

## ÉTUDES

**p. 6 Gilles Trudeau et Frédéric Paré**

Pourquoi les *Rights-to-Work Laws* aux États-Unis ?

**p. 18 Yaelsy Lafita Cobas**

Les travailleurs indépendants à Cuba. Un regard sur la législation du travail cubaine

**p. 28 Ljubinka Kovačević**

Évolution du concept de la relation de travail dans le droit serbe : d'un concept autogestionnaire authentique à une (ré)affirmation tardive du concept contractuel

**p. 38 Stani Ondze**

L'harmonisation des régimes de protection sociale en Afrique. L'exemple de la Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale

**p. 48 Antonio Monteiro**

Le droit du travail au centre de la crise : un arrêt de la Cour Constitutionnelle portugaise

**p. 58 Francisco Villanueva, Daniel Crespo-Villarreal, Stéphanie Bernstein, Jill Hanley, Sylvie Gravel et Emmanuelle Ostiguy**

Les travailleurs étrangers temporaires au Québec : le paradis, un peu plus loin...

**p. 70 Andrea Allamprese**

Le cas italien du personnel A.T.A. de l'école publique : violation d'un droit humain ou d'un droit social ?

**p. 80 Nouri Mzid**

L'insertion des droits sociaux fondamentaux dans la nouvelle Constitution tunisienne : une effectivité à l'épreuve

## JURISPRUDENCE SOCIALE COMPARÉE

## THÉMATIQUE : LA GRÈVE : ENTRE PROTECTION ET DÉFIANCE DU JUGE

**p. 89 Allison Fiorentino**

Rochelle Le Roux (Afrique du Sud)

Aiqing Zheng (Chine)

Achim Seifert (Allemagne)

## ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

**p. 116** Afrique du Sud

**p. 118** Algérie

**p. 120** Argentine

**p. 122** Australie

**p. 124** Autriche

**p. 126** Bulgarie

**p. 128** Chili

**p. 130** Colombie

**p. 132** Commissions de contrôle  
des Pactes internationaux

**p. 134** Conseil de l'Europe

**p. 136** Espagne

**p. 138** États-Unis

**p. 140** Fédération de Russie

**p. 142** France - Travail

**p. 144** Grèce

**p. 146** Hongrie

**p. 148** Israël

**p. 150** Italie

**p. 152** Japon

**p. 154** Lituanie

**p. 156** OIT

**p. 158** Pérou

**p. 160** Roumanie

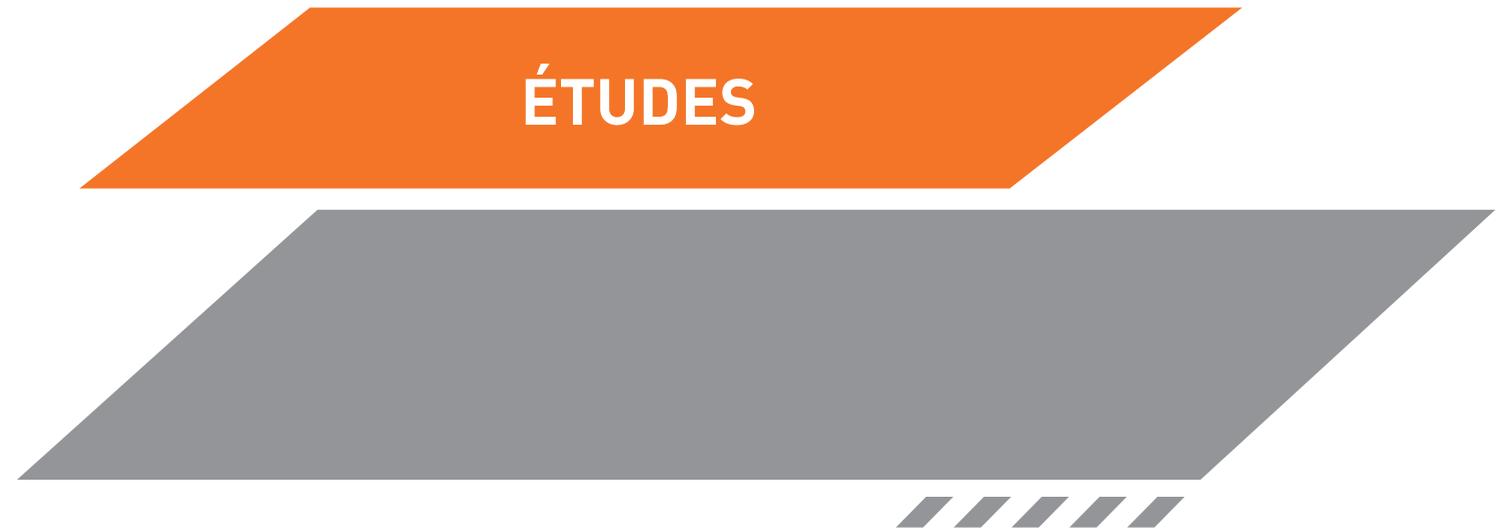
**p. 162** Royaume-Uni

**p. 164** Serbie

**p. 166** UE - Protection Sociale

**p. 168** UE - Travail





**ÉTUDES**

## ANDREA ALLAMPRESE

Maître de conférences à l'Université de Modena et Reggio Emilia, Italie.

Thèmes de recherche : Principe d'égalité et contrat de travail, convention collective, temps de travail. Parmi ses publications :

~ Sindacato e potere dispositivo, Cacucci, Bari, 2015.

~ Il contratto collettivo ex art. 47, legge n. 428/1990, nel trasferimento di azienda in crisi, en Rivista Giuridica del Lavoro, 2014, I, p. 837 ss.

# LE CAS ITALIEN DU PERSONNEL ADMINISTRATIF, TECHNIQUE ET AUXILIAIRE DE L'ÉCOLE PUBLIQUE : VIOLATION D'UN DROIT HUMAIN OU D'UN DROIT SOCIAL ?



### ABSTRACT

There is a question pending since years in the Italian Courts: the cas of transferring administrative, technical and auxiliary (so called ATA) employed in Italian public schools, from local authorities to the State administration. This is a disputed question giving rise to several decisions by the Constitutional Court, by the European Court of Human Rights and by the European Court of Justice. The article aims at deepen analyzing this emblematic law-case (for the EU level) with a view to describe the relationships between the national Supreme Courts (Constitutional Court and Court of Cassation) on the one hand, and the Court of Strasbourg and the Court of Luxembourg on the other hand, as well as the critique related to the "multi-level" feature of the fundamental rights protection.

*KEYWORDS : Transfer, Undertaking, School, Italy, Working condition.*

### RÉSUMÉ

Il y a une question en suspens depuis plusieurs années dans les tribunaux italiens: elle concerne le cas du transfert du personnel administratif, technique et auxiliaire (ATA), employé auprès des écoles publiques italiennes, de collectivités territoriales à l'Etat. Il s'agit d'une question controversée ayant donné lieu à des décisions de la Cour constitutionnelle italienne, de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, de la Cour de Justice de l'Union européenne. L'article a pour objectif d'approfondir ce cas jurisprudentiel emblématique – au niveau de l'Union européenne – en vue de décrire les relations entre les Cours Suprêmes nationales (Cour constitutionnelle et Cour de cassation) et les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ainsi que les critiques liées au caractère « multi-niveau » de la protection des droits fondamentaux.

*MOTS CLÉS : Transfert, Entreprise, École, Italie, Condition de travail.*

**I**l existe une question controversée en suspens depuis plusieurs années en Italie. Elle concerne le traitement juridique et économique du personnel Administratif, Technique et Auxiliaire (A.T.A.) – employé auprès des écoles publiques (travailleurs chargés de la fourniture de services auxiliaires comprenant notamment des tâches de maintenance et d'assistance administrative) – transféré des collectivités locales (provinces et communes) à l'État par le biais d'une loi de 1999.

La question – qui est loin d'être définie – a donné lieu à plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation italiennes, à un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)<sup>1</sup> et à plusieurs décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Cour EDH).

Cet article a pour objectif d'approfondir un cas jurisprudentiel emblématique – au niveau de l'Union européenne – en vue de décrire les relations entre les Cours Suprêmes nationales (Cour constitutionnelle et Cour de cassation) et les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ainsi que les critiques liées au caractère « multi-niveau » de la protection des droits fondamentaux<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Arrêt du 6 septembre 2011 dans l'aff. C-108/10, *Ivana Scattolon c. Ministère de l'éducation et de la Recherche (MIUR)*.

<sup>2</sup> Cf. I. Ambrosi, *Le questioni ancora aperte nei rapporti tra le Corti Supreme nazionali e le Corti di Strasburgo e di Lussemburgo*, Relazione tematica, n. 133, Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, 13 octobre 2014 ; R. Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, *Foro italiano*, 2011, pp. 3753 et s., au début du paragraphe 4; l'Auteur se réfère au concept de « Verbund » proposé dans la littérature allemande comme un outil précieux d'analyse et de reconstruction du contexte au sein duquel l'« agir communicatif » des Cours se manifeste au niveau européen. Sur la coopération entre la Cour de Justice et les Cours des États membres comme élément co-essentiel à la juridicisation et à la constitutionnalisation du processus d'intégration européenne voir A. von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Editoriale scientifica, Napoli, 2011, pp. 75 et s.

## I – L'histoire tourmentée du transfert du personnel A.T.A.

Le transfert, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2000, du personnel A.T.A. des collectivités locales dans les services du personnel A.T.A. de l'État italien, par le biais de l'article 8, alinéas 1 et 2, de la loi n° 124/1999, avait suscité plus d'un doute sur le calcul de l'ancienneté de service des travailleurs en question.

L'article 8 (alinéa 2) de la loi n° 124/1999 établissait pour le personnel A.T.A. transféré « la reconnaissance, à des fins juridiques et économiques, de l'ancienneté de service acquise auprès de l'établissement de provenance ainsi que le maintien du lieu d'affectation ». En revanche, le décret du 23 juillet 1999 relatif à la mise en œuvre de l'article 8 de la loi n° 124 renvoyait à la négociation collective la définition des critères de classification – dans le cadre du secteur École – du personnel en provenance des collectivités locales.

C'est donc l'accord entre l'Aran (Agence pour la représentation et la négociation au sein de la fonction publique) et les organisations syndicales représentatives des secteurs École et Collectivités locales du 20 juillet 2000 (mis en œuvre par le décret du MIUR du 5 avril 2001) qui régla la question. Il était établi que la convention collective nationale du secteur Collectivités locales cessait de s'appliquer – à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2000 – au personnel déjà salarié des collectivités locales, même en cas d'absence d'interruption du rapport de travail, avec application à partir de cette même date de la convention collective nationale du secteur de l'École, même s'agissant de tout ce qui référerait au traitement accessoire (article 3, alinéa 1). En outre, à ce même personnel ne serait pas attribuée toute l'ancienneté de service acquise, mais seulement une partie calculée « fictivement », de manière à ne reconnaître au travailleur, dans son nouveau statut, qu'un niveau salarial égal ou immédiatement inférieur au salaire perçu avant son transfert. La différence éventuelle entre le montant de la position salariale correspondant à la classification professionnelle et le traitement annuel en jouissance à la date du 31 décembre 1999 était comblée par un chèque « *ad personam* » et considérée comme utile aux fins de l'obtention de la position salariale successive (avec la technique dite de « temporisation »).

L'accord du 20 juillet reconnaît donc l'ancienneté de service acquise auprès de la collectivité locale de provenance uniquement sous le profil relatif à la « rétribution individuelle » (ledit acquis économique), sans reconnaître l'ancienneté de service sous d'autres profils, alors que l'article 8 (alinéa 2) de la loi n° 124/1999 ne fait pas la distinction<sup>3</sup>.

Dans plusieurs cas, les travailleurs, à rémunération brute globale égale, se sont retrouvés, à la suite du transfert, avec une réduction de leur ancienneté de service acquise au sein des collectivités locales et l'attribution d'une ancienneté « fictive » dans les services du personnel A.T.A. de l'État ; cela, en lien avec la différence d'incidence de l'ancienneté de service sur le calcul des classifications et des niveaux de rétribution dans les deux différents secteurs. Dans l'affaire *Ivana Scatton c. MIUR* face à la Cour de Luxembourg, la requérante au principal, tout en ayant exercé sa fonction de huissière avant et après son transfert, ne s'est vu reconnaître que neuf années au lieu de vingt (ayant été embauchée en 1980) et a donc été devancée par tous ses collègues (du service du personnel A.T.A. de l'État) ayant acquis la même ancienneté de service (et même par d'autres collègues dont la nomination était plus récente), dans l'exercice des mêmes fonctions au sein des écoles publiques.

La différence entre la disposition de loi « en amont » et l'accord syndical (mis en œuvre par le décret du MIUR) était de nature à susciter un immense contentieux. Les travailleurs touchés par l'accord syndical du 20 juillet 2000 font valoir que cet accord ne peut pas modifier les conditions du transfert prévues par la loi.

Au contentieux judiciaire, initié principalement par des travailleurs, a suivi une disposition d'interprétation authentique<sup>4</sup> du législateur italien<sup>5</sup>, qui – ratifiant ce qui avait été établi par les partenaires sociaux – imposait de

ne prendre en considération l'ancienneté de service acquise dans le précédent rapport de travail que dans les effets produits sur le plan salarial au moment du transfert dans les services du personnel A.T.A. de l'État. Le législateur a, donc, élevé au rang de loi la prévision de la convention collective.

Entre-temps la Cour constitutionnelle italienne a déclaré comme sans fondement plusieurs questions de légitimité de la disposition d'interprétation authentique soulevées par les tribunaux par rapport à de nombreux paramètres constitutionnels. En particulier, l'arrêt n° 234 de 2007 considère que l'opération de transfert du personnel A.T.A. est soumise au principe de « l'invariabilité » des dépenses<sup>6</sup>. Par conséquent – selon la Cour – la disposition d'interprétation authentique est raisonnable, dès lors qu'elle concrétise le principe susmentionné<sup>7</sup>.

Par la suite, la Cour de cassation (Section travail) – se conformant à l'orientation de la Cour constitutionnelle – a retenu, dans son arrêt du 16 janvier 2008, n° 677, la légitimité de la disposition précitée d'interprétation authentique, dans la mesure où elle n'était pas en contradiction avec la directive n° 77/187 sur les transferts d'entreprises (comme modifiée par la directive 98/50, en suite abrogée par la directive 2001/23), le transfert du personnel A.T.A. ne pouvant pas s'inscrire dans cette notion car il n'y avait pas eu transfert de quelques activités, mais uniquement cession du contrat. Par ailleurs, la Cour de cassation a relevé que la disposition d'interprétation authentique en question n'était pas non plus en contradiction avec la jurisprudence de la Cour EDH en matière de limites à la rétroactivité de la loi civile. En effet – selon les juges italiens – l'adoption de la loi de finances pour 2006 n'avait pas pour but d'influer les procès en cours – violant le principe de « parité des armes » (l'État est partie en cause dans les différends du personnel A.T.A.) afin de renverser un résultat autrement escompté<sup>8</sup> – mais était liée à une réorganisation d'ensemble du personnel en question, encadré – au

<sup>3</sup> R. Caponi, *op. cit.*, paragraphe 4.

<sup>4</sup> Dans le droit italien, la loi pénale ne possède jamais d'effet rétroactif (article 25, alinéa 2, de la Constitution). En revanche, en matière civile, la loi peut revêtir un caractère rétroactif. Dans notre cas, le législateur italien introduit une disposition d'interprétation de la norme précédente. En l'occurrence, la règle interprétée est l'alinéa 2 de l'article 8 de la loi n° 124/1999. La Cour de cassation italienne a retenu le caractère rétroactif de la disposition d'interprétation authentique de 2005 dans l'arrêt, à Sections Unies, du 8 août 2011, n° 17076.

<sup>5</sup> Article 1, alinéa 218, de la loi n° 266/2005 - loi de finances pour 2006.

<sup>6</sup> Article 81, dernier alinéa, de la Constitution italienne.

<sup>7</sup> Cf. R. Caponi, *op. cit.*, paragraphe 5.

<sup>8</sup> Voir en général S. Van Drooghenbroeck, *Labour Law Litigation and Fair Trial under Article 6 ECHR*, in F. Dorssemont, K. Lörcher, I. Schömann (ed.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013, pp. 159 et s.

moment du transfert – par deux conventions collectives différentes. Pour le législateur il y a donc les « impérieux motifs d'intérêt général » qui – selon la Cour de Strasbourg elle-même – justifient des effets rétroactifs de la loi civile<sup>9</sup>. De plus, le transfert n'opérait aucune régression salariale pour les travailleurs, la rétribution globale en jouissance ayant été maintenue.

Peu après la Cour de cassation (Section travail) a elle-même soulevé, dans une composition diverse<sup>10</sup>, la question de la légitimité constitutionnelle de la disposition d'interprétation authentique, précisément sous le profil de la violation de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) et en particulier des normes sur le procès équitable (article 6).

La Cour constitutionnelle italienne a, de nouveau, jugé légitime l'intervention du législateur de 2005<sup>11</sup>, en confirmant les thèses soutenues par la Cour de cassation dans l'arrêt n° 677 du 2008. La Cour constitutionnelle nie que la disposition d'interprétation authentique contraste avec l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH (droit à un procès équitable), parce que dans la loi rétroactive en question « il est possible de (...) relever les éléments valorisés par la Cour EDH pour que soient admissibles les dispositions d'interprétation ».

Après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne (1<sup>er</sup> décembre 2009) des travailleurs ont tenté d'exciper de la violation des normes de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne (CDFUE) et notamment de son article 47 (relatif au droit à un procès équitable), mais la Cour de cassation italienne (Section travail), par son arrêt du 9 novembre 2010, n° 22751, a relevé la non applicabilité de la Charte, en l'absence de tout lien avec le droit de l'Union (cf. art. 51 CDFUE, où l'on affirme que : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux

<sup>9</sup> Voir, *ex plurimis*, Cour EDH, Deuxième Section, arrêt du 7 juin 2011 dans l'aff. *Agrati et autres c. Italie* ; Cour EDH, Deuxième Section, arrêt du 31 mai 2011 dans l'aff. *Maggio c. Italie* ; Cour EDH, Cinquième Section, arrêt du 11 février 2010 dans l'aff. *Javaugue c. France*, JCP A, n° 36, 6 septembre 2010, p. 2255 ; Cour EDH, Deuxième Section, arrêt du 19 juin 2008 dans l'aff. *Bortesi et autres c. Italie*.

<sup>10</sup> Cass. 4 septembre 2008, n° 22200.

<sup>11</sup> Par l'arrêt d du 26 novembre 2009, n° 311. Voir déjà en ce sens l'arrêt cité n° 234/2007, l'ordonnance n° 400/2007 et l'ordonnance n° 212/2008.

institutions, organes et organismes de l'Union (...), ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Comme on le sait, la matière est encore très instable, la CJUE ayant adopté tantôt des lectures extensives de l'article 51, tantôt des lectures allant, en revanche, en sens contraire. Si la Commission européenne a pu énoncée une telle lecture extensive de l'article 51<sup>12</sup> au cours d'une de ses communications en 2010<sup>13</sup>, plus complexe est la position qu'elle adopte dans son *Rapport 2013* sur l'application de la Charte<sup>14</sup>, Rapport au sein duquel la Commission insiste fortement sur l'arrêt *Åkerberg Fransson*<sup>15</sup>, comme étant un *arrêt clé*<sup>16</sup>.

Le Tribunal de Venise, auquel Mme *Ivana Scattolon* avait recouru en 2005 pour obtenir la reconnaissance intégrale de l'ancienneté de service acquise avant le transfert dans les services du personnel A.T.A. de l'État, a présenté par ordonnance du 26 février 2010 des questions préjudicielles devant la CJUE (au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), notamment en envisageant l'application possible à la question de fond de la directive n° 77/187, qui imposerait de calculer aussi l'ancienneté de service constituée avant le transfert. À l'appui de cette thèse, le Tribunal estime que l'ensemble des travailleurs A.T.A. intègrent une entité économique qui a gardé son identité après avoir été reprise par le nouvel employeur ; le transfert n'ayant comporté que la modification du sujet débiteur de la rémunération<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Selon laquelle l'État « met en œuvre » le droit de l'Union quand le cas examiné et le droit national mettent en évidence un lien, même indirect, avec la discipline de l'Union.

<sup>13</sup> Communication *Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union*, Brussels, COM(2010) 573 final, paragraphe 1.3.2.

<sup>14</sup> *Rapport 2013 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, 14 avril 2014, COM (2014) 224 def.

<sup>15</sup> CJUE 26 février 2013, aff. C-617/10.

<sup>16</sup> Pour la doctrine, voir A. Ward, *Field of Application*, in S. Peers, T. Hervej, J. Kenner, A. Ward (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 1413 et s.

<sup>17</sup> Voir, en ce sens, l'arrêt *Ayze Süzen* du 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Rec. CJUE*, 1997, I, p. 1259 et *Dr. soc.*, 1997, p. 728, note P.-H. Antonmattei.

## II – L'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire Agrati

Dans ce cadre, la Cour EDH a rendu le 7 juin 2011 un arrêt dans l'affaire *Agrati et autres c. Italie* (n. 43549/08, 6107/09 et 5087/09).

La Cour part du préliminaire selon lequel les travailleurs A.T.A. « requérants soutiennent avoir perçu, suite au transfert, un traitement économique dans l'ensemble inférieur à celui perçu avant le transfert » et « ont perdu tous les éléments accessoires de la rétribution ». Les juges de Strasbourg arrivent à la conclusion selon laquelle « l'adoption de la loi de finances pour 2006 a défini le fond du litige et a rendu vaine la poursuite des procédures », en déduisant la violation aussi bien de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH, que du Protocole n° 1 (droit de propriété).

Concernant la première violation, la Cour observe que la disposition d'interprétation authentique de 2005 avait été adoptée cinq ans après le transfert du personnel A.T.A., à un moment où une jurisprudence de la Cour de cassation italienne favorable aux travailleurs était déjà consolidée. L'objectif évident de cette disposition était de « préserver le seul intérêt financier de l'État en diminuant le nombre de procédures pendantes devant les juridictions » et – ajoute-t-elle – « aucun des arguments présentés par le Gouvernement ne convainc donc la Cour de la légitimité et de la proportionnalité de l'ingérence » (points 64-65).

Concernant la deuxième violation, la Cour relève que, compte tenu des décisions judiciaires, les requérants nourrissaient « du moins une "espérance légitime" de pouvoir obtenir le paiement des sommes litigieuses » (point 74) et que l'on retombait ainsi sous l'empire du Protocole n° 1. L'ingérence étatique dans le « bien protégé » n'était pas justifiée par une « cause d'utilité publique », au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1 du Protocole n° 1, car le « seul intérêt financier ne permet pas de justifier l'intervention rétroactive d'une loi de validation » (point 80)<sup>18</sup>. Dans tous les

cas, il fallait trouver un « juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu » (point 82) dans des proportions raisonnables, alors que l'adoption de la loi italienne de 2005 avait fait peser une « charge anormale et exorbitante » sur les requérants (point 84).

La Cour EDH a fait preuve par cet arrêt d'une certaine sensibilité « sociale », en appliquant sa propre jurisprudence<sup>19</sup>. La décision s'inscrit dans une orientation de la Cour de Strasbourg, qui s'est consolidée au cours de ces dernières années, visant une reconnaissance progressive des droits sociaux<sup>20</sup>.

Mais cet arrêt n'a pas été sans critiques. On observe comment la Cour EDH – à travers une argumentation juridique non persuasive – déplace le discours du plan substantiel (la rétroactivité est un phénomène de droit substantiel) au plan processuel et fonde les limites à la rétroactivité sur le procès équitable. On introduit une limite au pouvoir du législateur d'intervenir rétroactivement, constitué par l'exigence de respecter les attributions de l'autorité judiciaire relatives à la résolution des litiges. La limite est tempérée par une « contre-limite » qui rétablit le pouvoir de légiférer rétroactivement,

---

l'aff. *Arras et autres c. Italie*, qui a mis en évidence le contraste avec l'article 6 CEDH de la disposition d'interprétation authentique sur les pensions intégratives d'entreprise du *Banco di Napoli*. Ces deux arrêts ont été précédés par le renvoi des questions relatives – par la Cour de cassation – à la Cour constitutionnelle, qui les a déclarées sans fondement.

<sup>19</sup> Par cette jurisprudence, la Cour EDH a précisé que le pouvoir du législateur national d'avoir une incidence par le biais de décisions rétroactives (ou d'interprétation authentique) sur des droits nés sur la base des lois en vigueur peut être exercé dans le respect du principe de « parité des armes » sanctionné par l'article 6 de la Convention EDH, sans interférer ou influencer l'issue des litiges pendants, à l'exception de l'hypothèse où subsisteraient « d'impérieux motifs d'intérêt général », précisant que ces derniers ne peuvent pas consister en de simples exigences financières de l'État ni en limitation des dépenses publiques. Cf. l'arrêt du 21 juin 2007 dans l'aff. *SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais c. France*; et l'arrêt du 22 octobre 1997 dans l'aff. *Papageorgiou c. Grèce*.

<sup>20</sup> Cf. N. Bruun, K. Lörcher, *Social innovation: the new ECHR jurisprudence and its impact on fundamental social rights in labour law*, en I. Schoemann (ed.), *Mélanges à la mémoire de Yota Kravaritou: a trilingual tribute*, Bruxelles, 2011, pp. 353 et s. et les références ci-jointes à la doctrine ; voir également tout récemment G. Bronzini, *Limiti alla retroattività della legge civile*, Aracne, 2014, paragraphe 3.

<sup>18</sup> En ce sens voir déjà Cour EDH, Deuxième Section, arrêt du 31 mai 2011 dans l'aff. *Maggio et autres c. Italie*, en matière de calcul du montant de la retraite relative aux périodes de travail effectué à l'étranger et d'intervention d'une disposition d'interprétation authentique visant à corriger l'interprétation jurisprudentielle prédominante, défavorable à l'institut de prévoyance sociale italien ; voir aussi Cour EDH, Deuxième Section, arrêt du 14 février 2012 dans

quand subsistent d'« impérieux motifs d'intérêt général »<sup>21</sup>.

De toute manière, la contrariété entre la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne et celle de la Cour EDH est désormais irrémédiable à propos du traitement revenant de droit au personnel A.T.A., après la sentence définitive rendue par la Grande Chambre de la CJCE dans l'arrêt *Agrati et autres c. Italie* le 28 novembre 2011<sup>22</sup>.

La Cour EDH, dans l'affaire *Agrati et autres c. Italie*, se confronte avec l'arrêt déjà cité de la Cour constitutionnelle italienne du 26 novembre 2009, n° 311, de manière succincte: « S'agissant de la décision de la Cour constitutionnelle, la Cour rappelle qu'elle ne saurait suffire à établir la conformité de la loi n° 266 de 2005 avec les dispositions de la Convention [*Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres*, paragraphe 59] ». Cette approche de la Cour de Strasbourg a été critiquée par une partie de la doctrine parce que jugée insuffisamment ouverte au dialogue à l'égard de la Cour de Luxembourg et des Cours italiennes<sup>23</sup>.

Au lendemain de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Ivana Scattolon c. MIUR* (voir paragraphe suivant), la Cour EDH<sup>24</sup> a jugé « raisonnable de dédommager le préjudice matériel des requérants à hauteur de la différence entre la rétribution qu'ils ont perçue effectivement jusqu'au 31 décembre 2011 et celle à laquelle ils auraient dû avoir droit en l'absence de l'intervention législative litigieuse de 2005 ». S'agissant de la période allant de décembre 2011 à la mise à la retraite effective ou, pour les requérants qui étaient déjà à la retraite, jusqu'à la fin de leur vie, la Cour EDH constate que « le montant des pertes est nécessairement hypothétique puisqu'il dépend notamment de dates non connues au sujet desquelles la Cour ne peut pas se livrer à des spéculations. Ces questions devraient être réservées, le cas échéant, à la compétence des juridictions nationales ».

<sup>21</sup> Cf. R. Caponi, *op. cit.*, paragraphe 7.

<sup>22</sup> Cf. A. Ruggeri, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani ? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Le gouvernement italien avait demandé que l'arrêt du 7 juin 2011 soit renvoyé à l'examen de la Grande Chambre, en vertu de l'article 43 de la Convention EDH. Le collègue des cinq juges a déclaré inadmissible la demande le 28 novembre 2011.

<sup>23</sup> Cf. R. Caponi, *op. cit.*, paragraphe 6.

<sup>24</sup> CEDH, Deuxième Section, arrêt du 8 novembre 2012 dans l'aff. *Agrati et autres c. Italie*.

### III – L'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Scattolon*

Comme déjà signalé, la Cour de Justice (Grande chambre) a rendu le 6 septembre 2011 son arrêt dans l'aff. C-108/10, *Ivana Scattolon c. MIUR*. Fournissant une réponse à la première question préjudicielle posée par le Tribunal de Venise, la CJUE conclut que « la reprise, par une autorité publique d'un État membre, du personnel employé par une autre autorité publique et chargé de la fourniture, à des écoles, de services auxiliaires comprenant notamment des tâches de maintenance et d'assistance administrative, constitue un transfert d'entreprise relevant de la directive n° 77/187, lorsque ledit personnel est constitué d'un ensemble structuré d'employés qui sont protégés en tant que travailleurs en vertu du droit interne de cet État membre » (point 66).

Les juges de Luxembourg arrivent à cette conclusion en rappelant leur précédente jurisprudence. En particulier, la CJUE a jugé que, pour déterminer s'il y a « transfert » de l'entreprise au sens de l'article 1, paragraphe 1, de la directive n° 77/187 (applicable au litige au principal *ratione temporis*), le critère décisif est celui de savoir si l'entité en question garde son identité après avoir été reprise par le nouvel employeur. Si cette entité fonctionne sans éléments d'actifs significatifs, le maintien de son identité par-delà l'opération dont elle est l'objet ne saurait dépendre de la cession de tels éléments<sup>25</sup>. Dans cette hypothèse, qui est celle pertinente au regard du litige au principal, « le groupe de travailleurs en cause maintient son identité lorsque le nouvel employeur » – comme l'a fait l'État italien cessionnaire – « poursuit les activités et reprend une partie essentielle, en termes de nombre et de compétence, desdits travailleurs » (voir points 60-62 de l'arrêt *Scattolon*).

Par ailleurs, s'agissant de l'expression « résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion », figurant également à l'article 1, paragraphe 1, de la directive, les juges de Luxembourg rappellent que la CJUE a donné une interprétation souple à cette expression. Le fait que le transfert résulte de décisions unilatérales des pouvoirs publics (et non d'un concours de volontés) ne saurait exclure

<sup>25</sup> Voir, notamment, arrêt *Hernandez Vidal SA* du 10 décembre 1998, aff. C-127/96, 229/96 et 74/97, *RJS* 2/99, n. 315.

l'application de la directive n° 77/187<sup>26</sup>. Au regard du litige au principal, il ressort de la loi n° 124/1999 que le personnel A.T.A. des collectivités locales italiennes employé dans les écoles était, globalement et par principe, soumis au transfert (points 63-65).

La Cour de Luxembourg, dans sa réponse à la deuxième et à la troisième question, a affirmé que « lorsqu'un transfert au sens de la directive 77/187 conduit à l'application immédiate, aux travailleurs transférés, de la convention collective en vigueur auprès du cessionnaire et que les conditions de rémunération prévues par cette convention sont notamment liées à l'ancienneté, l'article 3 de la directive 77/187 s'oppose à ce que les travailleurs transférés subissent, par rapport à leur situation immédiatement antérieure au transfert, une régression salariale substantielle en raison du fait que leur ancienneté acquise auprès du cédant, équivalente à celle acquise par des travailleurs au service du cessionnaire, n'est pas prise en compte lors de la détermination de leur position salariale de départ auprès de ce dernier » (point 83).

Procédons avec ordre. Selon les juges de Luxembourg, l'article 3 de la directive n° 77/187 devait être interprété de telle sorte que le cessionnaire a la faculté de remplacer, avec effet immédiat, les conditions de travail « dont bénéficient les travailleurs transférés en vertu de la convention collective en vigueur auprès du cédant par celles prévues par la convention collective en vigueur auprès du cessionnaire ». Toutefois, le recours à la faculté susmentionnée « ne saurait donc avoir pour but ou pour effet d'imposer auxdits travailleurs des conditions globalement moins favorables que celles applicables avant le transfert ». S'il n'en était pas ainsi, la réalisation de l'objectif de la directive n° 77/187, consistant à empêcher que les travailleurs soumis à un transfert soient placés dans une position moins favorable du seul fait de ce transfert, « pourrait facilement être mise en cause dans tout secteur régi par des conventions collectives, ce qui porterait atteinte à l'effet utile de ladite directive » (point 76).

Au regard du litige au principal, il est évident que le gouvernement italien et l'accord entre Aran et syndicats

du 20 juillet 2000, quant à la mise en œuvre de l'article 8, alinéa 2, de la loi n° 124/1999, ont établi les modalités à suivre pour le transfert du personnel A.T.A. des collectivités locales auprès des services du MIUR de telle manière que la convention collective en vigueur dans ce dernier puisse être appliquée dès la date du transfert (1<sup>er</sup> janvier 2000) aux travailleurs transférés, sans toutefois que ces derniers bénéficient, parmi le personnel A.T.A. de l'État, d'un salaire correspondant aux années de service effectivement accomplies dans les collectivités locales de provenance.

La CJUE relève que « les tâches exercées, avant le transfert, dans les écoles publiques par le personnel A.T.A. des collectivités territoriales étaient analogues, voire identiques, à celles exercées par le personnel A.T.A. employé par le Ministère. Par conséquent, l'ancienneté acquise auprès du cédant par un membre du personnel transféré aurait pu être qualifiée d'équivalente à celle acquise par un membre du personnel A.T.A. possédant le même profil » (point 80). La Cour relève aussi qu'il y avait donc « la possibilité d'éviter, au moyen d'une reconnaissance à tout le moins partielle de l'ancienneté de services des travailleurs transférés, que ceux-ci subissent une régression salariale substantielle par rapport à leur situation immédiatement antérieure au transfert » (point 81).

Dans cette situation, il serait contraire à l'objectif de la directive n° 77/187/CEE que l'État cessionnaire ne tienne pas compte de l'ancienneté de services des travailleurs qui lui ont été transférés « dans la mesure nécessaire au maintien approximatif du niveau de la rémunération perçue par lesdits travailleurs auprès du cédant » (point 81).

En définitive – selon les juges de Luxembourg – là où il n'est pas démontré pour les salariés transférés l'existence d'une régression salariale, la directive n° 77/187 ne pourra pas être considérée comme violée. Il appartient au juge du cas concret d'examiner s'il y a eu, lors du transfert en cause au principal, une telle régression salariale ou si au contraire – comme affirmé par le Ministère – le calcul défini dans les actes d'application de la loi n° 124/1999 est « de nature à garantir que le personnel A.T.A. concerné n'est pas, du seul fait du transfert, placé dans une position globalement défavorable par rapport à sa situation immédiatement antérieure au transfert » (point 82).

<sup>26</sup> Voir, notamment, arrêt *Redmond Stichting* du 19 mai 1992, aff. C-29/91; arrêt *Collino* du 14 septembre 2000, aff. C-343/98.

Le problème est, alors, de savoir comment reconnaître si subsiste ou non la *régression salariale* dont il est question ici et à quel moment la reconnaître. De la réponse à la deuxième question préjudicielle posée par le Tribunal de Venise, il semblerait que le dommage devrait être « photographié » au moment du transfert, en comparant la situation salariale avant et après le transfert<sup>27</sup>. Dans d'autres considérants<sup>28</sup>, l'arrêt de la CJUE semble, en revanche, ouvrir à une notion de dommage « non immédiat, mais englobant tous les aspects de l'affaire susceptibles d'avoir des répercussions de nature salariale (et peut-être au plan de la sécurité sociale), non identifiables sur la base d'une reconnaissance de la situation le jour même du transfert, ce qui serait une solution plus cohérente avec les finalités de la directive 77/187 »<sup>29</sup>.

La Cour de Luxembourg n'a pas du tout examiné la quatrième et dernière question posée par le Tribunal de Venise, concernant la conformité de la disposition d'interprétation authentique de 2005 à l'article 6, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne en conjonction avec l'article 6 de la Convention EDH et les articles 46, 47 e 52, paragraphe 3, de la CDFUE, bien qu'ayant statué après l'arrêt de la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Agrati* du 7 juin 2011 et que, dans ses conclusions rendues le 5 avril 2011 (peu de semaines avant l'arrêt *Agrati*), l'Avocat général Y. Bot ait donné un avis favorable à l'applicabilité des droits de la Charte, s'agissant d'une question de « droit de l'Union » (transfert d'entreprise)<sup>30</sup>.

La CJUE évite de s'exprimer sur la violation du droit à un procès équitable et argumente exclusivement sous le profil de la réglementation du transfert d'entreprise.

La Cour, interprétant la discipline italienne à la lumière du droit européen, arrive aux conclusions dont nous avons

rendu compte, en vertu desquelles la seule procédure ne peut pas être considérée comme close et le droit des travailleurs (à ne pas percevoir, suite au transfert, un traitement dans l'ensemble inférieur à celui perçu avant leur transfert) trouve une garantie dans le droit italien. Ceci explique la raison pour laquelle la Cour de Luxembourg a jugé la quatrième question comme épuisée.

## IV – La réaction de la Cour de cassation italienne à l'arrêt de la CJUE

La Cour de cassation italienne (Section travail) a réagi tout de suite aux apports plutôt ambivalents de la Cour de Luxembourg. Les juges italiens ont changé d'orientation, permettant l'acceptation des recours des travailleurs<sup>31</sup> et privilégiant donc le profil communautaire de la violation à celui établi par la Cour de Strasbourg en relation à la Convention EDH.

En fait, l'accueil de l'orientation de la jurisprudence de la CJUE a comporté la cassation avec le renvoi des arrêts attaqués. En effet, il fallait examiner concrètement, sur la base des principes énoncés par la CJUE, la violation causée par la disposition d'interprétation authentique de 2005, en vérifiant la subsistance ou non d'une « régression salariale substantielle » au moment du transfert.

Le raisonnement de la Cour de cassation est bien mis en évidence dans l'arrêt n° 12023 du 13 juillet 2012, le dernier d'une série d'autres arrêts ayant un contenu similaire. La Cour s'est prononcée sur le recours de plusieurs travailleurs qui demandaient l'annulation de l'arrêt de la Cour d'appel de Venise ; celle-ci avait nié leur droit à la reconnaissance intégrale de l'ancienneté de service acquise avant le transfert dans les services du personnel A.T.A. de l'État.

La Cour de cassation observe que le juge italien est appelé par la CJUE à vérifier si, à cause de l'absence de reconnaissance intégrale de l'ancienneté de service acquise avant le transfert, le travailleur transféré a subi une régression salariale. Il faudrait, donc, établir dans la définition de

<sup>27</sup> Au point 77, il est précisé : « une position défavorable comparée à celle dont les travailleurs bénéficiaient auparavant ».

<sup>28</sup> Les points 80 et 81 déjà mentionnés.

<sup>29</sup> G. Bronzini, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, *Rivista giuridica del lavoro*, 2011, pp. 503 et s.

<sup>30</sup> Voir paragraphes de 125 à 136 des conclusions ; cf. R. Caponi, *op. cit.*, paragraphe 6, qui apprécie l'approche méthodologique favorable au dialogue de l'Avocat général, tout en critiquant celui de la Cour de Strasbourg.

<sup>31</sup> Voir, entre autres, Cass. 12 octobre 2011, n° 20980; Cass. 14 octobre 2011, n° 21282; Cass. 17 octobre 2011, n° 214411; et Cass. n° 10034/2012.

chaque litige si l'on est en présence ou non de conditions moins favorables. À cette fin, le juge du cas concret doit observer les critères suivants.

Concernant les modalités, il doit s'agir d'une « régression salariale substantielle » et la comparaison entre les conditions doit être « globale » (à savoir qu'elle ne doit pas se référer exclusivement à un seul institut), prenant aussi en compte des effets négatifs éventuels sur le traitement de fin de rapport (T.F.R.) et sur la position du travailleur intéressé concernant sa retraite<sup>32</sup>.

Concernant le moment à prendre en considération, la comparaison doit être faite au moment du transfert (au moment « de la détermination de leur position salariale de départ »).

En consonance avec l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Scattolon c. MIUR*, le recours des travailleurs a été reçu. La violation de l'ensemble des lois, constitué par la loi n° 124/1999, article 8, et la loi n° 266/2005, article 1, dénoncée par les requérants doit – selon la Cour de cassation – être vérifiée en concret sur la base des principes indiqués par la Cour de Luxembourg. Le jugement d'appel contesté par les 13 travailleurs a été cassé avec renvoi à la Cour d'appel de Bologne ; celle-ci est chargée de trancher le litige à ce sujet, « en vérifiant la subsistance ou non d'une régression salariale substantielle au moment du transfert », et de donner suite à la demande du travailleur ou de la rejeter en fonction du résultat de cette vérification.

Entre-temps, on enregistre des arrêts prononcés par des juges nationaux qui exécutent ces opérations de vérification.

Dans certains cas on arrive à refuser d'appliquer la disposition d'interprétation authentique de 2005 ; cette disposition – bien que légitime constitutionnellement – serait en contradiction avec le droit de l'Union et en particulier avec l'article 3 de la directive n° 77/187<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Au point 76 de l'arrêt *Scattolon*, il est précisé : « des conditions globalement moins favorables que celles applicables avant le transfert » ; au point 82 on parle d'« une position globalement défavorable ».

<sup>33</sup> Voir Tribunal de Vicenza, 11 juin 2014; Tribunal de Treviso, 13 janvier 2012; sur ces arrêts voir V. De Michele, *La vicenda del personale Ata dopo le superiori giurisdizioni europee e nazionali viene decisa (infine?) dal Tribunale di Treviso, il lavoro nella giuris-*

D'autre part, les juges de Cour d'Appel ont tous rejeté les demandes des travailleurs, parce que les requérants n'ont pas été en mesure de prouver le préjudice subi.

## Conclusion

Comme on le disait au début de cet article, aujourd'hui l'affaire du personnel A.T.A. est loin d'être définitivement résolue.

La Cour EDH a continué à se prononcer sur cette affaire avec une série d'arrêts successifs par rapport à la dernière orientation de la Cour de cassation italienne (voir paragraphe 5), confirmant la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention EDH par l'Italie<sup>34</sup>.

La force expansive de la jurisprudence *Agrati* semble donc se consolider. Au-delà des doutes sur la « force persuasive » de ces interventions de la Cour EDH<sup>35</sup>, la situation relative au personnel A.T.A. est, elle aussi, concernée par l'observation selon laquelle « la garantie des droits sociaux devient épiphénomène de celle des droits d'autre génération, civils et de liberté, un *side-effect* qui ne peut pas ne pas apparaître controversé, vu que les normes d'attribution des prestations socio-économiques ont nécessairement en arrière-plan des considérations et des appréciations complexes (surtout au cours de ces dernières années) de tenue des budgets publics et relatives aux hiérarchies d'urgence dans l'attribution des ressources publiques qui sont de plus en plus insuffisantes. Défendre le noyau dur d'un droit social comme le reflet d'un droit de propriété ou de crédit (...) est certainement une opération qui, jusqu'à présent, s'avère étrangère à l'horizon herméneutique du juge ordinaire ou constitutionnel d'un pays comme l'Italie, mais aussi de la Cour de Justice elle-même »<sup>36</sup>.

*prudenza*, 2012, n° 3, pp. 238 et s. ; contra Cour d'Appel de Milan, 12 février 2013, n. 1366.

<sup>34</sup> Voir Cour EDH, Deuxième section, arrêt du 11 décembre 2012 dans l'aff. *De Rosa et autres c. Italie* ; Cour EDH, Deuxième section, arrêt du 14 janvier 2014 dans l'aff. *Montalto et autres c. Italie* ; Cour EDH, Deuxième section, arrêt du 25 mars 2014 dans l'aff. *Biasucci c. Italie* ; Cour EDH, Deuxième section, arrêt du 13 mai 2014 dans l'aff. *Marino et Colacione c. Italie*.

<sup>35</sup> Voir *retro* paragraphe 3.

<sup>36</sup> G. Bronzini, *Limiti alla retroattività della legge civile*, op. cit., p. 11.

En revanche, il serait possible, même en présence de problèmes de manque de ressources, de développer un raisonnement « sur les revendications en jeu interprétées comme des droits sociaux fondamentaux, incompressibles au-delà d'un certain seuil (...), mais c'est précisément cette dimension que la Cour EDH a du mal à atteindre, car il n'existe pas une dimension sociale reconnue de la Convention EDH »<sup>37</sup>. Par ailleurs, cette situation est telle parce que la Charte Sociale Européenne révisée demeure encore, au moins dans les tribunaux italiens, engluée dans un vide juridique qui finit par lui donner un caractère purement symbolique<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> G. Bronzini, *Limiti alla retroattività della legge civile, op. cit.*, p. 12.

<sup>38</sup> Voir, au contraire, en Espagne, entre autres, Juzgado de lo social de Barcelona, n° 412/2013, *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2014, II, p. 544, note S. Fernandez Sanchez ; Juzgado de lo social de Toledo, n° 667/2014, inédit à notre connaissance.

EN ACCÈS LIBRE SUR NOTRE SITE INTERNET

Les **TABLES DE L'ANNÉE 2014** de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont désormais **disponibles en ligne**, gratuitement, sur le site Internet du COMPTRASEC.

Elles sont composées de tables alphabétiques classées par **mots-clés**, par **pays** ou **institutions** étudiés, ou encore par nom d'**auteurs**.

Les TABLES DE L'ANNÉE 2014 de la REVUE DE DROIT COMPARÉ DU TRAVAIL ET DE LA SÉCURITÉ SOCIALE sont disponibles en **français** pour les 2 numéros papier de l'année écoulée et en **anglais** pour l'*English Electronic Edition* paru début d'année 2015.

<http://comptrasec.u-bordeaux.fr/revue-de-droit-compare-du-travail-et-de-la-securite-sociale>