

Le travail à durée déterminée dans la jurisprudence de la Cour de justice

Fabienne Kéfer et Vincent Février*,

- *Plus de 40 arrêts ont été rendus par la Cour de justice depuis l'entrée en vigueur de l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP du 18 mars 1999 sur le travail à durée déterminée, mis en œuvre par la directive 1999/70/CE du 20 juin et applicable tant au secteur public qu'au secteur privé.*
- *L'essentiel de la jurisprudence de la Cour porte sur la clause 4 (principe de non-discrimination) et la clause 5 (lutte contre le recours abusif aux contrats à durée déterminée successifs) de l'accord-cadre.*
- *On peut observer une certaine mansuétude de la Cour dans l'appréciation des raisons objectives justifiant une différence de traitement ou un usage intensif des contrats successifs.*

INTRODUCTION

1. Les partenaires sociaux réunis à l'échelon européen ont conclu, le 18 mars 1999 un « accord-cadre »¹ sur le travail à durée déterminée, qui vise à garantir l'application du principe de non-discrimination au bénéfice des travailleurs à durée déterminée (clause 4) et à éviter les abus dans le recours aux contrats à durée déterminée successifs (clause 5). La mise en œuvre de cet accord-cadre a été réalisée par la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999².

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « Cour »), nourrie principalement par la situation des travailleurs du secteur public, a permis, pour l'essentiel, de préciser le champ d'application de l'accord-cadre (clause 2) (I) ainsi que l'étendue des obligations formulées par les clauses 4 et 5 (II et III)³.

I. LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ACCORD-CADRE (CLAUSE 2)

2. Le champ d'application de l'accord-cadre englobe les travailleurs fournissant des prestations rémunérées dans le cadre d'une relation d'emploi à durée déterminée, sans distinguer selon la

* Fabienne Kéfer est professeur ordinaire à l'ULiège. Elle peut être contactée à l'adresse fkefer@uliege.be. Vincent Février est aspirant du FRS-FNRS à l'ULiège. Il peut être contacté à l'adresse vincent.fevrier@uliege.be.

¹ Ce processus normatif est organisé par les articles 153 et 155 TFUE (anciens articles 137 et 139 Traité CE).

² *J.O.*, n° L 175, 10 juillet 1999, pp. 43-48.

³ Compte tenu des contraintes d'édition, le principe de non-régression du niveau général de protection (clause 8.3) ne sera pas examiné.

qualité privée ou publique de l'employeur⁴. Afin d'éviter que les États membres puissent écarter à leur gré une catégorie de travailleurs du champ de la protection européenne, la Cour n'a pas non plus égard à la qualification du lien juridique par le droit interne. Ainsi un agent contractuel temporaire est visé par l'accord-cadre⁵ tout comme un agent qualifié d'« auxiliaire », soumis à une libre nomination ou révocation et investi d'une mission de confiance et de conseil spécial⁶. Leur situation peut, le cas échéant, être comparée à celle d'un agent statutaire pour apprécier si le principe de non-discrimination est respecté par le droit national⁷. Pour les mêmes raisons, la Cour estime aussi que les agents statutaires temporaires sont inclus dans le champ d'application de l'accord-cadre, qui s'étend à tous les travailleurs « fournissant des prestations rémunérées dans le cadre d'une relation d'emploi à durée déterminée les liant à leur employeur »⁸. Il en découle que, sauf raison objective, les différences de traitement entre les fonctionnaires statutaires et les fonctionnaires intérimaires ne sont pas permises⁹.

Aucun secteur n'est exclu du champ d'application de l'accord-cadre : son périmètre comprend le personnel recruté dans le secteur de l'enseignement¹⁰, les professeurs de musique occupés par un conservatoire¹¹, les professeurs d'université¹², les marins¹³, les intermittents du spectacle¹⁴ ou encore les danseuses de ballet¹⁵, et ce même si, dans la mise en œuvre de l'accord-cadre, les États membres peuvent – pour autant que cela soit objectivement justifié – tenir compte des besoins particuliers relatifs au secteur d'activité ou à la catégorie de travailleurs en cause¹⁶.

L'accord-cadre ne contient toutefois pas de définition du contrat de travail ou de la relation de travail et se réfère à celles retenues par les droits nationaux. Les États membres jouissent ainsi d'une marge de manœuvre sur ce point, pour autant que leurs définitions du contrat de travail ou de la relation de travail ne conduisent pas à exclure arbitrairement une catégorie de personnes du bénéfice de la protection offerte par l'accord-cadre. La question s'est posée au sujet de la relation nouée, en droit italien, entre les « travailleurs socialement utiles » – c'est-à-dire des chômeurs accomplissant des travaux d'intérêt général – et les administrations publiques auxquelles ils fournissent leurs prestations, relation qui n'est pas considérée comme une relation de travail par le droit interne. La Cour a invité le juge de renvoi à s'assurer que la qualification formelle n'est pas fictive, ne déguise pas une véritable relation de travail au sens du droit italien,

⁴ Not. C.J., 4 juillet 2006, *Adeneler*, C-2012/04, EU:C:2006:443, point 56 ; C.J., 13 mars 2014, *Márquez Samohano*, C-190/13, EU:C:2014:146, point 38.

⁵ C.J., 23 avril 2013, *Angelidaki*, C-378/07 à C-380/07, EU:C:2009:250 ; C.J., 26 novembre 2014, *Mascolo*, C-22/13, C-61/13 à C-63/13 et C-418/13, EU:C:2014:2401.

⁶ C.J., 9 juillet 2015, *Regojo Dans*, C-177/14, EU:C:2015:450.

⁷ C.J., 20 juin 2019, *Ustariz Aróstegui*, C-72/18, EU:C:2019:516, point 33.

⁸ C.J., 13 septembre 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, EU:C:2007:509, points 24-28.

⁹ C.J., 8 septembre 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, EU:C:2011:557, point 61. Cette approche tranche résolument avec celle de la Cour constitutionnelle belge (J. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les particularités du statut des agents nommés à titre définitif à l'épreuve du principe de non-discrimination en faveur des travailleurs à durée déterminée », *J.T.*, 2019, pp. 678-681).

¹⁰ *Mascolo* ; C.J., 28 février 2018, *John*, C-46/17, EU:C:2018:131 ; C.J., 20 septembre 2018, *Motter*, C-466/17, EU:C:2018:758 ; *Ustariz Aróstegui*.

¹¹ C.J., 8 mai 2019, *Rossato*, C-494/17, EU:C:2019:387.

¹² *Márquez Samohano*.

¹³ C.J., 3 juillet 2014, *Fiamingo*, C-362/13, C-363/13 et C-407/13, EU:C:2014:2044.

¹⁴ C.J., 26 février 2015, *Commission c. Luxembourg*, C-238/14, EU:C:2015:128.

¹⁵ C.J., 25 octobre 2018, *Sciotto*, C-331/17, EU:C:2018:859.

¹⁶ Not. *Mascolo*, point 70.

situation qui aurait pour effet de mettre en péril la réalisation des objectifs poursuivis par l'accord-cadre et, partant, de priver celui-ci de son effet utile¹⁷.

Les États membres se voient en outre reconnaître le droit d'exclure certaines catégories de contrats ou relations de travail du périmètre d'application de l'accord-cadre (les « relations de formation professionnelle initiale et d'apprentissage » et les contrats conclus « dans le cadre d'un programme de formation, insertion et reconversion professionnelles public spécifique ou soutenu par les pouvoirs publics »). Il est fait usage de cette faculté par l'article 3 de la loi belge de transposition de l'accord-cadre du 5 juin 2002¹⁸, de sorte que c'est sans violer celui-ci qu'une commune occupe une personne par contrats successifs dans le cadre d'un projet social subventionné par des fonds publics européens et régionaux et ayant pour objet, notamment, de lutter contre les discriminations¹⁹.

Enfin, le préambule de l'accord-cadre énonce sans ambiguïté que sont exclus de son champ d'application les travailleurs mis à la disposition d'un utilisateur par une entreprise de travail intérimaire : la clause 3 indique très clairement que l'accord-cadre ne saisit que la relation conclue directement avec l'employeur²⁰. Il faut en déduire que le travail en titres-services²¹ n'est pas non plus saisi par l'accord-cadre. En effet, à l'image du schéma du travail intérimaire, les relations contractuelles se nouent, d'une part, entre le client-utilisateur et l'entreprise-employeur et, d'autre part, entre l'entreprise-employeur et le travailleur ; il n'y a pas de relation contractuelle entre le client et le travailleur.

II. LE PRINCIPE DE NON-DISCRIMINATION (CLAUSE 4)

3. La clause 4 interdit, en ce qui concerne les conditions d'emploi, de traiter les travailleurs à durée déterminée d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent ne soit justifié par des raisons objectives. Cette clause ne vise pas à empêcher la conclusion de contrats de travail à durée déterminée mais à éviter qu'un employeur recoure à cette forme de collaboration pour priver les travailleurs de droits qui sont reconnus aux travailleurs à durée indéterminée²². La loi belge de transposition du 5 juin 2002 ne concerne que les travailleurs embauchés par contrat de travail ; les agents statutaires d'une administration publique pourront, pour leur part, invoquer directement l'accord-cadre (clause 4), qui s'est vu reconnaître un effet direct dès l'arrêt *Impact*²³.

Le principe énoncé par cette clause n'est, lui-même, qu'une expression particulière du principe général de non-discrimination ; il exige à la fois que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière

¹⁷ C.J., 15 mars 2012, *Sibilio*, C-157/11, EU:C:2012:148, points 48-51.

¹⁸ Loi du 5 juin 2002 relative au principe de non-discrimination en faveur des travailleurs avec un contrat de travail à durée déterminée, *M.B.*, 26 juin 2002.

¹⁹ C.J. (ordonnance), 11 décembre 2019, *Ville de Verviers c. J.*, C-483/19, EU:C:2019:1081.

²⁰ C.J., 11 avril 2013, *Della Rocca*, C-290/12, EU:C:2013:235.

²¹ Loi du 20 juillet 2001 visant à favoriser le développement de services et d'emplois de proximité, *M.B.*, 11 août 2001.

²² C.J., 5 juin 2018, *Montero Mateos*, C-677/16, EU:C:2018:393 ; C. J., 21 novembre 2018, *Viejobueno Ibáñez*, C-245/17, EU:C:2018:934.

²³ C.J., 15 avril 2008, *Impact*, C-268/06, EU:C:2008:223, points 60-68.

égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié²⁴. Cependant, le simple fait qu'une relation de travail soit nouée pour une durée déterminée et prenne fin au terme choisi par les parties n'est pas, en soi, une différence de traitement, mais la caractéristique de ce type de relation²⁵.

Pour apprécier si le principe de non-discrimination dans les conditions d'emploi est respecté par le droit national, il convient tout d'abord d'examiner si le droit ou l'avantage en cause relève de la catégorie des conditions d'emploi (A) pour, ensuite, procéder à l'étude du test de comparabilité avec un travailleur à durée indéterminée (B) et, enfin, envisager les raisons objectives susceptibles de justifier la différence de traitement (C).

A. Les conditions d'emploi

4. Dès ses premiers arrêts, la Cour a souhaité donner une interprétation large de la notion de condition d'emploi.

La question s'est rapidement posée de savoir si elle inclut la rémunération, étant donné que le législateur de l'Union n'est, en principe, pas compétent pour adopter des mesures relatives aux niveaux de rémunérations²⁶. La Cour a écarté l'objection. L'absence de compétence de l'Union dans cette matière s'explique par le fait que la rémunération est un domaine traditionnellement réservé à la négociation collective. L'accord-cadre, quant à lui, vise à mettre en œuvre le principe de non-discrimination qui, parce qu'il est un principe de droit social communautaire, ne saurait être interprété de façon restrictive²⁷. L'accord-cadre ne porte pas atteinte à la règle selon laquelle la fixation du montant des rémunérations demeure du ressort des instances nationales de sorte que la rémunération peut constituer une condition d'emploi au sens de l'accord cadre²⁸.

Relèvent ainsi de la notion de « conditions de travail » une prime triennale d'ancienneté dans la fonction publique²⁹, les conditions de rémunérations et de pensions liées à la relation d'emploi sauf celles qui découlent d'un régime de pension légal³⁰, le droit de bénéficier d'un congé spécial pour occuper un mandat politique, avec maintien de l'emploi et du droit à

²⁴ C.J., 5 juin 2018, *Grupo Norte Facility*, C-574/16, EU:C:2018:390 ; *Ustariz Aróstegui*.

²⁵ *Viejobueno Ibáñez*. Dans cet arrêt, qui concernait des enseignants engagés pour la durée de l'année scolaire, la Cour a jugé que « de la circonstance que les intéressés ont été privés de la possibilité de jouir effectivement de leurs congés annuels, qu'ils n'ont pas reçu de rémunération pendant les mois de juillet, d'août et de septembre de l'année 2012 et qu'ils n'ont pas acquis d'ancienneté au titre de ces mois aux fins de l'avancement de carrière, il convient de relever que cette circonstance n'est que la conséquence directe de la cessation de leurs relations de travail, laquelle ne constitue pas une différence de traitement interdite par l'accord-cadre » (point 53). Il convient de souligner que la Cour est partie de la prémisse que les contrats, conclus « pour la durée de l'année scolaire », étaient arrivés à leur terme en juin. Une autre interprétation est défendue dans la doctrine, à savoir que l'année scolaire se terminait fin août, que les contrats avaient dès lors été écourtés par l'employeur et que le travailleur avait été traité différemment de ses collègues titulaires (A.P. VAN DER MEL, « Fixed-Term work: Recent developments in the case law of the Court of Justice of the European Union », *E.L.L.J.*, prépublication 6 novembre 2019, pp. 15-17, disponible sur <https://doi.org/10.1177/2031952519883487>).

²⁶ Art.153 TFUE (ancien art. 137 Traité CE).

²⁷ *Del Cerro Alonso*, point 38.

²⁸ Point 48.

²⁹ Not. *Del Cerro Alonso*, point 48 ; *Ustariz Aróstegui*, point 26.

³⁰ *Impact*, points 132-134.

l'avancement³¹, le droit d'un travailleur, occupé par une administration publique, à la réintégration en cas de licenciement disciplinaire déclaré abusif ou illégal³².

5. La notion s'étend aussi aux conditions de résiliation d'un contrat, singulièrement au délai de préavis à observer en cas de résiliation unilatérale d'un contrat à terme³³, mais aussi à l'indemnité due en raison de l'extinction d'un contrat de travail³⁴ ou du non-respect du formalisme qui préside à la conclusion d'un contrat à terme³⁵, puisque ces indemnités sont versées « en raison de l'emploi », critère que la Cour tient pour décisif. Le régime particulier facilitant, en droit belge, le licenciement des travailleurs à durée déterminée en incapacité de travail (art. 37/9 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail) mériterait d'être examiné au regard de la clause 4.

6. Qu'en est-il de l'ancienneté nécessaire pour postuler une promotion³⁶ ? La question se pose de façon légitime, puisque l'ancienneté n'est pas, en soi, une condition d'emploi mais un élément qui influence la détermination de certains droits issus du contrat. Un fonctionnaire espagnol souhaitait participer à une sélection interne de promotion mais il ne remplissait pas les conditions d'ancienneté car il n'était pas tenu compte de l'ancienneté qu'il avait acquise lorsqu'il était « intérimaire », autrement dit fonctionnaire temporaire. Dans son arrêt *Rosado Santana*³⁷, la Cour a tout d'abord écarté l'objection tirée du fait que le travailleur était devenu fonctionnaire définitif au moment du litige, vu que la discrimination alléguée était liée à la période durant laquelle le travailleur était occupé à durée déterminée³⁸. Elle a ensuite dû rencontrer l'objection selon laquelle la condition d'ancienneté en qualité de fonctionnaire statutaire constituerait une condition d'accès à l'emploi requise pour participer à une procédure de sélection et non une condition d'emploi au sens la clause 4 de l'accord-cadre. La Cour, s'appuyant sur sa jurisprudence relative à l'égalité de traitement entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, a considéré qu'une condition relative à la prise en compte, dans le cadre d'une procédure de sélection pour une promotion par la voie interne, des périodes de service accomplies antérieurement en qualité de fonctionnaire intérimaire relève des conditions d'emploi³⁹.

B. Les travailleurs à durée indéterminée comparables

7. Pour apprécier si le droit national désavantage le travailleur à durée déterminée, il convient d'identifier un travailleur à durée indéterminée se trouvant dans une situation comparable. La

³¹ C.J., 20 décembre 2017, *Vega González*, C-158/16, EU:C:2017:1014.

³² C.J., 25 juillet 2018, *Vernaza Ayovi*, C-96/17, EU:C:2018:603.

³³ C.J., 13 mars 2014, *Nierodzik*, C-38/13, EU:C:2014:152.

³⁴ C.J., 14 septembre 2016, *De Diego Porras (I)*, C-596/14, EU:C:2016:683 ; *Grupo Norte Facility*.

³⁵ C.J., 12 décembre 2013, *Carratù*, C-361/12, EU:C:2013:830.

³⁶ Autre chose est, comme on le verra ci-après, la valorisation – ou non – de l'ancienneté acquise en tant qu'agent temporaire pour le calcul de la rémunération.

³⁷ *Rosado Santana*.

³⁸ Point 42. Dans le même sens, C. J., 18 octobre 2012, *Valenza*, C-302/11 à C 305/11, EU:C:2012:646, points 34-36.

³⁹ Points 46-47. Sur l'impact en droit belge de la fonction publique, cons. J. DE WILDE D'ESTMAEL, « Les particularités du statut des agents nommés à titre définitif à l'épreuve du principe de non-discrimination en faveur des travailleurs à durée déterminée », *op. cit.*, p. 680.

comparaison s'effectue par rapport aux travailleurs à durée indéterminée, et non par rapport à d'autres travailleurs à durée déterminée qui seraient soumis à un régime plus favorable⁴⁰.

La notion de travailleur à durée indéterminée est définie par la clause 3 de l'accord-cadre : il s'agit d'un travailleur engagé par le même établissement pour une durée indéterminée et qui a un travail ou un emploi identique ou similaire, en tenant compte des qualifications ou compétences. Si le travail accompli ne correspond pas à celui d'un travailleur à durée indéterminée, il n'est pas question de différence de traitement, puisque les situations ne sont pas comparables⁴¹. La Cour a égard à un ensemble de facteurs, tels que la nature du travail, les conditions de formation et les conditions de travail⁴².

Les situations sont comparables lorsqu'une travailleuse assure, en vertu de plusieurs contrats à durée déterminée successifs, le remplacement d'un travailleur à durée indéterminée dont le contrat de travail est suspendu⁴³. De même, lorsqu'une travailleuse se trouve occupée dans les liens d'un contrat de travail à durée déterminée qui fait suite à un contrat à durée indéterminée, lequel avait été rompu à la demande de la salariée, la Cour estime que, si le juge national constate qu'elle occupait auparavant le même poste, l'on peut y voir un indice du fait qu'elle est dans une situation comparable à celle d'un travailleur à durée indéterminée⁴⁴.

Il existe cependant des situations où la comparabilité est plus difficile à apprécier. Une illustration en est fournie par l'arrêt *Carratù*, qui porte sur la question de savoir si la clause 4 impose de traiter de manière identique l'indemnité allouée en cas de méconnaissance des conditions formelles de conclusion d'un contrat à terme et celle versée en cas de rupture illicite d'un contrat de travail à durée indéterminée. Pour répondre de manière positive, il faudrait constater que les travailleurs à durée déterminée et les travailleurs à durée indéterminée sont comparables sur ce point. Or, l'indemnité versée aux premiers sanctionne un vice dans la formation du contrat, alors que celle payée aux seconds sanctionne un licenciement illicite, situations que la Cour n'estime pas comparables⁴⁵.

On évoquera encore les circonstances de l'arrêt *Valenza*⁴⁶. Des travailleuses qui avaient conclu des contrats à durée déterminée successifs avec une autorité publique (italienne) avaient ensuite conclu un contrat à durée indéterminée conduisant à leur intégration dans le cadre permanent. Ceci avait entraîné un retour au niveau initial de la catégorie barémique qui était la leur au moment de la conclusion de leur premier contrat ainsi que l'octroi d'une allocation *ad personam* couvrant la différence entre les droits pécuniaires dont elles jouissaient avant leur stabilisation et ceux découlant de celle-ci. Les travailleuses, dont le contenu des tâches n'avait pas varié, jugeaient que, par l'anéantissement de leur ancienneté barémique, le régime de stabilisation violait la clause 4 de l'accord-cadre. La raison objective avancée par l'employeur pour justifier cette mesure était d'éviter une discrimination à rebours au détriment des travailleurs déjà

⁴⁰ *De Diego Porras (I)*, point 38 (contrat à durée déterminée/contrat de remplacement dit de « *interinidad* ») ; C.J., 14 septembre 2016, *Pérez López*, C-16/15, EU:C:2016:679, point 66 (agent statutaire occasionnel/agent contractuel occasionnel).

⁴¹ *De Diego Porras (I)*, point 41.

⁴² *Grupo Norte Facility*.

⁴³ *De Diego Porras (I)*, point 43. Voy. aussi *Montero Mateos*.

⁴⁴ *Nierodzik*, point 33.

⁴⁵ *Carratù*, point 44.

⁴⁶ *Valenza*, point 42 et jurisprudence citée.

présents dans le cadre permanent grâce à la réussite d'un concours général, alors que les requérantes au principal ne devaient leur intégration dans le cadre permanent qu'à leur ancienneté ; si elles avaient pu conserver le bénéfice de leur ancienneté barémique, elles auraient supplanté ceux qui, parmi les autres travailleurs, avaient moins d'ancienneté de service. La situation des travailleurs à durée indéterminée et celle des requérantes au principal sont-elles comparables ? Certes, les secondes n'ont pas réussi le concours général d'accès à la fonction publique, mais cela n'entraîne pas qu'elles soient dans une situation distincte, puisque la procédure de stabilisation vise précisément à stabiliser la situation de travailleurs à durée déterminée dont la situation peut être assimilée à celle des travailleurs statutaires⁴⁷. Par ailleurs, en ce qui concerne les fonctions exercées, la Cour invite le juge national à examiner si les fonctions exercées par les travailleuses lorsqu'elles étaient occupées à durée déterminée correspondaient à celles des fonctionnaires statutaires de la catégorie pertinente ; dans la négative, la différence de traitement ne serait pas contraire à la clause 4 puisque les catégories de travailleurs ne seraient pas comparables ; en revanche, si les fonctions correspondent, l'autorité administrative devrait justifier de raisons objectives pour pouvoir défendre la différence de traitement⁴⁸.

C. Les raisons objectives justifiant la différence de traitement

8. La notion de raisons objectives permettant de justifier une différence de traitement entre les travailleurs à durée déterminée et les travailleurs à durée indéterminée est essentiellement négative. Tout d'abord, il est acquis qu'elle ne résulte pas du fait que la différence est prévue par une norme nationale générale et abstraite, telle une loi ou une convention collective⁴⁹. Ensuite, la seule nature temporaire du travail (des agents contractuels de droit public, notamment) n'est pas non plus susceptible de constituer, à elle seule, une raison objective ; admettre le contraire viderait de leur substance les objectifs de la directive et de l'accord-cadre et « reviendrait à pérenniser le maintien d'une situation défavorable aux travailleurs à durée déterminée »⁵⁰. Ainsi, le refus opposé à un fonctionnaire, qui postule une promotion, de valoriser son ancienneté acquise en tant que fonctionnaire temporaire ne repose pas sur une raison objective si le seul motif avancé par l'employeur réside dans le fait que les prestations ont été accomplies en vertu d'un contrat ou d'une relation de travail à durée déterminée⁵¹.

9. De manière itérative, la Cour énonce que la notion de raisons objectives renvoie à des « éléments précis et concrets, caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et est nécessaire à cet effet »⁵². Ces éléments peuvent résulter de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un État membre⁵³. Ainsi, dans l'arrêt *Valenza* déjà évoqué, la

⁴⁷ Point 45.

⁴⁸ Point 47-49. Voy. aussi *Motter*, points 29-35.

⁴⁹ Not. *Del Cerro Alonso*, point 57 ; *Rosado Santana*, point 72.

⁵⁰ Not. C.J., 22 décembre 2010, *Gavieiro Gavieiro et Iglesias Torres*, C-444/09 et C-456/09, EU:C:2010:819, point 54 ; *Ustariz Aróstegui*, point 41.

⁵¹ *Rosado Santana*, point 84. Sur l'influence de cette jurisprudence sur le calcul de l'ancienneté administrative, cons. J. JACQMAIN, « Engagement à durée déterminée et ancienneté administrative », *Chron. D.S.*, 2012, p. 56.

⁵² Not. C.J., *Del Cerro Alonso*, point 53 ; *Gavieiro Gavieiro et Iglesias Torres*, point 55, ainsi que *Grupo Norte Facility*, point 54.

⁵³ *Valenza*, point 51.

Cour a admis que l'absence de procédure de concours et la volonté d'éviter une discrimination à rebours, la volonté inscrite dans la Constitution espagnole de traiter plus favorablement les situations présentant un mérite plus élevé, « pourraient, en principe, justifier une différence de traitement quant à leurs conditions d'emploi ». Après avoir décidé qu'une exclusion totale et absolue de l'ancienneté « repose intrinsèquement sur la prémisse générale selon laquelle la durée indéterminée de la relation d'emploi de certains agents publics justifie en elle-même une différence de traitement par rapport aux agents publics engagés à durée déterminée, vidant ainsi de sa substance les objectifs de la directive 1999/70 et de l'accord-cadre »⁵⁴, la Cour a, dans l'arrêt *Motter*, admis une exclusion partielle – et non plus totale – de l'ancienneté acquise sous contrat de travail temporaire⁵⁵.

10. Y a-t-il des raisons objectives à ce que le contrat à terme prenne fin dans des conditions différentes du contrat à durée indéterminée, c'est-à-dire sans les avantages reconnus par la loi (indemnité) au bénéficiaire du travailleur à durée indéterminée ? La Cour de justice a été saisie à plusieurs reprises de cette question par des juges espagnols.

Le droit espagnol contient plusieurs types de contrats à terme. Le contrat dit « de relève » peut être conclu afin de couvrir le temps de travail laissé vacant par un travailleur prenant sa retraite partielle et ce jusqu'à ce que le travailleur remplacé parte en retraite complète. À l'échéance du contrat de relève, il revient au travailleur relevant une indemnité égale à douze jours de rémunération par année d'ancienneté, contre vingt jours en cas de licenciement – que le travailleur soit occupé à durée indéterminée ou déterminée – pour un motif « objectif », à savoir l'inaptitude du salarié survenue en cours de contrat, des difficultés économiques de l'employeur, etc. La Cour a accueilli les moyens du gouvernement espagnol, qui faisait valoir que les deux indemnités n'ont pas le même objet et que leur versement s'insère dans des contextes fondamentalement différents. Lorsqu'un contrat de travail à durée déterminée arrive à son terme, il n'y a pas de déception d'attentes légitimes que le travailleur aurait pu nourrir en ce qui concerne la stabilité de la relation de travail, dont il savait, dès sa conclusion, qu'elle prendrait fin au terme. À l'inverse, le licenciement pour motif objectif résulte de la survenance de circonstances qui n'étaient pas prévues à la date de conclusion du contrat. L'indemnité litigieuse est destinée à compenser ce caractère imprévu de la rupture de la relation de travail, de sorte que le régime du contrat de relève n'est pas contraire à la clause 4 sur ce point⁵⁶. Le même argument est retenu par la Cour à propos des contrats à durée déterminée pour tâche occasionnelle⁵⁷. C'est encore le même raisonnement qui est conduit au sujet du contrat de *interinidad*, à savoir un contrat conclu en vue d'un remplacement ou dans l'attente que le poste soit pourvu ; si ce contrat prend fin à l'échéance du terme, le travailleur ne perçoit aucune indemnité⁵⁸.

En revanche, dans l'affaire *De Diego Porras (I)*, le contrat de *interinidad* avait pris fin avant le terme prévu à l'origine. La travailleuse remplacée avait repris le travail prématurément, ce qui avait entraîné le licenciement de la remplaçante. Celle-ci, qui occupait le même poste depuis sept ans, avait été licenciée mais n'avait reçu aucune indemnité alors qu'un travailleur à durée

⁵⁴ Même arrêt, point 62.

⁵⁵ *Motter*. Cons. A.P. VAN DER MEI, « Fixed-Term work: Recent developments in the case law of the Court of Justice of the European Union », *op. cit.*, pp. 7-8.

⁵⁶ *Grupo Norte Facility*, points 55-57.

⁵⁷ C.J., 11 avril 2019, *Cobra Servicios Auxiliares*, C-29/18, C-30/18 et C-44/18, EU:C:2019:315, points 47-53.

⁵⁸ *Montero Mateos*, points 58-64.

indéterminée en aurait reçu une (vingt jours de salaire par année d'ancienneté) si son contrat avait été rompu pour le même motif. La Cour de justice a constaté que l'employeur, à savoir le gouvernement espagnol, ne fournissait aucune raison objective de la différence de traitement, se bornant à souligner la différence de nature et d'objet distinguant les contrats de travail de *interinidad* des contrats de travail à durée indéterminée (durée et expectative de stabilité de la relation contractuelle)⁵⁹, de sorte que le refus de toute indemnité de résiliation dans les circonstances de la cause a été jugé contraire à la clause 4 de l'accord-cadre⁶⁰.

11. Est-il possible de justifier par des raisons objectives le refus absolu d'octroyer un congé spécial pour exercer un mandat politique à un travailleur à durée déterminée de l'administration publique, alors que ce droit est reconnu aux travailleurs à durée indéterminée ? Telle était la question au cœur de l'arrêt *Vega González*⁶¹. La Cour a relevé qu'il existe des différences objectives entre les deux types de travailleurs : l'urgence et la nécessité d'une nomination temporaire ainsi que la prévisibilité de la fin de la relation de travail peuvent, en principe, constituer des éléments précis et concrets susceptibles de justifier une inégalité de traitement en ce qui concerne l'octroi d'un congé spécial et rencontrer ainsi la définition des « raisons objectives ». Toutefois, plusieurs éléments emportent la conviction contraire de la Cour. D'une part, le poste est occupé depuis plus de quatre ans par le même travailleur temporaire. D'autre part, si la finalité de ce congé spécial est le maintien de l'emploi et du droit à l'avancement des fonctionnaires exerçant un mandat politique, il serait néanmoins possible de faire bénéficier le travailleur à durée déterminée du même congé spécial qui lui assurerait de réintégrer son poste⁶².

III. LA PRÉVENTION DES ABUS (CLAUSE 5)

12. La clause 5 de l'accord-cadre vise à prévenir l'utilisation abusive de contrats à durée déterminée successifs. À cette fin, elle oblige les États membres à adopter l'une ou plusieurs des mesures qu'elle énumère, lorsque leur droit interne ne contient pas de « mesure légale équivalente » destinée à lutter contre les abus. Les États membres sont autorisés à tenir compte des besoins de secteurs spécifiques et/ou de catégories de travailleurs.

Vu le choix laissé aux États membres, la clause 5 est dépourvue d'effet direct : les obligations ne sont ni inconditionnelles ni suffisamment précises pour pouvoir être invoquées par un particulier devant le juge national⁶⁴. Il n'en reste pas moins que les États membres sont liés par cette disposition quant aux résultats à atteindre (art. 249 TFUE)⁶⁵. Il est cependant arrivé que la Cour juge que l'absence de toute mesure anti-abus ne porte pas atteinte à l'objectif de l'accord-

⁵⁹ *De Diego Porras (I)*, point 49.

⁶⁰ Un second arrêt rendu dans la même cause deux ans plus tard envisage l'hypothèse où le contrat prend fin à l'échéance ; la Cour y a apporté la même réponse que dans les arrêts *Montero Mateos, Grupo Norte et Cobra Servicios Auxiliares* (C.J. 21 novembre 2018, *De Diego Porras (II)*, C-619/17, EU:C:2018:936).

⁶¹ *Vega González*, points 49-51.

⁶² À moins que le poste n'ait été, entretemps, supprimé ou occupé par un fonctionnaire.

⁶³ Pour une autre hypothèse (droit à la réintégration réservé aux agents permanents), *Vernaza Ayovi*, points 45-49, et analyse critique de A.P. VAN DER MEI, « Fixed-Term work: Recent developments in the case law of the Court of Justice of the European Union », *op. cit.*, pp. 10-12.

⁶⁴ *Impact*, points 71-79.

⁶⁵ L'absence de toute mesure préventive du recours abusif aux contrats de travail à durée déterminée successifs au sens de la clause 5 ne peut être justifiée par les considérations d'ordre budgétaire qui sous-tendent la politique sociale d'un État membre (*Mascolo*, point 110).

cadre. À la différence des droits belge et français, le droit de nombreux États membres prévoit que le contrat de travail cesse automatiquement lorsque le travailleur atteint l'âge normal de la retraite. Si une législation nationale permet que, dans une telle hypothèse, les parties poursuivent la relation de travail au-delà de cet âge et concluent, à plusieurs reprises et sans limite de temps, un accord pour reporter le terme du contrat, la Cour estime que le travailleur, qui a droit à une pension de retraite et est, de toute façon, en fin de vie professionnelle, n'est pas exposé au risque de précarisation ; il ne vit pas dans l'expectative d'un contrat à durée indéterminée de sorte qu'il n'y a pas d'atteinte à l'objectif poursuivi par l'accord-cadre en matière de stabilité des relations de travail⁶⁶.

Les arrêts de la Cour de justice peuvent être ordonnés autour de trois thèmes principaux : les mesures offertes au choix des États membres (A), la notion de mesure légale équivalente, qui dispense les États d'adopter les mesures anti-abus énoncées par la clause 5 (B) et les sanctions adoptées par les autorités nationales pour lutter contre les abus (C). On souligne d'emblée l'importance donnée par la Cour aux objectifs de l'accord-cadre et la large marge de manœuvre laissée au juge national, chargé de vérifier cas par cas que la législation nationale ne porte pas atteinte à l'effectivité de l'accord-cadre⁶⁷.

A. Les mesures préventives des abus

1. L'objet des préoccupations de la clause 5 : les contrats à durée déterminée successifs

13. Ce que combat la clause 5, c'est l'abus des contrats *successifs*. Elle ne s'oppose pas au contrat à durée déterminée en tant que tel. Elle n'est donc pas pertinente si le contrat litigieux est le premier ou le seul conclu entre les parties⁶⁸. En particulier, elle ne prescrit pas, comme le fait le droit français⁶⁹, que le premier contrat soit justifié par certains motifs.

Les abus peuvent être prévenus, au choix des États membres, par des (i) des raisons objectives justifiant le renouvellement des contrats à durée déterminée, (ii) une durée maximale totale de ces contrats successifs, et/ou (iii) le nombre de renouvellements de ceux-ci. Le troisième procédé n'a, à notre connaissance, donné lieu à aucune décision de la Cour, à la différence des deux premiers.

14. Encore faut-il, pour que l'État soit contraint d'adopter des mesures anti-abus, que l'on se trouve en présence de contrats successifs, notion que ne définit pas l'accord-cadre, et qui est donc laissée à l'appréciation des États membres (clause 5, § 2), sous le contrôle de la Cour ; celle-ci sanctionne, le cas échéant, les définitions de 'contrats successifs' excessivement rigides, étroites, qui peuvent porter atteinte à la réalisation des objectifs de l'accord-cadre.

L'appréciation de la Cour est fluctuante. Tantôt elle juge qu'une règle nationale considérant que sont successifs les contrats séparés par un laps de temps d'un maximum de 20 jours

⁶⁶ *John*, points 41-46.

⁶⁷ M. AIMO, « In Search of a 'European Model' for Fixed-Term Work in the Name of the Principle of Effectiveness », *E.L.L.J.*, 2016, p. 249 ; C. DE LA PORTE et P. EMMENEGGER, « The Court of Justice of the European Union and fixed-term work: Putting a brake on labour market dualization ? », *Journal of European Social Policy*, 2017, p. 306.

⁶⁸ C.J., 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, EU:C:2005:709, point 43.

⁶⁹ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, 32^e éd., Paris, Dalloz, 2019, pp. 307 et s.

ouvrables ne protège pas les travailleurs contre l'utilisation abusive des contrats à durée déterminée, puisqu'il suffirait à l'employeur d'espacer de 21 jours les contrats en chaîne pour faire échec aux dispositions nationales anti-abus⁷⁰. Tantôt elle estime qu'une réglementation qui considère comme successifs les contrats séparés par un intervalle de moins de soixante jours ne paraît pas contredire la clause 5 : « Il apparaît en effet difficile, pour un employeur ayant des besoins permanents et durables, de contourner la protection accordée par l'accord-cadre contre les abus en laissant courir, au terme de chaque contrat de travail à durée déterminée, un délai d'environ deux mois »⁷¹. Il revient, cependant, au juge national d'examiner *in concreto* toutes les circonstances de la cause afin d'exclure toute possibilité d'abus⁷².

Le droit belge semble à l'abri des critiques sur ce point, puisqu'il ne conçoit pas la succession des contrats de travail à durée déterminée en fonction de la durée de l'interruption entre les différents contrats. La présence ou non d'une période d'interruption est sans pertinence sauf si celle-ci est due au travailleur lui-même⁷³. Le juge belge tiendra compte de tous les éléments permettant d'établir la continuité de la relation de travail⁷⁴.

15. Enfin, à notre estime, l'accord-cadre n'opère pas, comme le droit français⁷⁵, de distinction conceptuelle entre les contrats renouvelés et les contrats successifs ; les mesures anti-abus (raisons objectives, nombre ou durée) concernent indistinctement la poursuite d'un même contrat à durée déterminée au-delà de son terme initial et la conclusion de nouveaux contrats entre les mêmes parties.

2. Les raisons objectives justifiant le renouvellement des contrats à durée déterminée

16. La notion de raison objective permettant de justifier le recours à des contrats à durée déterminée successifs n'est pas définie par la clause 5 de l'accord-cadre. Si les États membres disposent d'une large marge de manœuvre quant à ces raisons, ils sont néanmoins tenus de garantir le résultat imposé par le droit de l'Union⁷⁶. Pas plus que lorsqu'il s'agit, sur la base de la clause 4, d'apprécier l'existence de raisons objectives justifiant la différence de traitement, la Cour ne se satisfait, pour justifier le renouvellement de contrats à durée déterminée, d'une disposition, « de nature purement formelle et qui ne justifie pas de manière spécifique l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs par l'existence de facteurs objectifs tenant aux particularités de l'activité concernée et aux conditions de son exercice » ; il y a, en effet, dans ces cas, un « risque réel d'entraîner un recours abusif à ce type de contrats » de sorte qu'une disposition aussi vague n'est pas compatible avec l'objectif et l'effet utile de l'accord-cadre⁷⁷.

⁷⁰ *Adeneler*, points 82-88.

⁷¹ *Fiamingo*, point 71. Il en est de même pour des intervalles de moins de trois mois (*Angelidaki*, point 157).

⁷² Mêmes arrêts.

⁷³ Articles 10 et 11 *ter* de la loi du 3 juillet 1978.

⁷⁴ La Cour du travail de Mons a ainsi admis l'existence de contrats de travail à durée déterminée successifs sans avoir égard au fait que les deux contrats étaient séparés de sept mois (C. trav. Mons, 13 avril 2011, inédit, cité par A. CRAUWELS, « De arbeidsovereenkomst voor een bepaalde tijd en de arbeidsovereenkomst voor een duidelijk omschreven werk - een actuele overzicht (tweede deel) », *J.T.T.*, 2017, p. 221).

⁷⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 342 et s.

⁷⁶ *Adeneler*, points 68-71.

⁷⁷ *Angelidaki*, point 97.

Une disposition nationale qui se bornerait à autoriser, de manière générale et abstraite par une norme législative ou réglementaire, le recours à des contrats de travail à durée déterminée successifs n'est pas conforme à ces exigences⁷⁸. Peuvent en revanche être considérés comme raisons objectives au sens de la clause 5 : le remplacement temporaire de travailleurs absents (maternité, maladie, etc.) afin de satisfaire des besoins provisoires de l'employeur dans certains secteurs – comme l'administration⁷⁹ et l'enseignement⁸⁰ – où ces absences sont inévitables eu égard à la taille de l'effectif ; le besoin particulier de flexibilité des hôpitaux en raison de la nécessité d'assurer une adéquation constante entre le nombre de membres du personnel soignant et le nombre de patients⁸¹ ; les exigences artistiques ou techniques liées à la représentation d'un spectacle ou encore la nécessité de pourvoir au remplacement d'un artiste ou d'un technicien indisponible⁸² ; la nécessité de confier des tâches d'enseignement de niveau universitaire spécifiques à des spécialistes aussi longtemps que ceux-ci gardent un lien avec la pratique en exerçant une activité professionnelle extérieure⁸³ ; l'objectif de politique sociale de favoriser l'insertion professionnelle de travailleurs âgés au chômage⁸⁴.

17. L'existence d'une raison objective suffit en principe pour exclure l'existence d'un abus. Rien n'oblige un État membre à adopter une seconde mesure anti-abus, telle la limitation de la durée totale des contrats, par exemple. La Cour estime toutefois nécessaire, pour le juge national, de s'assurer, à partir de l'examen global des circonstances entourant le renouvellement de la relation de travail à durée déterminée, que les prestations requises du travailleur ne correspondent pas à un simple besoin temporaire mais à un besoin permanent et durable⁸⁵. Le raisonnement de la Cour de justice est très casuistique dans ce domaine.

La Cour estime, par exemple, qu'il ne saurait être admis, dans les services de santé, que des contrats de travail à durée déterminée – qui représentaient selon le juge de renvoi 25 % des effectifs dans les hôpitaux madrilènes – puissent être renouvelés aux fins de l'accomplissement, de manière permanente et durable, de tâches qui relèvent de l'activité normale du personnel hospitalier ordinaire⁸⁶. Dans le milieu artistique, nombre d'artistes participent à des projets limités dans le temps, ce qui justifie le caractère temporaire des recrutements et le renouvellement des contrats. Cependant, il arrive que le statut d'intermittent du spectacle s'applique aussi à certains travailleurs dont la fonction répond à des besoins permanents de leur employeur (comme les danseuses de ballet d'un opéra ou les membres permanents d'un

⁷⁸ *Adeneler*, point 71.

⁷⁹ C.J., 26 janvier 2012, *Küçük*, C-586/10, EU:C:2012:39, point 31. En droit belge, le contrat pour l'exécution d'un travail temporaire, peu usité dans la pratique, peut être conclu pour un des nombreux motifs énoncés par l'article 1^{er} de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

⁸⁰ *Mascolo*, points 91-92.

⁸¹ *Pérez López*, points 45-46.

⁸² *Commission c. Luxembourg*, point 46 ; *Sciotto*, point 48.

⁸³ *Márquez Samohano*, C-190/13, EU:C:2014:146, points 48-53 (au terme d'un raisonnement assez peu convaincant ; dans le même sens, S. ROBIN-OLIVIER, « Chronique Politique Sociale de l'Union européenne – Contrats à durée déterminée : le *soft-control* de la Cour de Justice », *RTD Eur.*, 2014, p. 513).

⁸⁴ C.J., 10 mars 2011, *Deutsche Lufthansa c. Kumpan*, C-109/09, EU:C:2011:129, points 38-40. La disposition nationale qui généralise le recours aux contrats de travail à durée déterminée successifs à tous les travailleurs ayant atteint un certain âge même s'ils ne sont pas chômeurs comporte un réel risque d'abus et ne peut pas être justifiée par la raison objective alléguée.

⁸⁵ *Adeneler*, point 88.

⁸⁶ *Pérez López*, point 52. Cons. M. VERWILGHEN, « Arrêt 'Pérez López' : limite au renouvellement des contrats à durée déterminée dans le secteur de la santé », *J.D.E.*, 2017, pp. 51-52.

orchestre par exemple). En Belgique, par exemple, il est admis de longue date que l'usage constant dans le milieu du spectacle justifie la conclusion de contrats successifs⁸⁷. Il n'est pas certain que cette dérogation à l'interdiction de principe⁸⁸ soit dans tous les cas compatible avec l'accord-cadre. La Cour exige en effet qu'il soit vérifié concrètement que le renouvellement vise à couvrir des besoins provisoires ; sinon, une autre mesure effective pour éviter et sanctionner les abus doit être inscrite dans le droit national, à défaut de quoi il n'est pas compatible avec la clause 5 de l'accord-cadre⁸⁹.

La Cour s'est montrée nettement moins exigeante dans l'arrêt *Küçük*, concernant une employée d'une administration occupée depuis onze ans sur la base de treize contrats successifs en vue du remplacement de divers employés. Le fait que, à l'échelle globale d'une entreprise ou entité de grande taille, comme une administration, l'employeur se trouve de manière récurrente, voire permanente, dans le besoin d'embaucher du personnel de remplacement n'implique pas, estime-t-elle, que le recours à des contrats à durée déterminée pour combler une carence temporaire d'effectifs soit abusif. Admettre le contraire, autrement dit exiger automatiquement la conclusion de contrats à durée indéterminée dans un tel cas de figure, serait aller au-delà des objectifs de la directive et de l'accord-cadre et méconnaître la marge d'appréciation laissée aux États membres et le cas échéant, aux partenaires sociaux⁹⁰.

3. *La limitation de la durée maximale totale des contrats à durée déterminée successifs*

18. L'une des mesures anti-abus que peuvent mettre en place les États membres est la limitation de la durée maximale totale des contrats. Il peut s'agir de la seule mesure prescrite ; en d'autres termes, elle peut ne pas être jointe à une limitation des motifs de renouvellement ou du nombre de contrats. Y a-t-il des limites à la compétence des États membres dans ce domaine ? La question n'est que rarement abordée par la Cour de justice. Dans l'arrêt *Fiamingo*, elle a jugé qu'il revenait à la juridiction de renvoi de s'assurer que la durée maximale (qui était en l'occurrence d'un an) ne réduit pas de manière substantielle le caractère effectif de la prévention et de la sanction des abus. Ce pourrait être le cas si la durée maximale était calculée en fonction du nombre de jours d'activité effectivement accomplis par le travailleur et non du nombre de jours civils couverts par le contrat de travail, lorsque, comme dans le cas des marins, vu la faible fréquence des trajets, le premier nombre est nettement inférieur au second⁹¹.

Lorsqu'il fait usage de la durée maximale comme mesure anti-abus (généralement deux ans), le droit belge la combine avec une exigence liée au nombre de renouvellements ou à des motifs. L'article 10*bis* de la loi du 3 juillet 1978 permet la conclusion, sur une période de deux ans au plus, d'un maximum de quatre contrats à durée déterminée, chacun d'une durée minimale de trois mois⁹². L'article 11*ter* autorise la succession de contrats de remplacement sur une période

⁸⁷ Projet de loi relative aux contrats de travail, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1977-1978, n° 258/2, pp. 55-56 et références jurisprudentielles citées, ainsi que Trib. Trav, Bruxelles, 31 octobre 1986, *J.T.T.*, 1987, p. 227 ; C. Trav. Anvers, 2 décembre 1988, *Chron. D.S.*, 1990, p. 298.

⁸⁸ Art. 10 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978, p. 9277.

⁸⁹ *Commission c. Luxembourg*, points 47-52 ; *Sciotto*, points 49-61.

⁹⁰ *Küçük*, points 36-54. M. SCHMITT et N. MOIZARD, « Droit social de l'Union européenne, *J.D.E.*, 2012, p. 191.

⁹¹ *Fiamingo*, point 73.

⁹² La durée totale peut atteindre trois ans à certaines conditions (art. 10*bis*, § 3).

maximale de deux ans sans limitation du nombre mais pourvu que le contrat soit justifié par le remplacement d'un travailleur absent pour un des motifs admis par la loi.

19. La Cour a aussi décidé qu'un État membre – la France, en l'occurrence – qui prévoit dans sa réglementation nationale la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée lorsque les contrats de travail à durée déterminée ont atteint une certaine durée, n'est pas tenu d'imposer, dans le contrat de travail à durée indéterminée, la reprise à l'identique des clauses principales figurant dans le contrat précédent. Toutefois, si le droit interne permet que la transformation des contrats de travail à durée déterminée en un contrat de travail à durée indéterminée s'accompagne de modifications substantielles des clauses du contrat précédent dans un sens globalement défavorable au travailleur dont les fonctions sont inchangées, celui-ci pourrait se trouver découragé de conclure le nouveau contrat de travail, perdant du même coup le bénéfice de la stabilité d'emploi recherchée par l'accord-cadre. Une telle norme porte donc atteinte à l'effet utile de la directive⁹³.

B. Les mesures légales équivalentes

20. La clause 5 assigne aux États membres un objectif général à atteindre – la prévention des abus de contrats à durée déterminée successifs – et leur laisse le choix des moyens pour y parvenir. C'est pourquoi, l'adoption des mesures anti-abus énoncées dans la clause 5 ne s'impose que si le droit interne ne contient pas de « mesure légale équivalente destinée à prévenir les abus ». Il suffit, pour être équivalente, que la norme nationale contribue, seule ou en combinaison avec d'autres, à la prévention des abus, peu importe que lesdites mesures n'aient pas été spécifiquement adoptées dans l'objectif de protéger les travailleurs contre les abus en matière de contrats de travail à durée déterminée successifs ou que leur champ d'application ne soit pas limité à ces seuls contrats. Tel pourrait être le cas, par exemple, d'une mesure nationale prévoyant la possibilité de requalifier un contrat de travail à durée déterminée en contrat de travail à durée indéterminée s'il s'avère que celui-ci répond à un besoin permanent et durable^{94 95}.

C. La sanction des abus

21. La sanction des abus n'est pas énoncée par l'accord-cadre. C'est aux autorités nationales qu'il incombe d'élaborer les sanctions destinées à rendre celui-ci efficace et à faire disparaître les conséquences de l'abus⁹⁶. La conversion des contrats à durée déterminée successifs en contrats à durée indéterminée est une voie possible⁹⁷ retenue, notamment, en France et en Belgique. Cette solution n'est toutefois pas imposée par la clause 5⁹⁸. Si cette conversion est

⁹³ C.J., 8 mars 2012, *Huet*, C-251/11, EU:C:2012:133, point 44.

⁹⁴ *Angelidaki*, points 76-77 ; *Adeneler*, point 65.

⁹⁵ Un État peut décider d'adopter les procédés énumérés à la clause 5 nonobstant l'existence de mesures légales équivalentes en droit national. Se pose alors la question d'une éventuelle régression du niveau général de protection des travailleurs, contraire à la clause 8, § 3, de l'accord cadre (*Angelidaki*, points 86-87).

⁹⁶ C.J., 14 septembre 2016, *Martinez Andrés*, C-184/15 et C-197/15, EU:C:2016:680, points 36-38.

⁹⁷ *Fiamingo*, point 69. La création d'un poste fixe, dans une administration, répond aussi à la définition de la sanction efficace (*Pérez López*, C-16/15, point 53).

⁹⁸ *Adeneler*, point 91 ; *Angelidaki*, points 161 et 184-189.

prévue par un droit national, la clause 5 n'impose pas que le travailleur reçoive, de surcroît, une indemnité⁹⁹.

Même si la question du respect des exigences de l'accord-cadre par la législation nationale relève de l'appréciation du juge du fond, la Cour de justice se réserve le droit de formuler des suggestions, parfois très (trop ?) précises, visant à le guider dans la réalisation de cette tâche. Ainsi, l'obligation pour l'employeur de verser une indemnité à la fin de certains contrats à terme ne semble pas répondre à la définition de sanction (efficace) lorsque cette obligation est indépendante de l'abus éventuel¹⁰⁰ ; la mesure consistant dans la titularisation sur la base d'une ascension sur une liste d'aptitude n'est pas non plus suffisamment efficace, du fait de son caractère trop aléatoire¹⁰¹.

Il n'est pas exclu d'adopter des sanctions différentes selon la nature publique ou privée de l'employeur ou encore selon le secteur ou la catégorie dont relève le personnel en cause¹⁰². Il est ainsi concevable de prévoir une transformation en contrat à durée indéterminée dans le secteur privé et de l'exclure dans le secteur public, par exemple¹⁰³. Mais il faut alors prévoir pour celui-ci une autre sanction, qui soit à la fois adéquate et suffisamment effective pour garantir la pleine efficacité des mesures préventives, tel le paiement d'une indemnité¹⁰⁴. Le cas échéant, le juge national est invité à faire preuve de créativité, la Cour n'hésitant pas à lui suggérer la manière d'interpréter son droit national de manière extensive en vue de combler une lacune¹⁰⁵.

CONCLUSION

22. L'accord-cadre est une forme d'harmonisation minimale, peu ambitieuse, qui laisse essentiellement aux États membres le soin d'apprécier la meilleure façon d'équilibrer les intérêts des travailleurs à la stabilité d'emploi et ceux des employeurs, demandeurs de flexibilité. La jurisprudence de la Cour respecte ce caractère minimal. La souplesse de sa jurisprudence à certains égards trouve aussi, en partie à tout le moins, son origine dans le fait que, surtout dans le Sud de l'Europe, les administrations ont dû revoir leur organisation pour maîtriser leurs dépenses et ont privilégié le recours aux contrats ou statuts temporaires. Ceci explique, d'une part, l'affluence des questions préjudicielles posées par des juridictions du bord de la Méditerranée au sujet de travailleurs du secteur public et, d'autre part, une certaine mansuétude de la Cour de justice dans l'appréciation des raisons objectives justifiant une différence de traitement ou un usage intensif des contrats successifs¹⁰⁶.

⁹⁹ *Rossato*, C-494/17, point 45.

¹⁰⁰ *De Diego Porras (II)*, point 94.

¹⁰¹ *Mascolo*, points 114-118.

¹⁰² *Martinez Andrés*, points 40 et 48 et réf. citées.

¹⁰³ *Angelidaki*, point 161.

¹⁰⁴ C.J., 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino*, C-53/04, EU:C:2006:517, points 54-57; C.J., 7 mars 2018, *Santoro*, C-494/16, EU:C:2018:166, points 34-54.

¹⁰⁵ *Martinez Andrés*, point 53 ; *Sciotto*, points 67-70.

¹⁰⁶ A.P. VAN DER MEI, « Fixed-Term work: Recent developments in the case law of the Court of Justice of the European Union », *op. cit.*, p. 17-18.