Öberg & Associés

AVIS JURIDIQUE

(EXTRAIT A DES FINS DE TRADUCTION UNIQUEMENT)

TRAVAIL PRECAIRE ET DROIT DE L'UNION EUROPEENNE

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

AVRIL 2016

I – INTRODUCTION ET RESUME

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

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

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

En résumé, nos conclusions sont les suivantes :

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

Ö&A

- La définition d'« emplois précaires » par les membres fondateurs du syndicat européen industriAll (FEM, EMCEF et FES-THC) dans leur *Revendication commune pour des négociations collectives, pour des emplois plus sûrs et contre le travail précaire* de 2012 pourrait servir de base à une définition commune du concept de « travail précaire » et de « conditions de travail précaires » par les partenaires du projet.
- Bien que la Commission européenne ait pour sa part insisté sur le fait que le « travail précaire » ne constitue pas un concept juridique dans le droit de l'Union européenne, le concept de « precariousness », ou *précarité*, s'est déjà transformé en législation contraignante dans le droit du travail de certains États membres, comme dans le Code du travail français.
- Dans de récents documents d'orientation de l'UE en matière de politique de l'emploi, on constate que l'accent est de plus en plus mis non seulement sur « davantage d'emplois », mais aussi sur des « emplois de qualité », et que la « segmentation de la main-d'œuvre » fait l'objet d'une discussion. Ainsi, selon la Commission européenne, pour aborder la problématique de la segmentation, la législation sur la protection de l'emploi devrait être modifiée afin de réduire la surprotection des travailleurs sous contrat à durée indéterminée et fournir une protection à ceux qui restent en-dehors ou en marge du marché du travail. Il en va de même dans le contexte des rapports du semestre européen dans le cadre de la stratégie Europe 2020.
- Jusqu'en 2013, la Commission européenne concluait que l'on pouvait remédier au travail précaire via les dispositions législatives existantes. Cependant, dans son dernier examen annuel de la croissance 2016, la Commission européenne déclarait que la généralisation de l'évolution vers des marchés du travail plus flexibles devrait faciliter la création d'emplois, mais devrait également permettre la transition vers des contrats plus permanents. À notre connaissance, c'est la première fois que la Commission a expressément précisé l'objectif politique et économique selon lequel cette évolution ne doit pas avoir pour conséquence l'augmentation du nombre d'emplois précaires.
- Compte tenu de l'annonce récente par le président de la Commission, M. Juncker, d'un paquet législatif pour le printemps 2016, conçu afin d'« offrir une base minimale de droits sociaux » fondée sur le principe de l'égalité de rémunération pour un travail égal sur un même lieu de travail, il semble que la Commission Juncker ait opéré un changement insoupçonné de paradigme et délaissé l'insistance de la précédente Commission Barroso pour une concurrence réglementaire en faveur d'une neutralité réglementaire. Il s'agit peut-être d'un tournant vers de nouvelles orientations politiques générales et de nouvelles priorités en matière d'emploi, particulièrement en ce qui concerne la transition vers plus de contrats à durée indéterminée et la façon de mettre fin au travail précaire. Les conclusions du Conseil européen d'Essen sur l'emploi en 1994, sur lesquelles la Cour européenne de justice s'est appuyée pour promouvoir le travail atypique, en particulier concernant le travail à temps partiel, pourraient être remplacées par un nouvel agenda politique orienté vers l'élimination de la pauvreté, ainsi que sur la lutte contre les inégalités et les injustices, en particulier en garantissant le principe d'égalité de rémunération pour un travail égal ou un travail de valeur égale.
- Dans ses dernières résolutions sur le respect des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne, le Parlement européen a souligné le lien entre la crise économique et financière actuelle et les mesures mises en œuvre pour la combattre dans certains États membres, dont les conséquences ont des répercussions négatives sur les conditions d'existence des citoyens de l'UE. Selon le Parlement européen, l'Union européenne traverse une période de crise économique et financière sévère dont les conséquences, associées aux mesures mises en œuvre pour combattre cette crise dans certains États membres – notamment des coupes budgétaires drastiques –, ont des répercussions négatives sur les conditions d'existence des citoyens de l'UE et sur leur bien-être :

augmentation du taux de chômage et de pauvreté, des inégalités et des conditions de travail précaires, et diminution de l'accès aux services et de la qualité de ceux-ci. Dans sa résolution, le Parlement européen souligne que les institutions de l'UE, de même que les États membres qui mettent en œuvre des réformes structurelles dans leurs systèmes économiques et sociaux, demeurent dans l'obligation de respecter la Charte et leurs engagements internationaux, et sont dès lors responsables de leurs prises de décisions.

- Lors du sommet des Nations unies sur le développement durable le 25 septembre 2015, les dirigeants mondiaux ont adopté le nouvel agenda 2030 pour le développement durable, qui comporte un ensemble de 17 objectifs de développement durable (ODD) pour éliminer la pauvreté, combattre les inégalités et les injustices, et lutter contre le changement climatique d'ici à 2030. Lors de l'Assemblée générale des Nations unies en septembre 2015, le travail décent et les quatre piliers de l'agenda pour le travail décent de l'OIT – la création d'emplois, la protection sociale, les droits au travail et le dialogue social – sont devenus partie intégrante de l'agenda 2030. L'objectif 8 de l'agenda 2030 plaide notamment pour une croissance économique soutenue, intégratrice et durable, le plein-emploi productif et le travail décent. L'objectif consiste, d'ici à 2030, à atteindre le plein-emploi productif et un travail décent pour toutes les femmes et tous les hommes, y compris les jeunes et les personnes handicapées, et une rémunération égale pour un travail de valeur égale, ainsi qu'à protéger les droits du travail et à favoriser des environnements de travail sûrs pour tous les travailleurs, y compris les travailleurs migrants – en particulier de sexe féminin – et ceux qui occupent des emplois précaires.
- Le 27 septembre 2011, le Conseil des droits de l'homme des Nations unies a adopté par consensus les *principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme* dans sa résolution 21/11. Le Conseil des droits de l'homme encourageait les gouvernements, les organes compétents des Nations unies, les agences spécialisées, les fonds et les programmes, les autres organisations intergouvernementales et les institutions nationales des droits de l'homme, ainsi que les organisations non gouvernementales et les acteurs non gouvernementaux, y compris le secteur privé, à prendre en considération les principes directeurs dans la formulation et la mise en œuvre de leurs politiques et mesures concernant les personnes touchées par l'extrême pauvreté. Le 20 décembre 2012, l'Assemblée générale des Nations unies a adopté une résolution « Droits de l'homme et extrême pauvreté », dans laquelle elle « [p]rend note avec intérêt des principes directeurs sur les droits de l'homme et l'extrême pauvreté que le Conseil des droits de l'homme a adoptés par sa résolution 21/11, parce qu'ils offrent aux États un outil utile pour élaborer et mettre en œuvre des politiques de réduction et d'élimination de la pauvreté, selon que de besoin. »
- Conformément au point 84 de ces *principes directeurs*, qui ont été coparrainés par l'Union européenne, les États devraient :

  a) Adopter une réglementation rigoureuse du travail et veiller à son application à travers une inspection du travail dotée de capacité et de ressources suffisantes pour assurer la jouissance du droit à des conditions de travail décentes ;

  b) Veiller à ce que tous les travailleurs perçoivent un salaire suffisant pour leur permettre ainsi qu'à leur famille d'avoir accès à un niveau de vie adéquat ;

  c) Veiller à ce que les normes juridiques prévoyant des conditions de travail justes et favorables soient étendues à l'économie informelle et respectées, et recueillir des données ventilées pour évaluer l'ampleur du travail informel ;

  d) Prendre des mesures concrètes pour assurer l'élimination de toutes les formes de travail forcé et servile ainsi que les formes nocives et dangereuses du travail des enfants, outre les mesures

visant à assurer la réinsertion sociale et économique des personnes concernées et à éviter la répétition de ce type de situation ;

e) Veiller à ce que les personnes qui dispensent des soins soient convenablement protégées et soutenues par des programmes et des services sociaux, y compris en ce qui concerne l'accès à des services de garderie d'un coût abordable ;

f) Mettre en place des mesures spécifiques pour accroître les possibilités qu'ont les personnes vivant dans la pauvreté de trouver un travail décent sur le marché du travail formel, notamment par le biais de l'orientation professionnelle, de la formation professionnelle et du perfectionnement des compétences ;

g) Éliminer la discrimination dans l'accès à l'emploi et à la formation, et veiller à ce que les programmes de formation soient accessibles aux personnes les plus vulnérables à la pauvreté et au chômage, y compris les femmes, les migrants et les personnes handicapées, et soient adaptés à leurs besoins ;

h) Respecter, promouvoir et assurer la liberté d'association de manière à ce que les travailleurs vivant dans la pauvreté puissent mieux affirmer leur identité, accroître leur représentation et mieux faire entendre leur voix dans le dialogue social et politique sur la réforme du travail.

- Ces *principes directeurs sur l'extrême pauvreté et les droits de l'homme* coparrainés par l'Union européenne pourraient servir de base minimale à la future stratégie du mouvement syndical européen pour lutter contre le travail précaire et les conditions de travail précaires. Quoi qu'il en soit, le mouvement syndical européen devra structurer le débat sur le travail précaire dans le cadre de ce débat sur la protection des droits fondamentaux.

- L'action législative de l'Union européenne dans le domaine du droit du travail se fonde aujourd'hui encore sur l'hypothèse fondamentale selon laquelle le contrat à durée indéterminée constitue la forme générale de la relation d'emploi, bien que la Cour ait reconnu que les contrats d'emploi atypiques sont une caractéristique de l'emploi dans certains secteurs, ou pour certaines occupations et activités. Compte tenu des profondes modifications structurelles des marchés de l'emploi dans les États membres respectifs, le « travail typique » devient de plus en plus un point de référence normatif, qui imprègne à la fois la réglementation et la conception sociale. Tandis que les statistiques disponibles sur le travail à durée déterminée, le travail à temps partiel, le travail intérimaire et le détachement des travailleurs – en particulier sur l'emploi des jeunes et la création d'emplois – semblent remettre en cause l'hypothèse théorique fondamentale selon laquelle le contrat à durée indéterminée constitue la forme générale de la relation d'emploi, il demeure utile de conserver le « travailleur à durée indéterminée comparable » comme comparateur pertinent pour les travailleurs précaires ou atypiques lorsque l'on évalue si les exigences d'égalité de traitement ont été respectées.

- Le présent avis juridique s'appuie sur l'hypothèse générale formulée par l'Organisation internationale du travail (OIT) selon laquelle le « travail atypique » est un travail qui s'écarte notablement de la relation d'emploi traditionnelle constituée par un travail à temps plein, à durée indéterminée, avec un lien direct de subordination.

- La Charte des droits fondamentaux de l'UE contient certaines dispositions concernant les droits des travailleurs. Cependant, certaines limites intrinsèques à l'applicabilité de la Charte rendent celle-ci inefficace pour fournir une protection contre le travail précaire et les conditions de travail précaires. La Cour s'est par exemple déclarée incompétente pour répondre à des questions préliminaires concernant les périodes probatoires dans des contrats de travail atypiques tant que le

législateur de l'Union n'aura pas exercé sa compétence pour légiférer en la matière. Pour qu'un travailleur bénéficie d'une protection au titre de la Charte, il est dès lors nécessaire, en vertu de la jurisprudence actuelle de la Cour, que la législation dans le domaine du droit du travail soit suffisamment claire et précise de façon à créer des droits pour les individus. Cependant, si la précarité est incluse dans la définition de la « dignité » énoncée à l'article 31(1) de la Charte, un pas important aura été franchi.

- Dès le début de l'intégration européenne et depuis le rapport Spaak, il a toujours été clair que le socle même sur lequel la dimension sociale de l'Europe s'est bâtie repose sur le fait que la concurrence structurelle sur les salaires doit être exclue soit par les législations nationales, soit par des actions sociales menées par les syndicats. Comme l'indiquait le rapport Ohlin, il est conforme aux intérêts du mouvement syndical de promouvoir et de soutenir des actions pour mettre fin aux différences injustifiées du prix de la main-d'œuvre en faveur des catégories à bas salaires. À l'époque, en Europe, il était communément admis que salaires et conditions de travail résultaient des négociations collectives menées par les partenaires sociaux. Selon les termes du rapport Ohlin, il était généralement admis que « l'intervention gouvernementale dans le libre jeu des négociations collectives, si jamais elle devient nécessaire, doit être aussi réduite que possible. » Cela signifie qu'au bout du compte, les rapports Spaak et Ohlin présentent une justification économique régissant la non-discrimination.
- Sans une reconnaissance formelle des principes de non-discrimination et d'égalité de rémunération pour un travail égal comme normes juridiques directement applicables pouvant être employées lors de procédures entre des parties privées – en particulier entre, d'une part, les travailleurs précaires et non précaires (et/ou leurs représentants syndicaux) et de l'autre, les employeurs –, les travailleurs et les syndicats sont privés en Europe de leur principal outil pour éliminer les inégalités et pour promouvoir de la même manière l'égalité entre les citoyens européens et les travailleurs migrants issus de pays tiers.
- La définition de ce qui constitue effectivement un « travailleur » aux fins du droit de l'Union européenne est essentielle pour comprendre le champ de protection par le droit du travail dont disposent les travailleurs précaires au titre du droit de l'UE. Tandis qu'un « travailleur » n'est pas défini dans les Traités de l'UE, la jurisprudence de la Cour sur la liberté de circulation des travailleurs au titre de l'article 45 du TFUE a apporté des éclaircissements sur ce point. Selon une jurisprudence constante de la Cour, le concept de « travailleur » a une signification autonome spécifique au titre du droit de l'Union européenne et ne doit pas être interprété dans un sens restrictif. Dès lors, toute personne qui exerce des activités réelles et tangibles, à l'exclusion d'activités à si petite échelle qu'on peut les considérer comme purement marginales et accessoires, doit être considérée comme un « travailleur ». Selon cette même jurisprudence, la caractéristique essentielle d'une relation de travail est que pendant un certain temps, une personne « accomplit, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération. »
- Le statut de « travailleur » au sens du droit de l'Union européenne n'est pas invalidé par le fait qu'une personne a été engagée en tant que travailleur indépendant au titre du droit national pour des raisons fiscales, administratives ou organisationnelles, tant que cette personne agit sous la direction de son employeur – en particulier en ce qui concerne sa liberté de choisir le temps, le lieu et la teneur de son travail –, ne partage pas le risque commercial de son employeur et, pour la durée de cette relation, fait partie intégrante de l'entreprise de l'employeur, formant ainsi une unité économique avec celle-ci.
- Le fait que dans le contexte d'une relation de travail, une personne travaille seulement pendant un

nombre d'heures très réduit, peut être une indication que les activités exercées sont marginales et accessoires. Indépendamment du montant limité de la rémunération et du nombre réduit d'heures de l'activité en question, on ne peut cependant pas exclure, suite à une évaluation globale de la relation de travail concernée, que l'activité puisse être considérée par les autorités nationales comme étant réelle et tangible, et permette dès lors à celui qui l'exerce de se voir accorder le statut de « travailleur » au sens du droit de l'Union européenne. Il est dès lors probable que les salariés sous « contrat zéro heure » entrent dans le cadre des « travailleurs » au titre du droit de l'Union européenne.

- Il ressort également de la jurisprudence constante de la Cour que le concept de « travailleur » en droit de l'Union européenne s'applique également à une personne qui accomplit un stage ou des périodes d'apprentissage dans une occupation qui peut être considérée comme une préparation pratique liée à l'accomplissement réel de l'occupation en question, pour autant que ces périodes soient prestées dans les conditions d'une activité salariée réelle et effective, pour et sous la direction d'un employeur. La Cour a indiqué que cette conclusion ne peut pas être invalidée au motif que la productivité de la personne concernée est faible, qu'elle n'accomplit pas l'intégralité des tâches et que, de ce fait, elle ne travaille qu'un nombre réduit d'heures par semaine et ne perçoit qu'une rémunération limitée.
- Il existe une contradiction intrinsèque dans la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne le travail atypique et/ou précaire, de telle sorte que la Cour, à un moment ou à un autre, devra décider si l'objectif économique du travail atypique en droit de l'Union européenne est principal ou secondaire par rapport à l'objectif social poursuivi par les directives considérées sur le travail à durée déterminée, le travail à temps partiel, le détachement de travailleurs et le travail intérimaire.
- Ainsi que l'a fait remarquer Steven Peers, le principe de l'égalité de traitement des travailleurs atypiques – ou de non-discrimination à leur égard – fait partie du principe général d'égalité reconnu par le droit de l'UE et s'inspire de certains aspects de la jurisprudence de la Cour de justice, spécifiquement en ce qui concerne le droit en matière de discrimination sexuelle. La législation de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de justice indiquent également que, dans une large mesure, il faut garantir aux travailleurs atypiques l'égalité de traitement concernant les autres droits en matière de travail et de non-discrimination protégés par le droit européen.
- Les travailleurs à durée déterminée, les travailleurs à temps partiel, les travailleurs intérimaires, les travailleurs détachés, ainsi que les autres travailleurs précaires sous des régimes de travail atypiques comme les travailleurs sous « contrat zéro heure » et autres régimes du même genre, les « faux » travailleurs indépendants, les jeunes qui entrent sur le marché du travail via des programmes de stage ou d'apprentissage, ainsi que les travailleurs domestiques migrants, ne devraient dès lors pas être traités moins favorablement qu'un « travailleur à durée indéterminée comparable » en l'absence de toute justification objective et ce, indépendamment du fait qu'il y ait ou non des « travailleurs à durée indéterminée comparables » sur le lieu de travail considéré.
- En effet, le « travailleur à durée indéterminée comparable » a déjà été défini dans la clause 3(2) de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée comme « un travailleur ayant un contrat ou une relation de travail à durée indéterminée dans le même établissement, et ayant un emploi/travail identique ou similaire, en tenant compte des qualifications/compétences. Lorsqu'il n'existe aucun travailleur à durée indéterminée comparable dans le même établissement, la comparaison s'effectue par référence à la convention collective applicable ou, en l'absence de convention collective applicable, conformément à la législation, aux conventions collectives ou aux pratiques nationales. »

Ö&A

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