

Colloque 60 ans des Traités de Rome

Cour de cassation 28 avril 2017

par Philippe FLORES

Je dois le confesser, le thème qui m'a été confié, à savoir le droit du travail et le droit de la consommation en droit européen, m'a intimidé. Et ce sentiment, accru par le délai imparti, ne s'est pas dissipé.

Pourtant, le lien entre ces deux matières paraît logique. Le droit du travail est certes plus ancien et plus sophistiqué que le droit de la consommation, mais ces deux matières sont habitées par une préoccupation commune : assurer l'équilibre d'une relation marquée par un déséquilibre entre les parties. Leur convergence est claire : l'organisation de la protection de la partie considérée comme plus faible, salarié ou consommateur, et son adossement à un ordre public destiné à prévenir les tentatives d'évasion des dispositions protectrices.

Ces deux matières relevant du champ de compétence du droit de l'Union, d'éventuelles frictions avec le droit national peuvent surgir. Et si un litige met en lumière un défaut de conformité, il appartient au juge d'appliquer son droit national dans le respect des finalités poursuivies par les directives applicables.

Je vous propose de nous concentrer sur cette mise en œuvre du principe d'effectivité par le juge au travers de deux exemples, forcément partiels.

Le premier, tiré du droit du travail, où le juge, se fait l'artisan de l'application concrète des garanties offertes par le droit de l'Union pour pallier les insuffisances du droit national. Le second, issu du droit de la consommation, où le droit communautaire fait du juge le garant de l'effectivité des droits de la partie protégée.

Le juge artisan des garanties offertes par le droit de l'Union

S'agissant du droit du travail, les congés payés posent depuis plus de quinze ans une question de conventionnalité particulièrement lancinante.

Le droit à des congés payés a été consacré par la Charte des droits fondamentaux qui, dans son article 31 prévoit que "tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés".

De son côté, l'article 7-1 de la directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003 garantit un congé annuel de quatre semaines.

La Cour de Justice de l'Union européenne en a déduit que "*le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social de l'Union revêtant une importance particulière, auquel il ne saurait être dérogé*" (CJUE, 24 janvier 2012, Dominguez, C-282/10).

En conséquence, les États membres ne peuvent pas exclure la naissance de ce droit à congé annuel payé, ni en restreindre la portée (CJCE, 26 juin 2001, BECTU, C-173/99).

A première vue, la France et ses cinq semaines de congé annuel payé paraît à l'abri de toute critique. Pourtant, il n'en est rien. La difficulté ne résulte pas du nombre de jours de congés accordés mais des conditions dans lesquelles chaque travailleur va les acquérir. En effet, selon l'article L. 3141-4 du code du travail "le salarié a droit à un congé de deux jours et demi ouvrables par mois de travail effectif chez le même employeur". Ce lien entre le travail effectif et le droit à congés exclut les salariés malades, sauf exception légale soigneusement circonscrite par le législateur.

L'approche du droit de l'Union est radicalement différente, car le droit à congés payés est attaché à la qualité de travailleur.

"La directive 2003/88 n'opère aucune distinction entre les travailleurs qui sont absents du travail en vertu d'un congé de maladie, de courte ou de longue durée, pendant la période de référence, et ceux qui ont effectivement travaillé au cours de ladite période" (CJUE Schultz-Hoff, 20 janvier 2009, C-350/06, point 40). *"il s'ensuit que, s'agissant de travailleurs en congé de maladie dûment prescrit, le droit au congé annuel payé conféré par cette directive à tous les travailleurs ne peut pas être subordonnée par un État membre à l'obligation d'avoir effectivement travaillé pendant la période de référence"* (CJUE Schultz-Hoff, 20 janvier 2009, C-350/06, point 41).

La contradiction est d'autant plus nette que selon la jurisprudence de la CJUE, les États membres ne peuvent pas déroger aux conditions d'octroi des congés payés (CJUE Schultz-Hoff, 20 janvier 2009, C-350/06, point 46).

En l'absence d'intervention du législateur, la question des droits des salariés malades a été portée devant le juge judiciaire. Le juge ne tranchant que des litiges individuels, la jurisprudence s'est constituée par voie de sédimentation, avec comme ligne conductrice l'effectivité des règles issues du droit de l'Union.

A cette fin, la chambre sociale a procédé à des ajustements dans sa jurisprudence, afin d'intégrer les solutions dégagées par la Cour de Luxembourg.

C'est ainsi, qu'abandonnant une solution antérieure, elle a admis que le salarié qui, du fait de son arrêt maladie, n'avait pu exercer ses droits à congés, bénéficiait du report de ceux-ci (Soc., 27 septembre 2007, n° 05-42.293, Bull. V, n° 147 ; Soc., 24 février 2009, n° 07-44.488, Bull. Civ. V, n° 49). On notera que cette solution guidée par le droit de l'Union concerne également les congés issus du droit national, aucune distinction n'étant faite sur ce point.

De même, alors qu'elle considérait que le salarié ne pouvait prétendre au report de ses congés payés qu'à la condition de prouver que l'employeur avait fait obstacle à leur exercice pendant la période de prise, la chambre sociale a modifié la règle de preuve. Elle a jugé qu'en cas de litige, l'employeur, débiteur de l'obligation, devait justifier qu'il avait mis le salarié en mesure de prendre ses congés en temps utile (Soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929, Bull. V, n° 187). La question de savoir si la même règle de preuve doit être appliquée aux congés d'origine purement nationale reste encore en suspens.

Un second correctif a été apporté grâce à la technique de l'interprétation conforme : En l'espèce un salarié en arrêt de travail à la suite d'un accident de trajet entre son domicile et son lieu de travail, demandait le bénéfice de droits à congés payés. Dans un premier temps, la chambre sociale a posé une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne qui a confirmé la défaillance du droit français au regard de la directive

de 2003. La chambre sociale s'est appuyée sur la proximité entre la situation du salarié victime d'un accident de travail, pour lequel le législateur a ouvert une dérogation pour lui permettre d'acquérir, dans certaines limites, des droits à congés payés, et celle de la victime d'un accident subi lors du trajet séparant le domicile du lieu de travail, avant de juger que *pour l'ouverture du droit au congé annuel payé, l'absence du travailleur pour cause d'accident de trajet doit être assimilée à l'absence pour cause d'accident du travail* (Soc., 9 juillet 2012, n° 08-44.384, Bull. Civ. V, n° 204).

Avec cet arrêt, la chambre sociale va au-delà de la lettre de l'article L. 3141-5 5° du code du travail, pour en vivifier l'esprit et réduire les défauts de conformité avec le droit de l'Union. Mais, l'assimilation opérée se fait dans le cadre du code du travail et ne peut aller au-delà de ce qui est prévu en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle : l'acquisition de congés payés ne s'opère que dans la limite d'un arrêt de travail d'une durée interrompue d'un an. Au-delà, aucun congé payé n'est garanti par le droit national, sans qu'une quelconque interprétation puisse y remédier.

C'est la limite de la technique de l'interprétation conforme. Il n'est pas possible de procéder à une lecture contraire à la lettre du texte national. Dès lors, le salarié ne peut pas invoquer directement le bénéfice d'une directive dans un litige l'opposant à un autre particulier pour obtenir des droits à congés payés dans une hypothèse où le droit national l'exclut (Soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, Bull. Civ. V, n° 73).

Cet obstacle peut toutefois être contourné lorsque l'employeur entre, d'une façon ou d'une autre dans la sphère de l'Etat, et où il serait possible d'invoquer la directive en application de la jurisprudence Foster de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 12 juillet 1990, C- 188/89, Foster).

C'est l'objet d'un arrêt du 22 juin 2016, où, pour la première fois, la Chambre sociale a fait application de cette jurisprudence à une entreprise de transport public délégataire d'un réseau de transport en commun. Celle-ci assurait un service public dont l'étendue, les modalités et les tarifs étaient fixés par l'autorité publique organisatrice et que les agents du réseau de transport public étaient habilités par la loi et le règlement à constater les contraventions afférentes. Était ainsi caractérisé l'existence d'un organisme chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service public d'intérêt public et disposant à cet effet de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers, qui peut se voir opposer les dispositions d'une directive susceptible d'avoir des effets directs (Soc., 22 juin 2016, n° 15-20.111, P+B+R+I).

Même si le salarié en arrêt maladie ne peut prétendre au niveau de congés payés octroyé à un salarié en activité par le droit national, Il n'en demeure pas moins que, sur le fondement de la jurisprudence Foster, il a pu bénéficier de droits à congés qui lui sont refusés par le code du travail.

De la même façon, c'est en s'appuyant sur des principes de santé et de sécurité du droit communautaire, que la Cour de cassation a précisé les règles applicables au forfait en jours pour le consolider. Ce système légal, réservé à des cadres ou salariés autonomes, permet de décompter la durée du travail en jours de travail et non pas en heures. Mais, comme seules les dispositions relatives aux règles de repos quotidien ou hebdomadaire restent applicables, un salarié en forfait en jours pourraient être amené à travailler 78 heures par semaines, ce qui s'éloigne largement d'une durée de travail raisonnable. C'est ce qui a justifié les critiques répétées du Comité européen des droits

sociaux sur le fondement de la Charte sociale européenne. La question de conventionnalité a été résolue par la chambre sociale par une jurisprudence inaugurée le 29 juin 2011. La Cour de cassation a jugé, au visa notamment du droit de l'Union, qu'une convention de forfait en jours devait être prévue par un accord collectif dont les stipulations garantissaient le respect des durées maximales raisonnables de travail ainsi que des repos quotidiens et hebdomadaires (Soc., 29 juin 2011, n° 09-71-107, Bull. Civ V, n° 181; Soc., 17 décembre 2014, n° 13-22.890, Bull. V, n° 301).

L'application des principes de sécurité issus du droit communautaire, a permis de dissiper les menaces d'inconventionnalité qui pesaient sur le dispositif de forfait en jours, puisque que dans son rapport pour l'année 2014, le Comité européen des droits sociaux a abandonné ses critiques en raison de la jurisprudence de la chambre sociale et sous réserve de son application effective.

Le législateur a suivi le mouvement puisqu'il a incorporé et consolidé les solutions jurisprudentielles dans le code du travail à l'occasion de la loi El Khomry du 8 août 2016.

Ce dialogue entre les juges et le législateur se retrouve en matière de droit de la consommation. Cependant, il ne s'agit plus de déterminer comment le juge peut assurer l'application de la protection du consommateur, mais d'asseoir son rôle pour respecter la finalité de cette protection.

Le juge garant de l'effectivité de la protection

Conformément à la conception classique d'un droit de protection, la Cour de cassation retenait que le défaut de conformité d'un contrat de crédit à la consommation aux règles légales applicables était sanctionné par une nullité relative. Du fait du caractère relatif de cette nullité, la partie protégée était la seule à pouvoir se prévaloir de l'irrégularité affectant le contrat. En conséquence le juge qui constatait la violation de règles d'ordre public ne pouvait pas les relever d'office. Seul l'emprunteur pouvait le faire (Cass., 1^{ère} civ., 15 février 2000, n° 98-12.713, Bull. I, n°49).

Cette solution contenait toutefois un paradoxe : un emprunteur mal informé de ses droits, risqué, par le fait même de son ignorance, de ne pas être en mesure d'invoquer les règles qui ont été méconnues par le professionnel. En subordonnant l'application de la protection à l'action de la personne protégée, la protection risque d'être inefficace. Cette contradiction a été résolue à la suite de deux questions préjudicielles.

La première est devenue un objet littéraire grâce au roman d'Emmanuel Carrère "d'autres vies que la mienne". S'appuyant sur l'arrêt *Oeano grupo* du 27 juin 2000 (C-240-98 à C-244/98), le tribunal d'instance de Vienne a interrogé la Cour de Luxembourg sur la possibilité, pour le juge, de relever d'office le caractère abusif d'une clause insérée dans un contrat de crédit à la consommation.

La réponse de la Cour de Luxembourg a été particulièrement nette. La Cour a relevé l'objectif de la directive relative aux clauses abusives, qui impose aux États membres de prévoir que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs, ne pourrait être atteint si ces derniers devaient se trouver dans l'obligation de soulever eux-mêmes le caractère abusif de telles clauses. Faisant preuve de pragmatisme elle a souligné que dans les litiges dont la valeur est souvent limitée, les honoraires d'avocat peuvent être supérieurs à l'intérêt en jeu, ce qui peut dissuader le consommateur de se défendre contre l'application d'une clause abusive. S'il est vrai que, dans nombre d'États membres, les règles de

procédure permettent, dans de tels litiges, aux particuliers de se défendre eux-mêmes, il existe un risque non négligeable que, notamment par ignorance, le consommateur n'invoque pas le caractère abusif de la clause qui lui est opposée. Il s'ensuit qu'une protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause (point 26).

Le pas franchi était considérable, mais l'impact de cet arrêt était limitée aux clauses abusives. La Cour de cassation a refusé l'extension de l'office du juge au domaine du crédit à la consommation et maintenu sa jurisprudence traditionnelle (Cass., 1^{ère} civ., 16 mars 2004, n° 99-17.755, Bull. I, n° 91).

C'est pourquoi une seconde question préjudicielle a été posée par le tribunal d'instance de Saintes, qui avait relevé le caractère erroné d'un taux effectif global mentionné dans un contrat de crédit conclu pour financer l'achat et la pose de menuiseries.

La Cour de justice a relevé que le double objectif poursuivi par la directive, à savoir, d'une part, la création d'un marché commun du crédit à la consommation, d'autre part, la protection des consommateurs souscrivant de tels crédits, ne pourrait être atteint de manière effective si le consommateur devait se trouver dans l'obligation d'exercer un recours dont il bénéficie à l'encontre du prêteur, en raison du risque non négligeable que le consommateur soit dans l'ignorance de ses droits ou rencontre des difficultés à les exercer (CJCE 4 octobre 2007, C-429/05, Rampion, point n° 68).

Elle en déduisait que l'article 87/102, telle que modifié par la directive 98/7, devait être interprétée en ce sens qu'elle permettait au juge national d'appliquer d'office les dispositions transposition de cette directive.

Ainsi que le dit la Cour de Luxembourg dans l'arrêt Mostaza Claro, "la nature et l'importance de l'intérêt public, sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs, justifient que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, et ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel. A cet égard, les règles procédurales applicables sont indifférentes (CJUE, 4 juin 2009, n° C-243/08, Pannon, point 34).

Bien évidemment, cet office du juge doit se faire dans le respect du principe du contradictoire. De plus, l'office du juge ne peut s'exercer que si ce dernier dispose des éléments de fait et de droit nécessaires (CJUE, 4 juin 2009, C-243/08, Pannon).

Le juge intervient dans le champ factuel défini par les parties et, s'il peut naturellement relever d'office un élément de pur droit, il ne saurait suppléer à la défaillance des parties dans l'invocation ou la preuve des éléments de fait nécessaires à l'application de la règle de droit. .

Les effets de l'arrêt Rampion ont été immédiats puisque

- D'une part, le législateur a introduit avec la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, une disposition permettant au juge de soulever d'office toutes les dispositions du code de la consommation dans les litiges nés de son application.
- D'autre part, la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence pour juger, dans une espèce où les faits étaient antérieurs à la nouvelle loi, que la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge (Cass., , 1^{ère} civ., 22 janvier 2009, n° 05-20.176, Bull. I, n° 9).

En conclusion, le droit du travail et le droit de la consommation convergent sur le rôle du juge. Sa connaissance du droit applicable lui permet d'invoquer la règle de protection éludée, et, par conséquent, d'assurer l'effectivité et la concrétisation des droits dont bénéficient nos concitoyens en vertu du droit de l'Union.

Je vous remercie de votre attention.