoit qu'en: «vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités».

5. *Conclusion intermédiaire*

On retient, au vu de ce qui précède, que le droit de l'Union contient de multiples règles qui s'imposent aux États membres et aux institutions européennes. Un grand nombre de ces règles sont non écrites, ont dû se construire petit à petit, sur la base de cas opposant l'individu aux autorités publiques. Le tableau correspond donc à celui exposé ci-dessus, concernant les différents principes du droit social européen³⁵⁹.

En ce qui concerne la construction des principes transversaux, les obligations destinées à instaurer le marché intérieur sont centrales. Pour la plupart, elles demandent aux États membres de ne pas prendre de mesures susceptibles de contrecarrer cet objectif. L'obligation de s'abstenir est alors quasi totale ou, pour reprendre la formule de l'arrêt *Dassonville*, touche tout ce qui est «susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement» le droit communautaire. Lorsque les États membres invoquent un intérêt public prépondérant, l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique, plusieurs critères de contrôle interviennent. Chaque mesure prise par les pouvoirs publics doit reposer sur une base légale, une exigence qui découle généralement du droit interne. Elle doit aussi respecter le principe de l'égalité. Le principe de proportionnalité ajoute un filtre puisqu'il permet de contrôler si elle est en adéquation avec les faits du cas concret, compte tenu du but de la mesure.

Il faut enfin que la réglementation nationale soit cohérente dans son ensemble. Ce dernier critère est particulièrement visible en droit social, comme on va le voir maintenant.

357 CJCE aff. 265/87 *Schräder* Rec. 1989, 2237.

358 TPI aff. T-16/04 *Arcelor*, Rec. 2010, II-211.

359 Voir ci-dessus points C.I. (le droit social de la libre circulation), C.II. (la politique sociale), C.III. (le droit à la non-discrimination).

II. Application en droit social

On peut d'abord se demander comment le concept «*Dassonville*» est arrivé en droit social, une matière tout de même assez éloignée du commerce intérieur. Pas si éloignée que ça si l'on tient compte du fait que le social inclut la santé humaine et que, pour maintenir celle-ci, on a recours à des produits pharmaceutiques et à d'autres biens spécialisés.

Dans l'affaire *Duphar*, jugée en 1984, une société pharmaceutique se plaint de la législation néerlandaise qui exclut certains médicaments de la prise en charge par l'assurance-maladie sociale. En vain: la Cour juge la loi compatible avec le traité et estime qu'elle ne constitue pas une mesure d'effet équivalent interdite par l'art. 34 TFUE (= ex-art. 28 TCE; ex-art. 30 TCEE). Des soucis budgétaires ont motivé les coupes et la Cour explique que «les dispositions prises dans le cadre d'un système national d'assurance obligatoire des soins de santé ayant pour objet de refuser aux assurés le droit à la délivrance (...) de médicaments nommément désignés sont compatibles (avec l'élimination des restrictions quantitatives) si la détermination des médicaments exclus a lieu sans discrimination en ce qui concerne l'origine des produits, selon des critères objectifs et contrôlables (...), à condition qu'il soit possible d'amender les listes chaque fois que le respect des critères prévus l'exige»³⁶⁰. Il s'agit donc d'une mesure qui, d'après la Cour, bénéficie de la clause de sauvegarde prévue à l'art. 36 TFUE (= ex-art. 30 TCE). Disons aussi que dans cette même affaire, la Cour exprime ce qui deviendra par la suite un fil rouge dans sa jurisprudence, soit que le droit européen «ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et pour prendre, en particulier, des dispositions destinées à régler la consommation de produits pharmaceutiques dans l'intérêt de l'équilibre financier de leurs régimes d'assurance de soins de santé»³⁶¹.

Souvent, la Cour reprend cette formule lorsqu'il s'agit d'examiner la marge de manœuvre que la libre circulation des personnes laisse aux États membres.

1. *Le droit social de la libre circulation des personnes*

Encore une fois: la libre circulation est l'une des libertés constitutives du marché intérieur. L'abaissement des frontières est forcément au premier plan. Comme les autres libertés garanties par le traité, elle implique l'absence de toutes les mesures nationales qui, sans être discriminatoires, sont susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant leur exercice³⁶². La notion de restriction,

360 CJCE aff. 238/82 *Duphar*, Rec. 1984, 523, consid. 22.

361 CJCE aff. 238/82 *Duphar*, Rec. 1984, 523, consid. 16.

362 CJCE aff. C-55/94 *Gebhard*, Rec. 1995, I-4165 (libre circulation des avocats); CJCE aff. C-415/93 *Bosman*, Rec. 1995, I-4921 (libre circulation des footballeurs professionnels). CJCE aff. C-169/07 *Hartlauer*, Rec. 2009, I-1721 (clause du besoin pour l'ouverture de polycliniques dentaires en Autriche).

on l'a aussi vu, est large et des mesures nationales de toutes sortes sont susceptibles d'y correspondre: des exigences par rapport aux diplômes³⁶³, des règles sur l'utilisation des titres professionnel³⁶⁴, au pire des mesures d'éloignement prises par la police des étrangers³⁶⁵. Dans le domaine de la sécurité sociale, les restrictions apparaissent le plus souvent sous la forme de clauses de résidence et d'assurance: il faut résider dans le pays ou y avoir accompli une certaine période de cotisation pour obtenir des prestations. Comme de telles règles sont fréquentes, l'Union européenne s'est dotée des mécanismes spécifiques vus plus haut: les règlements de coordination lèvent les clauses de résidence et prévoient la totalisation de périodes. Ils interdisent aussi toute discrimination en raison de la nationalité et cet interdit ne souffre pas d'exception. D'éventuelles règles nationales contraires doivent en tout état de cause restées inappliquées, sans que l'autorité nationale puisse invoquer un juste motif; le recours au principe de proportionnalité est donc superflu³⁶⁶. Mais la sécurité sociale érige aussi des barrières qui ne sont *a priori* pas visées par la coordination des systèmes de sécurité sociale, p.ex. les «clauses du besoin» qui limitent l'accès à des professions médicales³⁶⁷.

a. Les clauses du besoin

L'affaire *Hartlauer*, dans laquelle une société allemande désireuse d'installer des polycliniques dentaires en Autriche avait invoqué la liberté d'établissement, illustre bien ce propos; il s'agissait de pratiquer à la charge de la sécurité sociale autrichienne³⁶⁸. Le droit autrichien s'y opposait dans la mesure où l'installation de nouveaux fournisseurs de soins devait être jugée nécessaire au vu de la densité de l'offre déjà existante³⁶⁹; ce n'était pas le cas selon les autorités en l'espèce. D'après la Cour, une telle réglementation «décourage, voire empêche, des entreprises d'autres États membres d'exercer leurs activités sur le territoire de la République d'Autriche par l'intermédiaire d'un établissement de santé stable. En l'espèce, son application a eu pour effet de priver *Hartlauer* de tout accès au marché des soins dentaires dans cet État membre»³⁷⁰.

363 CJCE aff. C-19/92 Kraus, Rec. 1993, I-1663.

364 CJCE aff. C-55/94 Gebhard, Rec. 1995, I-4165.

365 CJCE aff. 36/75 Rutili, Rec. 1975, 1219.

366 Le Tribunal fédéral a toutefois examiné une règle de l'AVS qui accorde des périodes de cotisation fictives aux seuls ressortissants suisses, estimant qu'elle était justifiée par des raisons objectives et respectait le principe de proportionnalité: ATF 131 V 209, consid. 6.6.3.

367 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009, I-1721.

368 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009, I-1721, consid. 23: A noter que cette société «serait la filiale d'une société autrichienne qui entendrait se réinstaller en Autriche et qui aurait créé cette filiale dans le seul but de faire entrer sa situation dans le champ d'application du droit communautaire».

369 Voir pour la clause du besoin en droit social suisse, art. 55a LAMal.

370 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009 I-1721, consid. 38.

La Cour examine alors si la clause est objectivement justifiée et applique les critères développés plus tôt³⁷¹: la restriction à la liberté d'établissement doit être applicable sans discrimination tenant à la nationalité, justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif³⁷². Le droit autrichien ne résiste pas au troisième critère: le régime d'autorisation préalable n'est pas fondé sur des conditions qui seraient «susceptibles d'encadrer suffisamment l'exercice, par les autorités nationales, de leur pouvoir d'appréciation»³⁷³. Elles s'appliquent en effet aux seules policliniques (mais ne s'opposent pas à d'autres formes de services médicaux tels des dentistes indépendants ou des cabinets de groupes formés par des dentistes indépendants), alors même que «ces deux catégories de prestataires peuvent avoir des caractéristiques ainsi qu'un nombre de médecins comparables et fournir des volumes de prestations médicales équivalents, elles peuvent ainsi avoir un impact similaire sur le marché des prestations médicales concerné et elles sont donc susceptibles d'affecter, d'une manière équivalente, la situation économique des médecins conventionnés dans certaines zones géographiques et, partant, la réalisation des objectifs de planification poursuivis par les autorités compétentes»³⁷⁴; par conséquent, l'argumentation du gouvernement autrichien selon laquelle la clause du besoin vise à prévenir un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système national de sécurité sociale n'est pas crédible et la mesure ne peut être reconnue comme propre à réaliser la planification des prestations médicales. Une telle mesure ouvre la porte à l'arbitraire dans la mesure où la condition du besoin est vérifiée sur la base de critères différents selon le Land concerné. «Ainsi, dans le Land de Vienne, l'appréciation de l'existence d'un besoin est opérée sur la base du nombre de patients par praticien de l'art dentaire dans la zone de desserte. Dans le Land de Haute-Autriche, elle est fondée sur l'importance du délai d'attente en vue d'un rendez-vous auprès d'un tel praticien. Toutefois, s'agissant du Land de Vienne, force est de constater que le nombre de patients en question n'est ni fixé ni porté à l'avance à la connaissance des intéressés d'une quelconque façon. Dans le Land de Haute-Autriche, l'appréciation pertinente est effectuée sur la base des réponses données par des praticiens exerçant dans la zone d'attraction de la policlinique dentaire autonome dont l'implantation est envisagée, bien que ces derniers soient des concurrents potentiels directs de cet établissement. Une telle méthode est susceptible de porter atteinte à l'objectivité et à l'impartialité du traitement de la demande d'autorisation concernée»³⁷⁵.

371 CJCE aff. C-55/94 Gebhard, Rec. 1995, I-4165.

372 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009, I-1721, consid. 44.

373 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009, I-1721, consid. 70.

374 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009, I-1721, consid. 60.

375 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009, I-1721, consid. 67-69.

On en retient que la réglementation nationale susceptible de restreindre la liberté d'établissement doit, pour être propre à garantir les objectifs avancés, se baser sur des critères plausibles et prévisibles dans la perspective du justiciable³⁷⁶.

b. Les frais de santé occasionnés à l'étranger

On repère aussi des restrictions qui sont plus typiques encore pour la sécurité sociale mais auxquelles la coordination ne remédeie que partiellement: il s'agit de certaines limites concernant le remboursement ou la prise en charge de soins de santé reçus à l'étranger³⁷⁷. Le phénomène est visible plus particulièrement dans le domaine de la planification hospitalière. Celle-ci peut entrer en conflit avec la libre prestation des services et la résolution d'éventuels problèmes est soumise à des règles dorénavant bien établies.

Rappelons d'abord que le règlement 883/2004 facilite l'accès aux soins lors de la résidence ou du séjour en dehors de l'État compétent – au moyen de règles d'entraide assez efficace et d'une carte d'assurance-maladie européenne³⁷⁸. L'assuré a droit au remboursement intégral des frais occasionnés à l'étranger. Toutefois, lorsque l'assuré veut se rendre à l'étranger pour y recevoir des soins, il doit d'abord demander l'autorisation de l'institution compétente – en principe³⁷⁹. En dehors de cette procédure d'autorisation préalable, il peut s'appuyer sur la libre prestation des services³⁸⁰. La jurisprudence y relative est codifiée par la directive 2011/24/UE en ce sens que les soins non hospitaliers ne peuvent pas faire l'objet d'un régime d'autorisation préalable³⁸¹. Il est en effet admis que les États membres ne peuvent pas introduire ou maintenir «des restrictions injustifiées à l'exercice de (la) liberté dans le domaine des soins de santé»³⁸²; or un

376 Résumé inspiré de l'aperçu de jurisprudence figurant dans l'annuaire suisse de droit européen 2009.

377 CJCE aff. C-372/04 Watts, Rec. 2006, I-4325, consid. 103 et 104.

378 JO 2004 L 100/1. Voir aussi dans ce sens la décision de la Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants 189 du 18 juin 2003, visant à remplacer par la carte européenne d'assurance-maladie les formulaires nécessaires à l'application des règlements 1408/71 et 574/72 en ce qui concerne l'accès aux soins pendant un séjour temporaire dans un État membre autre que l'État compétent ou de résidence, JO 2003 L 276/1, et 190 du 18 juin 2003, concernant les caractéristiques techniques de la carte européenne d'assurance-maladie, JO 2003 L 276/4. Cette décision a été remplacée par la décision S1 de la commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale du 12 juin 2009 concernant la carte européenne d'assurance-maladie, JO 2010 C 106/23.

379 Art. 20 al. 1 règlement 883/2004: «A moins que le présent règlement n'en dispose autrement, une personne assurée se rendant dans un autre État membre aux fins de bénéficier de prestations en nature pendant son séjour demande une autorisation à l'institution compétente».

380 CJCE aff. C-158/96 Kohll, Rec. 1998, I-1931 (soins dentaires); CJCE aff. C-368/98 Vanbraekel, Rec. 2001, I-5363; CJCE aff. C-157/99 Smits et Peerbooms, Rec. 2001, I-5473 (soins hospitaliers); CJCE aff. C-8/02 Leichtle, Rec. 2004, I-2641 (cures balnéaires).

381 art. 7 al. 8 directive 2011/24/UE.

382 CJCE aff. C-372/04 Watts, Rec. 2006, I-4325, consid. 91.

régime d'autorisation préalable constitue une telle restriction. Ce principe souffre toutefois une importante exception: en ce qui concerne les traitements qui nécessitent un séjour hospitalier «pour au moins une nuit» ou qui nécessitent un recours «à des infrastructures ou à des équipements médicaux hautement spécialisés et coûteux», l'État membre d'affiliation peut mettre en place un régime d'autorisation préalable³⁸³. Il s'agit de tenir compte de l'intérêt des États membres à gérer de façon autonome leurs systèmes de soins hospitaliers. Ici encore, la directive est basée sur la même idée que la jurisprudence selon laquelle le droit européen «ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale et pour prendre, en particulier, des dispositions destinées à organiser et fournir des services de santé et de soins médicaux»³⁸⁴. Il est admis aussi que les États membres peuvent «décider du niveau auquel il(s) entend(ent) assurer la protection de la santé publique et la manière dont ce niveau doit être atteint. Ce niveau pouvant varier d'un État membre à l'autre, il convient de reconnaître aux États membres une marge d'appréciation»³⁸⁵. L'équilibre financier du système de sécurité sociale peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave au principe de la libre prestation des services³⁸⁶. Quant aux justes motifs de l'équilibre financier et d'une planification hospitalière efficace, il est reconnu que le droit européen ne s'oppose pas «à ce que le droit d'un patient d'obtenir des soins hospitaliers dans un autre État membre à la charge du système dont il relève soit soumis à une mesure d'autorisation préalable»³⁸⁷.

Cela étant, la directive n'a pas que repris une partie de l'idée. Comme la planification hospitalière doit être mise en balance avec les libertés fondamentales du marché intérieur, les mesures prises par les États membres doivent respecter les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement; cela est expressément prévu par l'art. 8 al. 1 directive 2011/24/UE qui reprend là encore les principes jurisprudentiels: «(...) Le régime d'autorisation, y compris les critères, l'application de ceux-ci et les décisions individuelles de refus d'autorisation préalable, se limite à ce qui est nécessaire et proportionné à l'objectif poursuivi et ne peut constituer un moyen de discrimination arbitraire (...).» Conformément aux principes évoqués ci-dessus, il faut toujours vérifier, en tenant compte des particularités du cas d'espèce, si la restriction «n'excède pas ce qui est objectivement nécessaire à cette fin et que ce résultat ne peut être obtenu

383 art. 8 al. 1 et 2 directive 2011/24/UE.

384 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009, I-1721, consid. 29, avec référence, entre autres, aux affaires Duphar et Watts.

385 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009, I-1721, consid. 30, avec référence, entre autres, à l'affaire CJCE aff. C-141/07 Commission/Allemagne, Rec. 2008, I-6935.

386 CJCE aff. C-372/04 Watts, Rec. 2006, I-4325, consid. 103; CJCE aff. C-158/96 Kohll, Rec. 1998, I-1931 (soins dentaires), consid. 41; CJCE aff. C-157/99 Smits et Peerbooms, Rec. 2001, I-5473, consid. 72.

387 CJCE aff. C-372/04 Watts, Rec. 2006, I-4325, consid. 113.

par des règles moins contraignantes»³⁸⁸. On retrouve donc ici les critères de contrôles qui s'appliquent aux autres entraves.

Ces principes ne sont pas sans intérêt dans le contexte du droit suisse. Il faut d'abord noter que le règlement 883/2004 et la directive 2011/24 sont coordonnés entre eux. En vertu de l'art. 8 al. 3 de la directive 2011/24/UE, en effet, l'État membre d'affiliation «s'assure que les conditions prévues par le règlement (CE) n° 883/2004 sont remplies», et si tel est le cas «l'autorisation préalable est accordée conformément audit règlement, sauf demande contraire du patient». L'autorisation doit être accordée, rappelons-le, si les soins figurent parmi les prestations prévues par l'État membre sur le territoire duquel réside l'intéressé et si ces soins ne «peuvent lui être dispensés dans un délai acceptable sur le plan médical, compte tenu de son état actuel de santé et de l'évolution probable de la maladie» (art. 20 al. 2, 2^e phrase règlement 883/2004)³⁸⁹. On constate, sur le plan des principes généraux, que l'institution compétente a un devoir d'instruire et d'informer, qu'elle applique le règlement 883/2004³⁹⁰ ou qu'elle agisse dans le contexte de la libre prestation des services³⁹¹. L'assuré a droit aux prestations sociales, il a droit à l'octroi d'une autorisation et la violation de ce droit peut déclencher la responsabilité de l'institution compétente. Concrètement, l'institution qui refuse illégalement l'autorisation doit rembourser les dépenses à l'assuré si celui-ci se fait soigner à l'étranger; l'assuré a alors droit à «un montant équivalent à celui qui aurait normalement été pris en charge si l'autorisation avait été dûment délivrée dès l'origine»³⁹². Le droit à l'octroi d'une autorisation vise à faciliter, comme la Cour le dit depuis longtemps, «la libre circulation des assurés sociaux et, dans la même mesure, la prestation de services médicaux transfrontaliers entre les États membres»³⁹³ et, immanquablement, les principes généraux sont au rendez-vous.

C'est ainsi que, dans l'affaire *Elchinov*, jugée en 2011, la Cour était interrogée sur le point de savoir si un État membre peut appliquer un régime d'autorisation sans prévoir d'exceptions, à la fois sous l'angle de la libre prestation des services et de l'art. 22 règlement 1408/71 (devenu maintenant art. 20 règlement 883/2004)³⁹⁴. Elle a répondu en rappelant d'abord «que, si le droit de l'Union ne s'oppose pas en principe à un système d'autorisation préalable, il est néanmoins nécessaire que les conditions mises à l'octroi d'une telle autorisation soient justifiées au regard des impératifs susvisés» (la santé publique), «qu'elles n'excèdent pas ce qui est objectivement nécessaire à cette fin et que le

388 CJCE aff. C-372/04 Watts, Rec. 2006, I-4325, consid. 106.

389 Dans ce sens déjà la proposition de la Commission: COM (2004) 2 final 2004/1.

390 Art. 76 al. 4 règlement 883/2004.

391 Art. 8 al. 3 directive 2011/24/UE.

392 CJCE aff. C-368/89 Vanbraekel, Rec. 2001, I-5363, consid. 53.

393 CJCE aff. C-56/01 Inzian, Rec. 2003, I-12403, consid. 21.

394 CJUE aff. C-173/09 Elchinov, Rec. 2010, I-8889, consid. 34

même résultat ne puisse pas être obtenu par des règles moins contraignantes»³⁹⁵. Conformément à sa jurisprudence, elle a précisé qu'un «tel système doit en outre être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas exercé de manière arbitraire»³⁹⁶. La législation bulgare en cause dans l'affaire *Elchinov* ne répondait pas à ces exigences. En effet, l'État en question aurait pu instaurer une règle plus nuancée selon laquelle le recours à des soins à l'étranger est permis sans autorisation (dans des cas exceptionnels, en cas d'urgence, par exemple). Un telle règle n'est, d'après la Cour, «pas de nature à compromettre la réalisation des objectifs de planification hospitalière (...) ni à porter gravement atteinte à l'équilibre financier du système de sécurité sociale»³⁹⁷.

On en retient que le régime d'autorisation prévu par le règlement 883/2004 ne représente pas une règle absolue: les États membres doivent se poser la question de savoir si une application trop rigoureuse est compatible avec le droit européen, avec la libre prestation des services, mais aussi avec la libre circulation des personnes. C'est seulement si l'institution informe l'assuré, si elle tient compte des particularités du cas d'espèce, notamment si un éventuel refus est proportionné, que le cadre tracé par le règlement 883/2004 est respecté. S'ajoute encore que l'application d'un régime d'autorisation doit se faire de façon non discriminatoire, cela ne fait aucun doute (art. 4 règlement 883/2004).

c. *Les clauses de résidence*

Il faut insister sur le fait que le recours aux principes généraux ne se limite pas aux cas dans lesquels le règlement 883/2004 est jumelé avec la libre prestation des services.

Dans l'affaire *Petersen*, bien plus ancienne que l'affaire *Elchinov* d'ailleurs, la Cour a fait face à une réglementation nationale (autrichienne) applicable aux chômeurs invalides. Celle-ci prévoyait une clause de résidence obligeant le chômeur à résider sur le territoire de l'État compétent mais sans que cette présence soit justifiée par des raisons valables, des mesures de contrôle ou de réinsertion par exemple. Ainsi démunie d'objectif raisonnable, une telle clause de résidence viole le traité, en particulier le droit à la libre circulation des travailleurs (art. 45 TFUE = ex-art. 39 TCE)³⁹⁸ et doit rester inappliquée. Pour arriver à cette conclusion, la Cour rappelle que le traité interdit les discriminations directes et indirectes (art. 45 al. 2 TFUE = ex-art. 39 al. 2 TCE). Elle poursuit qu'une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage

395 CJUE aff. C-173/09 *Elchinov*, Rec. 2010, I-8889, consid. 44.

396 CJUE aff. C-173/09 *Elchinov*, Rec. 2010, I-8889, consid. 44.

397 CJUE aff. C-173/09 *Elchinov*, Rec. 2010, I-8889, consid. 46.

398 CJCE aff. C-228/07 *Petersen*, Rec. 2008, I-6989.

les travailleurs migrants que les travailleurs nationaux. Enfin, et ceci est important dans le présent contexte, elle réserve les cas dans lesquels la règle nationale est «objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi»³⁹⁹. Or ce n'était pas le cas en l'espèce, bien au contraire: le gouvernement autrichien n'est pas parvenu à expliquer l'objectif poursuivi par la clause de résidence. Pour reprendre la formule de la Cour, le gouvernement n'a rien avancé pour justifier la règle «au titre des raisons impérieuses d'intérêt général». Ces considérants sont remarquables dans la mesure où le règlement 883/2004 contient des règles très précises sur le versement des prestations de chômage. Le chômeur qui se rend dans un autre État membre afin d'y chercher un nouvel emploi continue à avoir droit aux indemnités de chômage durant trois mois seulement. Quant aux chômeurs frontaliers, ils se mettent à disposition des services de l'emploi dans l'État membre de résidence (art. 65 al. 2, 1^{re} phrase règlement 883/2004) et cet État verse les prestations (art. 65 al. 5 lit. a règlement 883/2004). La levée des clauses de résidence prévue à l'art. 7 du règlement 883/2004 souffre donc des exceptions ici. Il n'empêche que d'éventuelles règles nationales, si elles prévoient des conditions liées à la résidence, doivent reposer sur de justes motifs.

Ajoutons que l'affaire *Petersen* n'est pas restée un cas isolé. Dans l'arrêt *Stewart* rendu en 2011, qui concernait des prestations d'invalidité⁴⁰⁰, la Cour a également tenu pour droit que les États peuvent exiger un rattachement avec le pays – typiquement au moyen d'une clause de résidence⁴⁰¹. En l'espèce une jeune femme handicapée avait vécu en Angleterre plusieurs années durant, mais pas pendant les quelques mois exigés avant l'introduction de la demande en prestation; d'après la Cour, il paraissait normal de tenir compte également des années antérieures. La condition territoriale avait un caractère trop exclusif et ne permettait pas de tenir compte d'autres circonstances éventuellement aussi représentatives du rattachement⁴⁰². Elle paraissait excessive et donc arbitraire.

d. La portée du principe d'assimilation

Autrement dit, on retrouve ici les principes généraux régissant les entraves, quand bien même la question est réglementée de façon relativement précise à l'art. 20 du règlement 883/2004. Les appliquer est certes plus délicat dans le domaine de la sécurité sociale. On le verra au travers des rapports de nos collègues: la sécurité sociale procure une protection contre les aléas de la vie (maladie, maternité, vieillesse, invalidité, chômage, etc.). Pour y parvenir, elle doit réunir d'importantes ressources financières et décider de la répartition de ces

399 CJCE aff. C-228/07 Petersen, Rec. 2008, I-6989, consid. 54.

400 CJUE aff. C-503/09 Stewart, Rec. 2011, I-6497.

401 CJUE aff. C-503/09 Stewart, Rec. 2011, I-6497.

402 CJUE aff. C-503/09 Stewart, Rec. 2011, I-6497, consid. 95.

ressources. Les lois qui régissent le domaine, au niveau des cotisations et des prestations notamment, sont pour la plupart très détaillées et explicites. C'est dire qu'il n'y a que peu de place pour des principes généraux. Pareils principes régissent typiquement la réduction ou la suspension mais non pas l'octroi des prestations. Si une personne a droit à une rente vieillesse, on ne se demande pas si elle peut vivre avec une rente d'un montant inférieur. Le principe de proportionnalité représente donc une règle clé pour le contrôle des injonctions («*Eingriffsverwaltung*»), mais il est moins présent lorsqu'il s'agit de mesurer les actes de l'État providence («*Leistungsverwaltung*»)⁴⁰³. Il ne faut pas oublier, toutefois, qu'il est ici question de «coordination sociale», ce qui n'équivaut pas à «sécurité sociale». Cette dernière est l'affaire des États membres, l'Union européenne n'est pas compétente pour régler les cotisations, les prestations, le système de santé. Son droit veut garantir uniquement que les citoyens puissent passer d'un pays à l'autre. Or, c'est souvent précisément ce passage qui pose problème, pour la principale raison que les États érigent des barrières: des clauses de résidence, des périodes d'assujettissement préalable que l'assuré doit accomplir, des exigences quant à la nationalité, au lieu d'établissement d'un document, à la langue dans laquelle celui-ci est rédigé et bien d'autres chicanes. Contrôler de telles mesures semble tout à fait dans l'intérêt des personnes et conforme aux buts du traité. Ce n'est donc pas parce qu'on est dans le domaine de la sécurité sociale que les principes transversaux doivent être laissés de côté.

Ils sont au contraire d'autant plus utiles que la coordination opère parfois aussi avec des grands principes, comme la nouvelle règle d'assimilation prévue à l'art. 5 du règlement 883/2004. Celle-ci est tellement large que les États membres vont sans doute faire valoir des exceptions et il faut alors des critères pour pouvoir jalonner la marge de manœuvre qui leur est laissée. Rappelons que le dit art. 5 exige l'assimilation de tout fait juridiquement pertinent. Comme nous avons déjà pu l'évoquer, les exigences territoriales sont contraires au traité si elles ne sont pas justifiées par des raisons objectives⁴⁰⁴. Par conséquent, si elles sont justifiées, elles devraient être opposables aux individus. Les motifs du règlement 883/2004 vont aussi dans ce sens puisqu'ils indiquent que le principe d'assimilation ne doit pas donner lieu «à des résultat objectivement injustifiés (...), «compte tenu de la proportionnalité» (consid. 12 règlement 883/2004). Les critères de contrôle sont multiples: il faut vérifier si la clause en question permet de prendre en considération les particularités du cas d'espèce⁴⁰⁵, si elle

403 PIERRE-YVES GREBER, in GREBER/KAHIL-WOLFF/FRÉSARD-FELLAY/MOLO, Droit suisse de la sécurité sociale, Stämpfli, Berne 2010, p. 34.

404 CJCE aff. C-228/07 Petersen, Rec. 2008, I-6989. Voir, au sujet de cet arrêt, BETTINA KAHIL, L'arrêt de la CJCE du 11 septembre 2008 dans l'affaire C-228/07 Petersen et d'autres développements du droit social européen, SZS/RSAS 53/2009, pp. 485 ss., 492.

405 CJUE aff. C-503/09 Stewart, Rec. 2011, I-6497, consid. 95.

est non discriminatoire⁴⁰⁶, cohérente⁴⁰⁷ et proportionnée au but poursuivi⁴⁰⁸; une clause peut être objectivement justifiée pour des raisons impérieuses d'intérêt général⁴⁰⁹. Quant au point de savoir si ces critères s'appliquent de manière cumulative, il faut à notre avis encore attendre la jurisprudence de la Cour. Celle-ci est moins développée en matière de sécurité sociale et aucun arrêt ne concerne l'art. 5 du règlement 883/2004 pour l'instant. On indiquera, en quelque sorte comme standard minimal, que l'exception doit être non discriminatoire et proportionnée (elle doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif⁴¹⁰); ces exigences représentent le dénominateur commun qui ressort de la jurisprudence relative aux marchandises, aux personnes et aux services.

Les précisions à venir devraient aussi être prises en compte dans le contexte du droit suisse puisque l'ALCP respectivement l'annexe II ont été adaptés et déclarent le nouveau règlement applicable. La Suisse s'est ainsi engagée à «prendre toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations»⁴¹¹. Il faudrait donc à notre avis revoir le caractère saisissable des rentes étrangères dont il était question ci-dessus⁴¹². Plutôt que de dire, de façon catégorique, que le bénéficiaire d'une rente (autrichienne par exemple) ne peut pas faire valoir l'art. 92 al. 1 LP, il conviendrait de choisir un moyen plus nuancé. Un tel moyen, qui de plus paraît cohérent, serait de protéger la rente étrangère à concurrence du montant maximal de la rente AVS suisse (CHF 2034.– au 1^{er} janvier 2014). L'idée de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite est bien de protéger le débiteur et de lui laisser un minimum vital; réservant cette protection aux seuls débiteurs qui sont titulaires de rentes AVS/AI ne correspond pas à cet objectif.

2. *Dans le domaine de la non-discrimination*

On sait que l'égalité oblige à traiter de façon analogue ce qui est analogue et de façon différente ce qui est différent. Il est néanmoins utile de rappeler que le

406 CJCE aff. 238/82 Duphar, Rec. 1984, 523, consid. 22.

407 CJUE aff. C-341/08 Petersen, Rec. 2010, I-47 (à noter que cet arrêt concerne la non-discrimination en raison de l'âge, mais le critère de la cohérence doit être considéré comme valable également dans le contexte de la coordination des systèmes de sécurité sociale).

408 CJCE aff. C-228/07 Petersen, Rec. 2008, I-6989, consid. 54.

409 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009, I-1721, consid. 40.

410 CJCE aff. C-169/07 Hartlauer, Rec. 2009, I-1721, consid. 44, avec référence, entre autres, aux affaires CJCE aff. C-140/03 Commission/Grèce, Rec. 2005, I, 3177 et CJCE aff. C-19/92 Kraus, Rec. 1993, I-1663.

411 Art. 16 al. 1 ALCP. A noter que l'art. 16 al. 2 ALCP n'est pas d'une grande utilité pour la question puisqu'il se rapporte à la date de la signature de l'ALCP intervenue le 21 juin 1999 alors que le règlement 883/2004 lie la Suisse depuis le 1^{er} avril 2011.

412 ATF 134 III 608; voir ci-dessus C.I.4.

concept est inhérent au droit européen également: «Selon la jurisprudence constante de la Cour, le principe d'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié»⁴¹³. La Cour cite ici un arrêt de 2008, mais il faut noter que les premiers arrêts allant dans ce sens remontent aux années 1970⁴¹⁴.

a. L'égalité en matière de rémunération

Pour ce qui est de la rémunération, le sexe constitue un critère de distinction interdit sans exception: «Pour un même travail ou pour un travail auquel est attribué une valeur égale, la discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est éliminée dans l'ensemble des éléments et conditions de rémunération»⁴¹⁵. La directive résume ainsi l'état du droit européen et ne prévoit aucune règle qui permettrait de justifier une différence. A aucun moment d'ailleurs, la Cour de Justice n'a laissé entendre que le sexe pouvait, de quelque manière que ce soit, fonder une différence de traitement en termes de salaire. Cela étant, les critères de contrôle présentés auparavant n'ont pas lieu d'être: en effet, si aucune différence en raison du sexe n'est justifiée, il est inutile d'examiner le caractère légal, cohérent, proportionné, etc. d'une éventuelle règle nationale contraire. Une telle règle devrait sans autre rester inappliquée⁴¹⁶.

b. L'égalité en matière d'accès à l'emploi

La situation est différente en ce qui concerne l'accès à l'emploi, pour lequel les États membres peuvent prévoir «qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsqu'en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante (...)»⁴¹⁷. Il faut préserver la liberté contractuelle et tenir compte des besoins spécifiques aux métiers. Cela est admis depuis longtemps, la Cour ayant pu s'exprimer par exemple au sujet de la profession de sage-femme⁴¹⁸, du corps de police armé⁴¹⁹, du personnel

413 CJUE aff. C-236/09 Association Belge des Consommateurs Test-Achats, Rec. 2011 I-773, consid. 28.

414 CJCE aff. 125/77 Koninklijke Scholten-Honig («Isoglucose»), Rec. 1978, 2004, consid. 26 («le principe de non-discrimination (...) n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité qui appartient aux principes généraux du droit communautaire» et consid. 27: ce «principe veut que les situations comparables ne soient pas traitées de façon différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée». Le cas concerne l'égalité de traitement entre producteurs de sucre).

415 Art. 4 al. 1 directive 2006/54.

416 CJCE aff. 43/75 Defrenne II, Rec. 1976, 455.

417 Art. 14 al. 2 directive 2006/54.

418 CJCE aff. 165/82 Commission/Royaume-Uni, Rec. 1983, 3431.

419 CJCE aff. 22/84 Johnson, Rec. 1986, 1651.

d'établissements pénitenciers⁴²⁰ et des soldats⁴²¹. Lorsque les États prévoient une possibilité de différenciation, celle-ci doit alors avoir un objectif légitime et l'exigence professionnelle doit obéir au principe de proportionnalité. Ces critères de contrôle figurent eux aussi dans la directive 2006/54 («(...) pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée»)⁴²² qui entérine ainsi la jurisprudence. Plutôt que de recenser les anciens cas, prenons une affaire jugée récemment, qui résume bien le droit en vigueur.

Une jeune femme policière, Madame *Napoli*, est admise à un cours de formation en police pénitentiaire puis exclue de ce dernier en raison de la naissance de son enfant et du congé maternité ayant suivi. L'administration lui signale que «le versement de sa rémunération serait interrompu» et qu'elle «serait admise de plein droit au prochain cours organisé»⁴²³. Le droit national (italien) prévoit entre autre ceci: «Le personnel qui, pour une raison valable, a été absent du cours pendant plus de 30 jours est admis à fréquenter un cours successif. Le personnel de sexe féminin dont l'absence de plus de 30 jours est due à la maternité est admis à fréquenter le cours qui suit les périodes d'absence du travail prévues par les dispositions sur la protection des travailleuses mères de famille»⁴²⁴. Le traitement défavorable provient du fait principalement que l'intéressée, n'ayant pas pu suivre le cours, n'est pas promue au niveau hiérarchique supérieur de commissaire adjoint et ne perçoit pas la rémunération correspondante, contrairement à ses collègues ayant pu suivre le cours en question.⁴²⁵ La Cour conclut que «l'exclusion du premier cours et l'interdiction subséquente de participer à l'examen sanctionnant ce cours ont pour conséquence la perte d'une chance de l'intéressée de bénéficier, de la même manière que ses collègues, d'une amélioration des conditions de travail et doivent donc être considérées comme étant constitutives d'un traitement défavorable au sens de l'article 15 de la directive 2006/54»⁴²⁶. Elle réfute les raisons d'intérêt public, estimant que la loi italienne instaure «des mesures dérogatoires à un droit fondamental»⁴²⁷. L'égalité de traitement entre hommes et femmes fait partie des principes généraux du droit de l'Union (voir en ce sens, notamment, l'arrêt Kreil précité, point 23). Elle s'oppose à une mesure «qui prévoit l'exclusion automatique des cours de formation et entraîne l'impossibilité de se présenter à l'examen organisé par la suite sans qu'il soit tenu compte, notamment, ni du stade desdits cours auquel intervient l'absence pour congé de maternité ni de la

420 CJCE aff. C-14/83 Von Colson et Kamann, Rec. 1984, 1891.

421 CJCE aff. C285/98 Kreil, Rec. 2000, I69.

422 art. 14 al. 2 in fine directive 2006/54

423 CJUE aff. C-595/12 Napoli, Rec. 2014, I-00000, consid. 14; arrêt du 6 mars 2014, non encore publié au recueil officiel.

424 CJUE aff. C-595/12 Napoli, Rec. 2014, I-00000, consid. 9.

425 CJUE aff. C-595/12 Napoli, Rec. 2014, I-00000, consid. 17.

426 CJUE aff. C-595/12 Napoli, Rec. 2014, I-00000, consid. 33.

427 CJUE aff. C-595/12 Napoli, Rec. 2014, I-00000, consid. 34.

formation déjà acquise et qui se borne à reconnaître à la femme ayant pris un tel congé le droit de participer à un cours de formation organisé à une date ultérieure mais incertaine»; une telle règle «n'apparaît pas conforme audit principe de proportionnalité». D'après la Cour, la »méconnaissance de ce principe est d'autant plus flagrante que (...) la circonstance que le début du prochain cours de formation constitue un évènement incertain découle du fait que les autorités compétentes n'ont pas d'obligation d'organiser un tel cours à des échéances déterminées»⁴²⁸ La Cour donne même des indications sur comment l'Italie aurait pu convenablement faire usage sa marge de manœuvre: «(...) comme la juridiction de renvoi l'a elle-même relevé, les autorités nationales pourraient, le cas échéant, envisager de concilier l'exigence de formation complète des candidats avec les droits de la travailleuse en prévoyant, pour la travailleuse qui revient d'un congé de maternité, des cours parallèles de récupération équivalents aux cours de formation initiaux de manière à ce que cette travailleuse puisse être admise, en temps utile, à l'examen lui permettant d'accéder, dans les meilleurs délais, à un niveau supérieur de hiérarchie et impliquant également que le déroulement de sa carrière ne soit pas plus défavorable que celui de la carrière d'un collègue masculin lauréat du même concours et admis au même cours de formation initial»⁴²⁹. La Cour n'utilise pas les termes de «proportionnalité» ou de «cohérence», mais on peut les lire entre les lignes.

Les principes transversaux sont encore d'avantage présents dans les affaires qui relèvent de la discrimination en raison de l'âge, de l'orientation sexuelle et des autres critères susmentionnés. Les directives en question réservent certains intérêts publics⁴³⁰ et exigent que les dérogations éventuelles à l'égalité de traitement respectent le principe de proportionnalité⁴³¹. On y trouve une règle équivalente à l'art. 14 al. 2 de la directive 2006/54: les exigences liées à l'exercice de certaines professions peuvent justifier des différences si l'objectif est légitime et l'exigence proportionnée⁴³². La marge de manœuvre et les conditions fixées aux États varient en fonction des critères et sont plus larges en matière d'âge qu'en matière de race ou d'origine ethnique. L'art. 6 de la directive 2000/78, par exemple, permet des différences entre autres en ce qui concerne l'accès à l'emploi, l'expérience professionnelle (âge minimum) et l'âge de la retraite (âge maximum). Sur cette base, toute une casuistique s'est développée, que nous avons présentée ci-dessus. Le maintien d'un «service médical de qualité» de même que «l'équilibre financier du système de sécurité sociale» sont fréquemment invoqués par les États membres, par exemple pour justifier une limite d'âge applicable aux médecins (pour rappel: une limite de 68 ans imposée

428 CJUE aff. C-595/12 Napoli, Rec. 2014, I-00000, consid. 37.

429 CJUE aff. C-595/12 Napoli, Rec. 2014, I-00000, consid. 38.

430 Art. 2 al. 5 directive 2000/78.

431 Art. 6 al. 1 directive 2000/78.

432 Art. 4 al. 1 directive 2000/78; art. 4 directive 2000/43.

aux dentistes conventionnés est discriminatoire dans la mesure où des dentistes non conventionnés ne sont pas confrontés à une telle limite⁴³³). Il en va de même de la sécurité publique, qu'il s'agisse des catastrophes naturelles, des transports ou d'autres domaines. La jurisprudence admet par exemple, on l'a vu ci-dessus, un seuil d'âge fixé à trente ans pour les sapeurs-pompiers⁴³⁴. Même en ce qui concerne les discriminations salariales, que la directive 2000/78/CE interdit aussi, des nuances apparaissent. Ainsi, un régime transitoire destiné à faire disparaître les discriminations mais qui laisse subsister, durant un certain temps, des avantages acquis, est considéré comme poursuivant un objectif légitime, compte tenu entre autres de la marge de manœuvre qu'il faut accorder aux partenaires sociaux⁴³⁵. Quant aux limites d'âges imposées aux pilotes de ligne, la Cour a exigé de la part des autorités publiques qu'elles agissent conformément au principe de la proportionnalité⁴³⁶ et que les règles nationales reposent sur des raisons objectives⁴³⁷.

Cette jurisprudence fait bien ressortir les limites fixées aux États et la portée qui revient au principe de proportionnalité. Pour appliquer celui-ci, il faut tenir compte des faits. Quand il s'agit de justifier la limite d'âge des pompiers, par exemple, la Cour se penche sur les contraintes liées à la lutte contre les incendies, évoque la nécessité de venir au secours des personnes en détresse et estime que seuls des fonctionnaires plus jeunes peuvent accomplir de telles tâches⁴³⁸. Pour décider si une limite d'âge imposée aux procureurs est «appropriée et nécessaire», elle étudie les qualifications particulières qu'il faut réunir pour pouvoir accéder à cette fonction; comme les jeunes aspirants à cette profession doivent passer par des stages préalables, il «n'apparaît pas déraisonnable» de faire partir les plus âgés à un moment donné⁴³⁹. Le départ à la retraite d'un agent de la poste suédoise ne paraît pas «excessif», compte tenu notamment de la flexibilité laissée à l'État membre et aux partenaires sociaux⁴⁴⁰. Il faut aussi mesurer les règles nationales à l'aune des intérêts publics qui sont en jeu dans le cas d'espèce: en matière de politique sociale et d'emploi notamment, les États membres disposent, ainsi que dit la Cour, «incontestablement d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptible de réaliser leurs objectifs»⁴⁴¹. Le principe de proportionnalité a donc, dans ce secteur, une portée a

433 CJUE aff. C-341/08 Petersen, Rec. 2010, I-47.

434 CJUE, aff. C-229/08 Wolf, Rec. 2010, I-1.

435 CJUE aff. jtes C-297/10 et 298/10 Hennigs et Mai, Rec. 2011, I-7965.

436 Jurisprudence constante; voir, par exemple, CJCE, aff. C-447/09 Prigge et al., Rec. 2011, I-8003.

437 Jurisprudence constante; voir, par exemple, CJCE, aff. C-447/09 Prigge et al., Rec. 2011, I-8003.

438 CJUE aff. C-229/08 Wolf, Rec. 2010, I-1, consid. 43.

439 CJUE aff. jtes C-159/10 et C-160/10 Fuchs et Köhler, Rec. 2011, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

440 CJUE, aff. C-141/11 Hörnfeldt, Rec. 2012, I-00000, consid. 25, arrêt non encore publié au recueil officiel.

priori plus souple. Cela n'empêche qu'il faut démasquer des règles arbitraires, celles par exemple qui prétendent s'appuyer sur l'expérience professionnelle mais qui, en réalité, instaurent, à connaissances égales, une différence liée à l'âge⁴⁴². La Cour prend aussi en compte la cohérence globale d'une réglementation, celle qui instaure par exemple une limite d'âge pour les seuls dentistes qui pratiquent à la charge de l'assurance sociale⁴⁴³; ce critère entre en ligne de compte lors de «l'appréciation du caractère nécessaire de la mesure, par rapport à l'objectif recherché»; il est en l'espèce nié parce que la législation est faite d'un jeu de règles et d'exceptions confus⁴⁴⁴. La Cour se réfère d'ailleurs à l'arrêt *Hartlauer* (concernant la libre prestation des services) selon lequel «une législation n'est propre à garantir la réalisation de l'objectif invoqué que si elle répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique»⁴⁴⁵.

Il y a bien sûr encore d'autres points communs qui montrent que la non-discrimination et les autres éléments font partie d'un même ordre juridique. On voit par exemple que la notion de rémunération est uniforme. Elle paraît dans la directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO 2000 L 303/16. Comme dans les autres contextes (égalité des salaires entre hommes et femmes, notamment), elle est large et inclut par exemple une aide versée aux fonctionnaires allemands au titre de la loi sur les fonctionnaires fédéraux destinée à couvrir une partie des soins médicaux⁴⁴⁶. Les règles de procédure sont évidemment uniformes: «les règles nationales relatives aux délais de recours peuvent s'appliquer pour autant qu'elles ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne et qu'elles ne rendent pas impossible pratiquement l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire» (consid. 19 directive 2002/73/CE)⁴⁴⁷. Les principes d'équivalence et d'effectivité, on l'a vu, sont présents également dans d'autres domaines du droit social européen, la coordination des systèmes de sécurité sociale notamment.

441 CJCE aff. C-88/08 Hütter, Rec. 2009, I-5325, consid. 45; CJCE aff. C-144/04 Mangold Rec. 2005, I-9981, consid. 63.

442 CJCE aff. C-88/08 Hütter, Rec. 2009, I-5325, consid. 47.

443 CJUE, aff. C-341/08 Petersen, Rec. 2010, I-47, consid. 53

444 CJUE, aff. C-341/08 Petersen, Rec. 2010, I-47, consid. 56.

445 CJUE, aff. C-341/08 Petersen, Rec. 2010, I-47, consid. 53, *in fine*.

446 CJUE aff. jtes C-124/11 et al. République fédérale d'Allemagne contre Dittrich, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

447 CJCE aff. C-208/90 Emmott, Rec. 1991, I-4269; voir aussi CJCE aff. 163/82 Commission/Italie, Rec. 1983, 3223.

c. Conclusion intermédiaire

En résumé, le droit à la non-discrimination est régi par les principes généraux du droit européen, comme tous les autres domaines. Qualifiée de droit fondamental, l'égalité de traitement ne peut être restreinte par des mesures disproportionnées – cela est évident⁴⁴⁸. En matière de rémunération, lorsqu'il s'agit d'un même travail, des justes motifs sont d'emblée exclus et le principe de proportionnalité n'a pas à intervenir. Il intervient par contre en matière d'accès à l'emploi, un aspect qui touche à l'autonomie privée et nécessite donc une approche plus nuancée. Il faut tenir compte des intérêts de l'employeur et il faut aussi prendre garde à ne pas trop interférer dans les relations entre partenaires sociaux. Ce dernier point est important également pour le troisième et dernier volet étudié, soit les règles adoptées dans le cadre de la politique sociale.

3. En politique sociale

Les buts sociaux n'ont pas d'effet direct, on l'a vu ci-dessus, et les actes adoptés par les organes figurent dès lors au premier plan. Il s'agit quasi exclusivement de directives, qui nécessitent donc l'intervention des législateurs nationaux. Les domaines concernés relèvent presque exclusivement du droit du travail, la sécurité sociale étant du ressort des États membres. Sous réserve de l'effet direct d'une directive, un cas à considérer comme exceptionnel vu les conditions qui doivent être remplies, les relations juridiques entre travailleurs et employeurs sont ainsi régies par les lois nationales. S'ajoutent les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux, auxquelles l'Union européenne prête une attention particulière en termes d'autonomie et de participation⁴⁴⁹.

Autrement dit, nous n'avons pas affaire ici à des barrières aux échanges (comme en matière de libre circulation des marchandises, des personnes et des services) ni à des droits fondamentaux (comme avec l'égalité de traitement). Il s'agit d'aspects contractuels, par exemple la possibilité de conclure des contrats à durée déterminée, parfois de règles de droit administratif, en matière de santé et de sécurité au travail notamment.

Les principes généraux susmentionnés peuvent donc tout au plus intervenir lorsqu'il s'agit d'évaluer si le législateur national s'est tenu à son devoir de transposition et, le cas échéant, si une règle nationale qui déroge au droit européen paraît justifiée. Dans le cas déjà signalé, à savoir celui d'une hôtesse de l'air (cheffe de cabine) qui est, en raison de sa grossesse, provisoirement affectée à un poste au sol, la Cour relève la marge d'appréciation des États membres et des partenaires sociaux; le fait que la travailleuse ne peut pas, pour le travail de remplacement, obtenir les primes spéciales qu'obtiennent les chefs de cabine

448 Voir aussi art. 36 al. 3 Cst.: «Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé».

449 Art. 153 TFUE = ex-art. 138 TCE; CJCE aff. 175/73 Union syndicale/Conseil, Rec. 1974, 917.

en raison de certaines activités spécifiques n'est pas en soi contraire à la directive⁴⁵⁰. Elle a aussi jugé qu'il n'y a pas de droit à un congé parental doublé en cas de naissance de jumeaux mais les États membres doivent tenir dûment compte des besoins particuliers de parents qui se trouvent dans une situation de naissances multiples⁴⁵¹. En matière de report du congé annuel, les États membres gardent également une marge de manœuvre⁴⁵². La directive 2003/88/CE, qui s'inscrit dans le contexte de la santé et de la sécurité au travail, ne s'oppose ainsi pas à des dispositions nationales limitant, «par une période de report de quinze mois à l'expiration de laquelle le droit au congé annuel payé s'éteint, le cumul des droits à un tel congé d'un travailleur en incapacité de travail pendant plusieurs périodes de référence consécutive»; une telle réglementation paraît admissible, et ce même lorsque le congé n'a pas pu être pris pour cause de maladie⁴⁵³. Le fait d'autoriser la conclusion de contrats en chaîne n'est pas contraire à l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée «si l'ordre juridique interne de l'État membre concerné comporte une autre mesure équivalente effective pour éviter et, le cas échéant, sanctionner l'utilisation abusive de contrats à durée déterminée successifs»⁴⁵⁴. Lorsqu'un régime juridique, par exemple concernant les vacances, est prévu par les partenaires sociaux, une retenue encore plus grande s'impose. Un plan social, notamment, qui prévoit de calculer le droit aux vacances au *pro rata temporis* lorsqu'il s'agit de travailleurs dont le temps de travail est réduit, est compatible avec les exigences du droit européen⁴⁵⁵. En revanche, une réglementation française qui exclut les personnes qui travaillent occasionnellement dans des centres de vacances de leur droit à une période minimale de repos journalier n'est pas euro-compatible; le fait notamment que les personnes concernées ne travaillent que 80 jours par année dans cette activité ne constitue pas un motif suffisant⁴⁵⁶. La Cour rappelle que la directive 2003/88 permet des dérogations au repos journalier (art. 17) mais qu'il faut se limiter «à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder les intérêts que ces dérogations permettent de protéger»⁴⁵⁷. L'intérêt invoqué en l'espèce est la protection de biens et de personnes qu'il s'agirait de garantir par une surveillance ininterrompue. Il correspond d'ailleurs à celui mentionné à l'art. 17 de la directive et il est contrebalancé par la protection des travailleurs qui doivent alors bénéficier d'un repos compensatoire. Or la loi nationale en question ne prévoit pas pareille compensation⁴⁵⁸. Le gouvernement français in-

450 CJUE, aff. C-471/08 Parviaainen, Rec. 2010, I-6533.

451 CJUE aff. C-149/10 Chatzi, Rec. 2010, I-8489.

452 CJUE aff. C-214/10 Schulte, Rec. 2011, I-11757.

453 CJUE aff. C-214/10 Schulte, Rec. 2011, I-11757, consid. 44.

454 CJUE aff. C-109/09 Kumpan, Rec. 2011, I-1309, consid. 44.

455 CJUE aff. C-229/11 et C-210/11 Heimann et Toltschin, Rec. 2012, I-00000, non encore publié au recueil officiel.

456 CJUE aff. C-428/09 Union syndicale Solidaire Isère, Rec. 2010, I-9961.

457 CJUE aff. C-428/09 Union syndicale Solidaire Isère, Rec. 2010, I-9961, consid. 40.

458 CJUE aff. C-428/09 Union syndicale Solidaire Isère, Rec. 2010, I-9961, consid. 52.

voque aussi le fait que les éducateurs en question connaîtraient le mieux les jeunes à encadrer et qu'ils auraient leur confiance⁴⁵⁹. La Cour admet que le besoin d'encadrement permanent, par les mêmes éducateurs, puisse en principe représenter une raison objective pour ne pas offrir un temps de repos compensatoire; la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs pèse toutefois plus lourd dans la balance⁴⁶⁰. Comme dans d'autres affaires relevant du droit du travail, la Cour se focalise sur le but de la directive qui serait compromis si l'on admettait des exceptions trop facilement⁴⁶¹.

Dans l'ensemble, des critères nuancés apparaissent, mais le principe de proportionnalité n'est que peu mis à contribution. Ce n'est pas l'instrument approprié pour régir les relations entre personnes privées, d'une part. D'autre part, les règles à transposer en droit interne laissent moins de marge de manœuvre aux États membres: le nombre d'heures de travail maximal est fixé exactement, les possibilités d'exemption aussi (il faut une période compensatoire). Certaines raisons objectives peuvent bien sûr motiver des dérogations; cette possibilité est inhérente au rapports entre droit européen et droit national. Toutefois, les directives relatives au droit du travail ne contiennent pas de clauses générales permettant des dérogations, contrairement aux directives sur la non-discrimination (p.ex. directive 2000/78: les États peuvent prévoir des différences en matière d'âge, notamment si une raison objective le justifie). Les possibilités qu'ont les États de déroger à la règle sont d'emblée circonscrites de façon plus exacte et il ne paraît alors pas nécessaire d'ajouter que le principe de proportionnalité doit être respecté. Ce correctif suppose en effet que les États membres aient un certain choix.

Les directives relatives au droit du travail contiennent des prescriptions minimales (art. 153 TFUE = ex-art. 137 TCE), ce qui signifie que les règles fixées représentent un standard absolu à respecter par les États; il y a même des directives, en particulier celles concernant la santé et la sécurité des travailleurs, qui contiennent une clause dite de «non-régression» selon laquelle les États membres ne peuvent pas réduire le niveau de protection des travailleurs antérieurement atteint en droit national⁴⁶². Pratiquement toutes les directives en question contiennent une règle qui rappelle que les États membres peuvent prévoir des dispositions légales ou administratives plus favorables aux travailleurs (p.ex. art. 8 directive 2001/23/CE concernant le transfert d'entreprise). Une éventuelle dérogation «vers le haut» ne requiert par définition pas de justes motifs.

459 CJUE aff. C-428/09 Union syndicale Solidaire Isère, Rec. 2010, I-9961, consid. 54.

460 CJUE aff. C-428/09 Union syndicale Solidaire Isère, Rec. 2010, I-9961, consid. 58.

461 CJCE aff. C-151/02 Jaeger, Rec. 2003, I-8389, consid. 70.

462 CJCE aff. C-378/07 Angelidaki, Rec. 2009, I-3071, consid. 208.

F. Conclusion finale

Nous arrivons au bout de notre histoire et quelques impressions restent. Les individus d'abord, qui font dire au juge que les traités sont directement applicables, que toute disposition nationale contraire reste écartée⁴⁶³, que l'on peut exiger l'interprétation conforme et faire valoir des dommages-et-intérêts⁴⁶⁴. Cette spécificité du droit européen domine tous les domaines du droit social de l'Union; elle est particulièrement présente dans la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale dont le but est d'encourager le droit à la libre circulation des personnes. Ensuite, le juge, dont le rôle consiste à expliquer aux États que les intérêts publics prépondérants sont bien sûr réservés, mais à condition que quelques règles essentielles soient respectées: l'absence d'arbitraire (il faut des raisons objectives⁴⁶⁵, non discriminatoires) et le respect de la proportionnalité. Ces conditions sont nécessaires dans le domaine de la sécurité sociale, où les États érigent encore des barrières en invoquant un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de santé et d'autres facteurs. Refuser une prestation au seul motif que l'intéressé réside ailleurs ou qu'il doit se faire soigner dans un hôpital national n'est permis que sur la base d'une règle légale claire et cohérente⁴⁶⁶, puis le moyen utilisé doit être en adéquation avec le but recherché⁴⁶⁷. Depuis longtemps, ces principes forment le cadre juridique de la sécurité sociale au niveau interne⁴⁶⁸. Respectons-les aussi lorsqu'il s'agit de traiter des situations qui dépassent les frontières.

463 Jurisprudence constante; voir, par exemple, CJCE aff. jtes C-231/06 à 233/06 Jonkman et al., Rec. 2007, I-5149, consid. 39.

464 Jurisprudence constante; voir, par exemple, CJCE aff. jtes C-231/06 à 233/06 Jonkman et al., Rec. 2007, I-5149, consid. 40.

465 CJCE, aff. C-447/09 Prigge et al., Rec. 2011, I-8003.

466 CJUE aff. C-341/08 Petersen, Rec. 2010, I-47, consid. 53.

467 CJCE aff. C-228/07 Petersen, Rec. 2008, I-6989, consid. 54; CJCE aff. C-372/04 Watts, Rec. 2006, I-4325, consid. 106.

468 ALFRED MAURER, *Bundessozialversicherungsrecht*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 1993, p. 34. Voir ATF 139 V 585, consid. 6.3.7.5.