CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
présentées le 24 janvier 2008 [1]

I — Introduction

1. Le Landesgericht Bozen (Italie) soumet, en vertu de l'article 234 CE, une question préjudicielle ayant trait à ses doutes sur la conformité du droit administratif italien avec le droit social communautaire. Il interroge plus particulièrement la Cour sur la légalité d'une réglementation nationale obligeant les employeurs à notifier une copie de tous les contrats de travail à temps partiel dans un délai de 30 jours après la conclusion desdits contrats. Cette obligation, assortie d'un sévère régime de sanctions administratives visant les cas de manquement, devrait être conforme à la directive 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES [2].

2. Bien que la directive 97/81 ait déjà été interprétée par la Cour, c'est la première fois qu'il appartient à celle-ci d'examiner une discrimination découlant non pas de la substance du contrat, mais des formalités administratives imposées aux employeurs dans le cadre de contrats de travail à temps partiel. La présente affaire fournit donc à la Cour l'occasion de définir le champ d'application de la protection offerte par la directive 97/81 et de préciser sa relation avec, d'une part, le principe général de non-discrimination et, d'autre part, la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail [3].

II — Le cadre juridique

A — *La réglementation communautaire*

3. En 1997, la Communauté européenne a approuvé la directive 97/81 afin de mettre en

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — JO 1998, L 14, p. 9.

3 — JO L 39, p. 40.

œuvre l'accord-cadre conclu par les partenaires sociaux de dimension européenne en matière de travail à temps partiel. L'adoption de cette réglementation visait, d'une part, à supprimer la discrimination contre les travailleurs à temps partiel et, d'autre part, à encourager le développement de ce type de contrat de travail. Les clauses 4 et 5 de l'accord-cadre sont particulièrement pertinentes:

«Clause 4: Principe de non-discrimination

1. Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à temps partiel ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à temps plein comparables au seul motif qu'ils travaillent à temps partiel, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives.

2. Lorsque c'est approprié, le principe du pro rata temporis s'applique.

3. Les modalités d'application de la présente clause sont définies par les États membres et/ou les partenaires sociaux, compte tenu des législations européennes et de la législation, des conventions collectives et pratiques nationales.

4. Lorsque des raisons objectives le justifient, les États membres, après consultation des partenaires sociaux conformément à la législation, aux conventions collectives ou pratiques nationales, et/ou les partenaires sociaux peuvent, le cas échéant, subordonner l'accès à des conditions d'emploi particulières à une période d'ancienneté, une durée de travail ou des conditions de salaire. Les critères d'accès des travailleurs à temps partiel à des conditions d'emploi particulières devraient être réexaminés périodiquement compte tenu du principe de non-discrimination visé à la clause 4.1.

Clause 5: Possibilités de travail à temps partiel

1. Dans le contexte de la clause 1 du présent accord et du principe de non-discrimination entre travailleurs à temps partiel et à temps plein:

a) les États membres, après consultation des partenaires sociaux conformément aux législations ou pratiques nationales, devraient identifier et examiner les obstacles de nature juridique ou administrative qui peuvent limiter les possibilités de travail à temps partiel et, le cas échéant, les éliminer;

b) les partenaires sociaux, agissant dans leur domaine de compétence et au travers des procédures prévues dans les conventions collectives, devraient identifier et examiner les obstacles qui peuvent limiter les possibilités de travail à temps partiel et, le cas échéant, les éliminer.

[...]»

4. Comme il a été indiqué, la directive 97/81 vise à combattre la différence de traitement entre certains types de contrats de travail; toutefois, son texte comporte — de façon secondaire quoique pertinente — un aspect lié à la discrimination fondée sur le sexe. En effet, le cinquième considérant de ladite directive prévoit que «les conclusions du Conseil européen d'Essen ont souligné la nécessité de prendre des mesures pour promouvoir l'emploi et l'égalité des chances des femmes et des hommes». En outre, la clause 6, paragraphe 4, de l'accord-cadre consacre l'interdépendance des règles relatives au travail à temps partiel et de celles concernant la non-discrimination en raison du sexe:

«Le présent accord est sans préjudice de dispositions communautaires plus spécifiques, et notamment des dispositions communautaires relatives à l'égalité de traitement et des chances entre hommes et femmes.»

5. Ces dispositions en matière d'égalité auxquelles se réfère l'accord-cadre sont essentiellement la directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins [4] et la directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail [5]. Dans la présente affaire, l'article 3 de la directive 76/207 revêt une importance particulière:

«1. L'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité, et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle.

4 — JO L 45, p. 19.

5 — Ces deux directives ont été récemment refondues par la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (JO L 204, p. 23). Toutefois, les faits de la présente affaire se sont déroulés avant l'adoption de la directive 2006/54, de sorte qu'elle ne leur est pas applicable.

2. À cet effet, les États membres prennent les mesures nécessaires afin que:

a) soient supprimées les dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement;

b) soient nulles, puissent être déclarées nulles ou puissent être amendées les dispositions contraires au principe de l'égalité de traitement qui figurent dans les conventions collectives ou dans les contrats individuels de travail, dans les règlements intérieurs des entreprises, ainsi que dans les statuts des professions indépendantes;

c) soient révisées celles des dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe de l'égalité de traitement pour lesquelles le souci de protection qui les a inspirées à l'origine n'est plus fondé; que, pour les dispositions conventionnelles de même nature, les partenaires sociaux soient invités à procéder aux révisions souhaitables.»

B — *La réglementation italienne*

6. L'article 2 du décret législatif nº 61/2000, du 25 février 2000 [6], obligeait l'employeur à notifier, dans un délai de 30 jours après la conclusion d'un contrat à temps partiel, une copie dudit contrat à la direction provinciale compétente de l'inspection du travail et de la sécurité sociale.

7. Le non-respect de cette obligation, selon l'article 8 dudit décret législatif, entraînait une amende administrative de 15 euros pour chaque travailleur en cause et pour chaque jour de retard. L'amende n'était pas plafonnée et aucune cause d'atténuation ou d'aggravation en fonction du degré de culpabilité de l'auteur de l'infraction n'était prévue.

8. En 2003, trois ans après l'entrée en vigueur du décret législatif nº 61/2000, l'article 2 a été abrogé [7]. Toutefois, dès lors que, en Italie, la matière en cause est régie par le principe tempus regit actum, l'application rétroactive favorable des dispositions abrogeant les infractions et les sanctions administratives est impossible.

6 — *Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana* nº 66, du 20 mars 2000.

7 — Décret législatif nº 276/2003, du 10 septembre 2003 (GURI nº 235, du 9 octobre 2003).

III — Les faits

9. L'ordonnance de renvoi du Landesgericht Bozen indique que M^me^ Ruth Volgger, M. Othmar Michaeler et la société Subito ont enfreint l'article 2 du décret législatif n° 61/2000. En dépit d'une description sommaire des faits, il ressort de la décision de renvoi que M. Michaeler et la société Subito se sont vu infliger une amende de 216 750 euros par l'Arbeitsinspektorat der Autonomen Provinz Bozen (inspection du travail de la province autonome de Bolzano). La question préjudicielle dans l'affaire C-55/07 a été soulevée dans le cadre du recours contre la décision imposant cette sanction.

À une date proche, M^me^ Volgger, M. Michaeler et la société Subito se sont vu imposer une amende d'un montant de 16 800 euros, qu'ils ont contestée devant le Landesgericht Bozen, ce qui a donné lieu au renvoi préjudiciel dans l'affaire C-56/07.

10. L'ordonnance de renvoi ne fournit pas d'autres éléments factuels, mais, comme nous l'exposerons ci-après, le doute apparu exige une analyse fondamentalement abstraite des règles applicables. Il n'y a donc aucun inconvénient à ce que la Cour statue sur le présent renvoi préjudiciel.

IV — La question préjudicielle et la procédure devant la Cour

11. Ayant pleinement connaissance du cadre normatif communautaire et national, le Landesgericht Bozen soumet à la Cour la question suivante:

«Des dispositions nationales (articles 2 et 8 du décret législatif n° 61/2000) qui imposent à charge de l'employeur l'obligation de notifier à la direction provinciale compétente de l'inspection du travail une copie des contrats de travail à temps partiel dans le délai de 30 jours après la conclusion desdits contrats, en imposant une amende de 15 euros pour chaque travailleur en cause et pour chaque jour de retard en cas d'absence de notification, sans fixer de limite supérieure à l'amende administrative (amende), sont-elles contraires aux dispositions de droit communautaire et à la directive 97/81/CE du 15 décembre 1997?»

12. Le président de la Cour, par ordonnance du 18 avril 2007, a joint les deux affaires en raison de leur connexité objective.

13. Au cours de la phase écrite, ont déposé des observations le gouvernement italien et la Commission des Communautés européennes. Personne n'a demandé la tenue d'une

audience, de sorte que, après la réunion générale du 27 novembre 2007, l'affaire était en état pour l'élaboration des présentes conclusions.

V — Analyse juridique

A — *Remarque préliminaire: la relation entre les principes généraux de droit et les directives 97/81 et 76/207*

14. Avant d'examiner le fond de l'affaire, il convient de préciser le cadre juridique pertinent. Comme il ressort de l'ordonnance de renvoi, le Landesgericht Bozen doute que les mesures italiennes en cause soient compatibles avec la directive 97/81 et avec les «dispositions de droit communautaire». Cette dernière expression, ainsi que la motivation de la décision de renvoi, laissent penser que la juridiction nationale conçoit des doutes sur la conformité de l'ordre juridique italien avec d'*autres* règles européennes.

15. Cette référence aux «dispositions de droit communautaire» vise, à mon sens, le principe de non-discrimination en raison du sexe. Ainsi que le souligne la juridiction italienne, le traitement différencié appliqué aux contrats à temps partiel et aux contrats à temps plein peut entraîner une discrimination indirecte, dès lors que les femmes représentent un groupe particulièrement lié à ce premier type de contrats.

16. L'ambiguïté avec laquelle est décrit le cadre normatif applicable incite à nuancer le rôle du principe de non-discrimination en raison du sexe dans les directives en matière d'égalité. Afin d'esquisser une réponse utile, il convient de s'arrêter brièvement sur certains aspects généraux du système des sources du droit communautaire.

17. L'incidence des principes généraux de droit sur les directives communautaires n'a pas toujours été sans difficulté. L'irruption de règles ouvertes et indéterminées telles que ces principes, s'ajoutant au caractère téléologique de la directive, peut induire en erreur les opérateurs juridiques lorsqu'il s'agit d'utiliser des critères clairs permettant de résoudre un litige. Cette influence réciproque et complexe entre ces deux sources normatives exige un travail de clarification.

18. Les principes généraux de droit remplissent une fonction hétérogène dans l'ordre juridique de l'Union européenne: en premier lieu, ce sont des règles juridiques assimilables à celles du droit primaire, dotées d'une autonomie propre, qui déterminent la validité d'un acte de droit dérivé ou l'applicabi-

lité d'une règle nationale [8]; en second lieu, ils complètent l'interprétation d'une autre règle, de droit primaire ou de droit dérivé, y compris de droit national, sans acquérir une indépendance pleine et entière, mais en conditionnant fortement la résolution d'un cas concret [9].

19. Cette fonction des principes généraux de droit est simplifiée lorsqu'ils sont transposés dans le droit écrit, comme c'est le cas du principe de non-discrimination en raison de la nationalité (article 12 CE), et qu'ils acquièrent un caractère démocratique qui leur fait défaut lorsqu'ils sont créés par la jurisprudence. Les uns et les autres, toutefois, servent de paramètres de conformité à d'autres règles ainsi que de critères d'interprétation.

20. Cette nette dualité s'obscurcit quelque peu avec les directives. Dans l'arrêt Mangold [10], la Cour a estimé qu'un principe général de droit pouvait être applicable lorsqu'une directive, en raison de son contenu, de l'absence d'effet direct horizontal et d'un délai de transposition ouvert, n'était pas susceptible d'être invoquée dans un litige. La réglementation en cause dans l'affaire Mangold était la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail [11]. La Cour a résolu la difficulté qu'il y avait à appliquer cette directive en reconnaissant l'autonomie du principe général de non-discrimination en raison de l'âge [12]. Ce que le législateur communautaire n'avait pas protégé par une directive, la Cour l'a garanti à travers un principe général de droit.

21. L'avocat général Mazák, dans ses conclusions dans l'affaire Palacios de la Villa [13], a sévèrement critiqué la jurisprudence Mangold, l'estimant nocive pour l'ordre juridique

8 — Bien que le juge national ait l'obligation de laisser inappliquées les dispositions nationales contraires au droit communautaire (arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, points 21 à 24), il doit parfois les éliminer (arrêt du 4 avril 1974, Commission/France, 167/73, Rec. p. 359, point 35). Tel est le cas de l'incompatibilité entre des règles communautaires et des dispositions administratives nationales dont les tribunaux de plusieurs États membres peuvent entreprendre l'examen puis prononcer l'annulation. Cette réalité confirme qu'il n'existe pas, entre le droit communautaire et l'ordre juridique national, un rapport unique de «primauté» (fondé sur l'applicabilité), par opposition à un rapport de «suprématie» (basé sur la validité), puisque, dans certains cas, cette distinction est atténuée. Ferreres Comella, V., «La Constitución española ante la cláusula de primacía del Derecho de la Unión Europea», dans Closa Montero, C. (ed.), *Constitución española y Constitución europea. Análisis de la Declaración del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 92.

9 — Voir, à cet égard, Alonso García, R., *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, CEURA, Madrid, 1994, p. 238 à 244. Groussot, X., *Creation, Development and Impact of the General Principles of Community Law: towards a jus commune europaeum?*, Lund University, Lund, 2005, p. 16 à 27, propose la classification suivante: principes complémentaires (ou subsidiaires), principes régulateurs et principes opérationnels. Les premiers couvrent les lacunes du droit communautaire, les deuxièmes ont une vocation normative supérieure (libertés, subsidiarité ou loyauté institutionnelle) et les troisièmes servent essentiellement de paramètres d'analyse des actes individuels (proportionnalité, égalité, sécurité juridique [...]).

10 — Arrêt du 22 novembre 2005 (C-144/04, Rec. p. I-9981).

11 — JO L 303, p. 16.

12 — Arrêt Mangold, précité note 10, point 75.

13 — Conclusions du 15 février 2007 (arrêt du 16 octobre 2007, C-411/05, Rec. p. I-8531).

dans son ensemble [14]. Je partage l'opinion de M. l'avocat général, car l'applicabilité subsidiaire des principes généraux est non seulement susceptible d'engendrer de l'insécurité juridique, mais elle dénature également le système des sources en faisant des actes typiques communautaires des règles décoratives, aisément remplaçables par des principes généraux [15].

22. Je considère que la Cour doit faire preuve de beaucoup de prudence en maniant simultanément les directives et les principes généraux de droit. De fait, leur coexistence serait plus productive pour les juristes si l'on soutenait que les directives, une fois introduites dans l'ordre juridique, reçoivent le complément interprétatif des principes généraux sans pour autant être placées sur un pied d'égalité avec ces derniers; en effet, si, après l'adoption d'une directive, certains aspects relevant de son champ d'application étaient réglés par les principes généraux, sa fonction et sa nature s'en trouveraient sérieusement altérées. Il apparaît plus souhaitable que les principes généraux de droit allégués dans une affaire dans laquelle sont invoquées des directives agissent en tant que paramètres d'interprétation. Ainsi, le rapport entre les principes généraux et les directives garantirait davantage la sécurité juridique et respecterait mieux l'équilibre institutionnel inhérent à un système de sources tel que le système communautaire [16].

23. Pour répondre à la question du Landesgericht Bozen, il convient, dans ces circonstances, d'examiner si les doutes émis pourraient être dissipés grâce à des instruments législatifs communautaires, auquel cas les principes généraux serviraient exclusivement d'outils d'interprétation des directives; toutefois, en l'absence de directives applicables, les principes généraux du droit communautaire entreraient en jeu comme éléments normatifs autonomes.

14 — Les conclusions de l'avocat général Mazák dans l'affaire Palacios de la Villa sont particulièrement exemplaires tant en raison de leur motivation que de la clarté avec laquelle elles expriment le désaccord de l'avocat général avec la jurisprudence Mangold. L'extrait le plus significatif apparaît sans doute dans les observations finales, où l'avocat général déclare que, «de façon générale, dans des circonstances telles que celles de la présente affaire, où une directive a été adoptée, un acte de droit communautaire dérivé tel que celui-ci peut être interprété et apprécié à la lumière des principes généraux qui le sous-tendent. Les principes généraux de droit — dont la Cour estime, en se fondant sur l'article 220 CE, qu'ils font partie intégrante du droit communautaire primaire — sont donc mis en œuvre au moyen d'actes législatifs communautaires spécifiques. [...]
Renverser presque totalement cette notion en reconnaissant à un principe général du droit communautaire [...] énoncé dans un acte législatif communautaire spécifique [...] un degré d'autonomie tel qu'il pourrait être invoqué en lieu et place ou indépendamment de cet acte législatif pourrait toutefois déboucher sur une situation problématique.
Non seulement cette approche susciterait de graves préoccupations en matière de sécurité juridique, mais elle remettrait en cause la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres ainsi que, de façon générale, l'attribution des pouvoirs en vertu du traité. [...]» (points 136 à 138).

15 — Dans le numéro 1, vol. 43, 2006, de la *Common Market Law Review*, les éditeurs de cette revue consacrent un commentaire pertinent, sur un ton critique, à l'arrêt Mangold, en soulignant l'énième niveau de complexité qu'il ajoute au cadre juridique communautaire (voir, plus particulièrement, p. 7 et 8).

16 — Les cas dans lesquels la directive exige des États membres une transposition à la lumière des droits fondamentaux de l'Union européenne soulèvent une autre question. La Cour, dans son arrêt du 10 juillet 2003, Booker Aquaculture et Hydro Seafood (C-20/00 et C-64/00, Rec. p. I-7411), suivant en cela l'avocat général Mischo, a déclaré que les droits fondamentaux, en tant que principes généraux du droit communautaire, doivent être respectés par les États membres lorsque ceux-ci transposent une directive dans leur ordre juridique. En effet, les droits fondamentaux de l'Union servent non pas uniquement à l'interprétation, mais également à contrôler l'action des pouvoirs publics étatiques. Cette fonction est fondée sur le caractère matériellement constitutionnel des droits fondamentaux, car, outre qu'ils confèrent des espaces de liberté à l'individu, ils légitiment également l'action de l'Union.

24. À mon sens, les doutes du Landesgericht Bozen relèvent de deux directives: la directive 97/81, expressément invoquée par la juridiction de renvoi, et qui régit le travail à temps partiel, et la directive 76/207 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Bien que la juridiction de renvoi cite l'article 137 CE, ses questions concernent la directive 76/207, susmentionnée.

25. Par conséquent, dans la présente affaire, une interprétation des directives conformément aux principes généraux semble possible, ce qui permettrait d'éviter l'application des principes généraux en tant que règles autonomes, laquelle reviendrait à élargir, par la petite porte et en marge des procédures démocratiques de décision, la sphère d'influence des directives.

26. Il convient, enfin, d'approfondir l'analyse du rapport entre les directives 97/81 et 76/207.

27. Dans l'affaire Steinicke, l'avocat général Tizzano n'a vu aucun inconvénient à appliquer ces deux directives à un régime de travail à temps partiel en raison de l'âge, auquel ne pouvaient accéder que les travailleurs qui avaient travaillé au total au moins trois ans à temps plein au cours des cinq années précédentes [17]. La Cour, en revanche, a estimé que le régime en cause touchait aux conditions de travail, excluant ainsi la directive 97/81 et évitant d'aborder la question débattue ici [18].

28. Un an plus tard, le problème de la coexistence de ces directives a surgi de nouveau dans l'affaire Wippel, dans laquelle leur application simultanée dans un cas concret a enfin été admise [19]. Il me paraît opportun de rappeler ici les conclusions de l'avocat général Kokott dans cette affaire [20]. Selon elle — et je partage pleinement cette opinion — ces deux directives poursuivent des objectifs différents. Faute d'identité matérielle, on ne peut recourir à un critère de généralité et de spécialité les concernant [21].

29. L'application des directives ayant été précisée, tant dans leurs rapports avec les principes généraux que dans leurs relations

17 — Conclusions de l'avocat général Tizzano (arrêt du 11 septembre 2003, C-77/02, Rec. p. I-9027).

18 — Arrêt Steinicke, précité note 17, point 52.

19 — Arrêt du 12 octobre 2004 (C-313/02, Rec. p. I-9483).

20 — Conclusions de l'avocat général Kokott dans l'affaire Wippel (arrêt précité note 19, points 64 à 67).

21 — Comme l'indique l'avocat général au point 67 de ses conclusions dans l'affaire Wippel, «[l]'interdiction de discrimination édictée par la directive 76/207 est d'ailleurs également applicable en plus de l'interdiction de désavantager les travailleurs à temps partiel en vertu de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel [...], puisque les deux dispositions règlent des faits différents et poursuivent des objectifs différents. Leur interdiction de discrimination respective ont des facteurs de rattachement différents. Elles n'ont pas de rapport de spécialité l'une par rapport à l'autre».

réciproques, il convient d'examiner le fond de la question posée par le Landesgericht Bozen en étudiant tout d'abord la conformité des mesures italiennes litigieuses avec la directive 97/81, avant de les confronter à la directive 76/207.

B — *Les obligations administratives découlant du décret législatif nº 61/2000 à la lumière de la directive 97/81*

1. Objet de la question

30. Le Landesgericht Bozen demande une interprétation de la directive 97/81 pour en déduire la compatibilité avec ce texte communautaire de deux dispositions du décret législatif nº 61/2000 (les articles 2 et 8) imposant l'obligation à charge des employeurs de notifier une copie des contrats à temps partiel au service compétent de l'inspection du travail, dans un délai de 30 jours après la conclusion desdits contrats. Cette obligation était assortie d'un sévère régime de sanctions administratives prévoyant une amende de 15 euros pour chaque travailleur en cause et pour chaque jour de retard, sans aucun plafond.

31. La directive 97/81, afin de promouvoir l'emploi, vise à éliminer toute discrimination entre les contrats de travail à temps partiel et les contrats de travail à temps plein. Cette finalité a donné lieu à la clause 1, sous a), de l'accord-cadre annexé à ladite directive, qui énonce l'objectif consistant à «assurer la suppression des discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel et d'améliorer la qualité du travail à temps partiel» [22].

32. Le traitement égal qu'exige la directive 97/81 concerne essentiellement les termes substantiels de la relation de travail. Il s'agit d'éliminer, parmi ces types de contrats, tout déséquilibre au détriment du contrat à temps partiel. La jurisprudence de la Cour en la matière a confirmé cette optique [23].

33. Toutefois, la présente affaire ne porte pas sur le contenu du contrat de travail, puisque la réglementation italienne introduit des mesures bureaucratiques dans les obligations administratives des employeurs. Elle intéresse, par conséquent, la relation verticale entre les pouvoirs publics (inspection du travail) et un particulier (employeur).

34. Bien que, dans le cadre de la présente affaire, le type de discrimination le plus visé

22 — La directive 97/81 est étudiée dans les ouvrages de Ellis, E., *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 266 et 267, et de Barnard, C., *EC Employment Law*, 3ª éd., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 429 à 432.

23 — Arrêt Wippel, précité note 19. J'examine certains aspects du travail à temps partiel dans mes conclusions dans l'affaire Voß (arrêt du 6 décembre 2007, C-300/06, Rec. p. I-10573, points 28 à 31).

par la directive 97/81 ne soit pas en cause, l'intérêt d'un examen des mesures adoptées en Italie demeure. En vertu de la clause 5, paragraphe 1, sous a), de l'accord-cadre, les États membres s'engagent à identifier les obstacles de nature juridique ou administrative qui peuvent limiter les possibilités de travail à temps partiel et, le cas échéant, à les éliminer. Par conséquent, il paraît évident que les restrictions bureaucratiques imposées à la conclusion de contrats de travail à temps partiel sont susceptibles d'enfreindre la directive 97/81.

35. En conséquence, ma réponse se focalisera sur la compatibilité du décret législatif n° 61/2000 avec la clause 5, paragraphe 1, sous a), de la directive 97/81. Il convient d'examiner tout d'abord la licéité de l'obligation de notification, puis celle du régime de sanctions. Ces deux aspects méconnaissent le principe de non-discrimination entre les contrats de travail énoncé par la directive 97/81. Pour des raisons de clarté conceptuelle et de compréhension de l'exposé, les faiblesses de ces régimes doivent être démontrées isolément.

2. L'obligation de notification administrative

36. Le Landesgericht Bozen se demande si l'obligation de notifier tous les contrats de travail à temps partiel à l'inspection du travail constitue une violation du droit communautaire. Il y a lieu de déterminer, par conséquent, si le traitement différencié en cause est objectivement et raisonnablement justifié.

37. La jurisprudence de la Cour et la pratique juridictionnelle de plusieurs États membres ont attribué au principe de proportionnalité une place particulière dans la pondération du principe communautaire de non-discrimination. La doctrine l'a également admis [24]. Le triple critère de proportionnalité constitue donc un instrument pertinent pour résoudre le dilemme; la discrimination doit être appropriée, nécessaire et proportionnelle au sens strict [25]. Avec cette triple évaluation, qui doit être réalisée par étapes et non de façon cumulative, l'appréciation de l'égalité devient plus transparente et génère davantage de sécurité juridique.

38. La vérification du principe de proportionnalité confirme également les idées

24 — Craig, P., *EU Administrative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 695 à 700. Voir également Ellis, E., «The Concept of Proportionality in European Community Sex Discrimination Law», dans Ellis, E. (éd.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishers, Oxford, 1999, p. 170 et 171.

25 — La Cour mène cette triple évaluation assez régulièrement. Sur ces trois aspects de la proportionnalité en droit communautaire, voir Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 2006; de Búrca, G., *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, Yearbook of European Law, vol. 13, 1993; Emiliou, N., *The Principle of Proportionality in European Law*, Kluwer, 1996, et Ellis, E. (éd.), *The Principle of Proportionality in the Law of Europe*, *op. cit.* Sur la construction théorique du principe de proportionnalité, dans une perspective méthodologique et mettant l'accent sur la dimension constitutionnelle du principe, voir Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2e éd., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

avancées aux points 17 à 22 des présentes conclusions. Lorsqu'il existe une directive qui harmonise un secteur spécifique, les principes généraux remplissent une fonction interprétative. En l'espèce, le principe de proportionnalité aide à déterminer le sens de la clause 5, paragraphe 1, sous a), de l'accord-cadre annexé à la directive 97/81.

39. La jurisprudence offre de nombreux exemples de régimes nationaux faisant obstacle à la réalisation d'objectifs communautaires [26]. Le domaine le plus fructueux est celui des libertés de circulation. Dans ce secteur, la Cour sanctionne avec une particulière sévérité les mesures directement discriminatoires, au motif qu'elles entraînent une inégalité manifeste, dont la justification incombe aux États membres. Toutefois, lorsque les mesures en question sont indirectement discriminatoires, le critère de contrôle est toujours plus mesuré et prudent, eu égard aux difficultés que ce type d'appréciation cause au juge [27].

40. J'estime que la jurisprudence en matière de libre circulation constitue le point de référence pour la résolution de la question préjudicielle posée. En dépit des évidentes différences entre le régime des libertés et un secteur harmonisé tel que celui du travail, les techniques de contrôle employées par la Cour peuvent être utiles à l'élaboration de certaines règles d'interprétation de la directive 97/81.

41. La libre prestation de services et la liberté d'établissement ont permis à la Cour de se prononcer sur la compatibilité avec le droit communautaire de certaines formalités administratives nationales uniquement applicables aux professionnels exerçant leur droit à la libre circulation. Dans l'arrêt Vander Elst [28], la Cour a déclaré qu'«une réglementation nationale qui subordonne l'exercice de certaines prestations de services sur le territoire national [...] à la délivrance d'une autorisation administrative constitue une restriction à la libre prestation de services» [29]. Cette prise de position, réitérée dans de nombreux arrêts et décrite comme un exemple de contrôle de proportionnalité, est fondée sur l'adéquation et la nécessité des mesures administratives en cause. En premier lieu, la Cour détermine s'il existe un rapport logique entre l'obligation nationale et l'objectif qu'elle poursuit [30]. En second lieu, elle vérifie s'il existe des alternatives moins restrictives permettant à l'État mem-

26 — Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2e éd., Oxford University Press, Oxford, 2006, chapitre 5.

27 — Le principe de proportionnalité exige la détermination préalable d'un niveau de protection, d'un standard de garantie que le juge doit faire sien en fonction du contexte factuel, institutionnel et normatif de chaque cas concret. Il en est ainsi dans l'ensemble des ordres juridiques des États membres qui ont reconnu ledit principe. Selon Craig, P., op. cit., p. 657, «[i]n any system of administrative law the courts will have to decide not only which tests to apply to determine the legality of administrative action, but also the rigour or intensity with which to apply them. In some legal systems this is worked out to a high degree, but the issue is pertinent for all systems. The relative intensity of judicial review is just as much a live question in relation to proportionality in the EU».

28 — Arrêt du 9 août 1994 (C-43/93, Rec. p. I-3803).

29 — Arrêt Vander Elst, précité note 28, point 15.

30 — Arrêt Vander Elst, précité note 28, points 18 à 22.

bre d'atteindre les mêmes objectifs avec des moyens moins contraignants [31]. Cette seconde phase du contrôle donne fréquemment lieu à la constatation d'une violation du droit communautaire.

42. L'arrêt Vander Elst a confirmé l'incompatibilité avec la libre prestation de services d'une obligation exigeant des entreprises domiciliées dans un autre État membre qu'elles obtiennent, pour leurs travailleurs, un permis de travail délivré par un organisme national d'immigration, sous peine de se voir infliger une amende administrative. Quelques années plus tard, la Cour, dans son arrêt Commission/Belgique [32], est allée encore plus loin en étendant ce raisonnement à des mesures nationales indistinctement applicables et, plus précisément, à l'obligation incombant aux entreprises de gardiennage d'obtenir une autorisation administrative [33].

43. Pour déterminer si une formalité administrative est justifiée, en particulier aux fins de l'appréciation du critère de la nécessité, la Cour a utilisé un raisonnement cohérent dans sa jurisprudence. L'arrêt Schnitzer [34], qui concernait l'obligation, pour les entreprises établies dans les États membres et fournissant des services en Allemagne, d'être inscrites au registre des métiers, est particulièrement éclairant. La République fédérale d'Allemagne justifiait cette obligation par la nécessité de garantir la qualité des travaux d'artisanat, mais la Cour a estimé qu'une telle exception n'était pas déterminante et qu'il convenait de suivre une autre voie, liée à l'*efficacité* des dispositions administratives en cause. La Cour a ajouté que «la procédure d'autorisation instaurée par l'État membre d'accueil ne doit ni retarder ni compliquer l'exercice du droit d'une personne établie dans un autre État membre de fournir ses services sur le territoire du premier État, dès lors que l'examen des conditions d'accès aux activités concernées a été effectué et qu'il a été établi que ces conditions sont remplies» [35].

44. Il résulte de tout ce qui précède que la Cour prête une attention particulière à l'efficacité des formalités administratives nationales qui impliquent, a priori, des discriminations interdites par le droit communautaire. Les justifications liées à des motifs aussi pertinents que la sécurité ou la protection des consommateurs ne paraissent pas convaincantes lorsque certains objectifs communautaires sont en jeu. Bien que l'argumentation jurisprudentielle exposée ait été développée dans le domaine des libertés, je suis d'avis que sa structure théorique est extrapolable à la présente affaire.

31 — Arrêt Vander Elst, précité note 28, points 23 à 26.

32 — Arrêt du 9 mars 2000 (C-355/98, Rec. p. I-1221).

33 — Arrêt Commission/Belgique, précité note 32, points 35 à 40.

34 — Arrêt du 11 décembre 2003 (C-215/01, Rec. p. I-14847).

35 — Arrêt Schnitzer, précité note 34, point 36.

45. Dans ses observations écrites, le gouvernement italien attribue aux mesures litigieuses un rôle important dans la lutte contre la fraude et le travail au noir; selon lui, la notification de tous les contrats à temps partiel constitue une source d'informations permettant de concevoir et d'exécuter des politiques publiques. Au contraire, la Commission estime que ces formalités représentent un obstacle incompatible avec la directive 97/81 et son objectif visant à encourager une formule contractuelle qui, en l'espèce, est entravée sans aucun fondement.

46. La rigueur dont la Cour fait preuve avec les mesures nationales discriminatoires, expressément interdites par le droit communautaire, laisse présager que l'argument invoqué par le gouvernement italien n'est pas de nature à prospérer. Il ne fait aucun doute que les mesures en cause sont appropriées aux objectifs poursuivis; toutefois, l'appréciation de leur nécessité, qui implique de vérifier s'il existe d'autres moyens moins contraignants, démontre que la législation italienne est incompatible avec la directive 97/81. L'obligation de notifier une copie de tous les contrats à temps partiel peut être aisément remplacée par d'autres moyens tout aussi efficaces, mais moins coûteux pour les employeurs, qui se voient imposer une formalité que l'administration accomplit déjà, en principe, dans le cadre de ses missions de surveillance, d'inspection et de police.

47. La création d'obligations administratives visant à réduire ou à atténuer les responsabilités de l'administration ne reflète pas toujours une bonne gestion publique. Les formalités redondantes, la mobilisation de ressources privées pour accomplir des tâches à l'utilité incertaine ou les contrôles zélés de l'administration sont des symptômes qui se révèlent encore plus discutables s'ils prennent une forme discriminatoire envers un groupe concret. Je ne résiste pas à l'envie d'évoquer le fonctionnaire Ramón Villamil, héros tragique de *Miau*, roman dans lequel Benito Pérez Galdós décrit ceux qui luttent contre les forces de la bureaucratie, sans succès et sans récompense, avalés par un système de gestion qui s'autoalimente de formalités inutiles [36].

48. L'importance que la directive 97/81 attribue aux contrats à temps partiel ainsi que l'interdiction de discrimination que contient ce texte s'opposent à l'obligation de notification en cause. Dès lors qu'il existe d'autres mesures moins contraignantes permettant au gouvernement italien d'atteindre les mêmes objectifs, il apparaît que l'obligation énoncée à l'article 2 du décret législatif nº 61/2000 est disproportionnée et, partant,

36 — Dans une conversation entre Villamil, personnage partisan de la simplification administrative, et Buenaventura Pantoja, archétype satirique du fonctionnaire du dix-neuvième siècle, Benito Pérez Galdós raconte avec brio et sens de l'humour que «ce qui exaspérait Pantoja, c'était que son ami [Villamil] préconisât l'*income tax*, en faisant table rase de la [contribution] territoriale, de l'imposition industrielle et de la taxe sur la consommation. L'impôt sur le revenu, basé sur la déclaration, ayant pour auxiliaires l'amour propre et la bonne foi, était une hérésie dans un pays où il faut presque mettre le contribuable devant une potence pour qu'il paye. La simplification, en général, était contraire à l'esprit de l'intègre fonctionnaire, qui appréciait le personnel à foison, les nombreux imbroglios et, tout particulièrement, le brassage de papier. Enfin, il y avait comme de la méfiance personnelle chez Pantoja, car cette manie de supprimer les contributions, c'était comme si l'on voulait le supprimer lui». Pérez Galdós, B., *Miau*, col. Austral, nº 470, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2007, p. 193.

contraire à la clause 5, paragraphe 1, sous a), de l'accord-cadre annexé à la directive 97/81.

49. Cette conclusion est corroborée par l'appréciation des conséquences qui découlent de la violation de l'obligation litigieuse en termes de sanctions.

51. Si la Cour devait considérer que l'obligation de notification des contrats à temps partiel viole la directive 97/81, il n'y aurait pas lieu d'approfondir l'analyse de la mesure répressive. Il a déjà été dit que la constatation de l'illégalité de la mesure administrative s'étendrait à la sanction. Toutefois, dans l'éventualité où la Cour ne partagerait pas mon opinion au sujet de l'obligation de notification, je continue ci-après l'examen de la légalité du régime de sanctions prévu à l'article 8 du décret législatif nº 61/2000.

3. Le régime de sanctions administratives

50. La Cour a déclaré à maintes reprises que les mesures administratives ou répressives adoptées par les États membres pour mettre en œuvre le droit communautaire ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire aux objectifs poursuivis. À cet égard, une sanction ne doit pas être si disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave à des libertés consacrées par le traité CE [37]. La Cour a également confirmé que, lorsqu'une mesure administrative nationale est déclarée incompatible avec le droit communautaire, la sanction prévue pour garantir son respect devient elle aussi contraire au droit de l'Union [38].

52. Les États membres jouissent d'une large marge d'appréciation dans la mise en œuvre des mécanismes de sauvegarde du droit communautaire. Tant dans les domaines harmonisés que dans ceux caractérisés par l'existence d'une volonté d'intégration négative, les dispositions visant à lutter contre les manquements, en particulier celles de nature punitive, sont conçues et exécutées par les États membres selon leur libre arbitre. Cette règle est toutefois subordonnée à l'obligation incombant aux États de respecter les principes communautaires d'effectivité, d'équivalence et de proportionnalité, rappelée ci-dessus.

53. Un régime de sanctions, qu'il soit pénal ou administratif, destiné à garantir la mise en œuvre du droit communautaire, doit remplir certaines conditions relatives à la *procédure*

37 — Arrêts du 16 décembre 1992, Commission/Grèce (C-210/91, Rec. p. I-6735, point 19); du 26 octobre 1995, Siesse (C-36/94, Rec. p. I-3573, point 21), et du 7 décembre 2000, de Andrade (C-213/99, Rec. p. I-11083, point 20).

38 — Arrêts du 14 juillet 1977, Sagulo e.a. (8/77, Rec. p. 1495, point 12); du 3 juillet 1980, Pieck (157/79, Rec. p. 2171, point 19), et du 12 décembre 1989, Messner (C-265/88, Rec. p. 4209, point 14).

et au *fond*[39]. Les conditions de procédure sont régies par les principes d'effectivité et d'équivalence[40]; les conditions de fond le sont par le principe de proportionnalité.

54. L'affaire qui nous occupe présente une incertitude non pas en rapport avec la procédure suivie devant l'administration et les tribunaux italiens, mais en ce qui concerne le contenu matériel des règles en cause. Il convient donc d'effectuer un contrôle de proportionnalité.

55. J'ai déjà indiqué que le décret législatif nº 61/2000 inflige à l'employeur une amende de 15 euros pour chaque travailleur en cause et pour chaque jour de retard dans la notification de la conclusion du contrat. En outre, il n'existe aucun plafond pour l'amende, car, s'agissant d'une infraction continue, le fait illicite peut se prolonger dans le temps, augmentant le montant de la sanction indéfiniment.

56. Un système de cette nature engendre de sérieux inconvénients en ce qui concerne la culpabilité. Bien que les régimes de sanctions administratives n'aient pas la même intensité que le droit pénal, ces deux ordres appliquent les mêmes principes généraux. Dans mes conclusions du 26 mai 2005 dans l'affaire Commission/Conseil, je soutiens que cette identité entre la sanction pénale et la sanction administrative se retrouve dans la jurisprudence de la Cour[41]. L'intensité avec laquelle s'appliquent ces principes varie, mais il est évident que des principes tels que celui de la présomption d'innocence, le principe non bis in idem, le principe de légalité ou celui de culpabilité sont des structures normatives applicables tant en droit pénal que dans les régimes de sanctions mis en œuvre par les administrations[42].

57. Sur la base de cette prémisse, j'estime que le système de sanctions créé par le décret législatif nº 61/2000 est illicite au regard du principe de culpabilité, en vertu duquel la sanction doit dépendre de l'intention de l'auteur de l'infraction. Pour garantir cette exigence, les ordres juridiques introduisent des critères correcteurs sous la forme de causes d'atténuation ou d'aggravation. Dans le même ordre d'idées, les comportements peuvent être qualifiés de fautifs ou d'imprudents. La sanction est ainsi graduée en fonction de l'intention de l'auteur, celle-ci matérialisant sa responsabilité. Dans la jurisprudence, cette opération apparaît

39 — Lenaerts, K., Arts, D. et Maselis, I., *Procedural Law of the European Union*, 2e éd., Londres, 2006, p. 83, paragraphe 3-001.

40 — Principes consacrés par la jurisprudence de la Cour à partir des arrêts du 16 décembre 1976, Rewe-Zentralfinanz et Rewe-Zentral (33/76, Rec. p. 1989, point 5), et Comet (45/76, Rec. p. 2043, point 13).

41 — C'est ce que j'indique au point 47 de mes conclusions dans l'affaire Commission/Conseil (arrêt du 13 septembre 2005, C-176/03, Rec. p. I-7879): «[s]elon l'importance de la réponse, il faut distinguer les sanctions pénales, qui constituent le degré le plus élevé, des sanctions administratives. Les deux sont des manifestations du ius puniendi de l'État et elles obéissent aux mêmes principes ontologiques [...]. Cependant, le caractère moins strict des secondes affaiblit les garanties qui doivent présider à leur application, bien que, comme je l'ai signalé dans les conclusions que j'ai rendues dans l'affaire Commission/Grèce [...], il y ait lieu, dans les deux cas, de respecter des principes analogues [...]».

42 — Sur l'évolution jurisprudentielle de ces principes en droit communautaire, voir Alonso García, R., *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*, éd. Civitas, Madrid, 1989, p. 297 à 301.

comme une dimension du principe de proportionnalité [43].

58. L'arrêt Louloudakis [44] a confirmé l'incompatibilité avec le droit communautaire d'une sanction nationale infligée de façon automatique en fonction d'un seul paramètre — la cylindrée d'un véhicule —, sans tenir compte de la vétusté de celui-ci ni d'autres aspects ou règles auxquels le propriétaire s'était conformé [45]. Bien que la Cour ait laissé au juge national le soin de pratiquer l'évaluation finale de la mesure, les observations formulées au sujet de la culpabilité gardent tout leur sens.

59. Je considère que des sanctions introduites ad infinitum en fonction du temps écoulé et du nombre de travailleurs concernés, sans critères correcteurs permettant de moduler la sanction selon la culpabilité de l'auteur de l'infraction, enfreignent le principe de proportionnalité. À la formalité administrative consistant à envoyer une copie de chacun des contrats à temps partiel conclus s'ajoute un supplément répressif qui, une fois intériorisé par l'employeur, contribue à décourager le recours à ce type de contrat de travail. La possibilité d'être sanctionné de façon illimitée uniquement à raison du temps écoulé pousse l'employeur à opter pour d'autres modalités contractuelles. L'incitation à conclure d'autres types de contrats est d'autant plus forte lorsque la relation de travail à temps complet ne comporte pas un tel régime de sanctions.

60. Sur ce point, toutefois, je suggère à la Cour de laisser au Landesgericht Bozen le soin de trancher. L'automatisme de la sanction en cause doit être examiné dans le contexte du système italien de sanctions administratives dans son ensemble. La violation du droit communautaire ne serait avérée que si l'absence de circonstances à charge ou à décharge de l'auteur de l'infraction était confirmée. Le juge de renvoi se trouve dans une meilleure position que la Cour pour pratiquer une analyse systémique d'un secteur spécifique de l'ordre juridique italien. L'alternative que je propose de soumettre au Landesgericht Bozen est simple: si, dans l'ordre juridique national, les sanctions prévues par le décret législatif n° 61/2000 n'admettaient aucune gradation, il y aurait violation du principe communautaire de proportionnalité.

43 — L'articulation de la culpabilité sous la forme du principe de proportionnalité opère également dans les ordres juridiques nationaux. En France, par exemple, le Conseil d'État, depuis l'arrêt Lebon (Section, 9 juin 1978, p. 245), applique ce principe lorsqu'il contrôle le degré de gravité des sanctions administratives. Le législateur espagnol a confirmé cette pratique à l'article 131 de la loi relative au régime juridique des administrations publiques et à la procédure administrative commune (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), où les causes de modulation de la responsabilité administrative apparaissent sous la rubrique intitulée «principe de proportionnalité». Sur l'évolution du critère de la culpabilité, voir Peers, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 2e éd., Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 417 et 418.

44 — Arrêt du 12 juillet 2001 (C-262/99, Rec. p. I-5547).

45 — Arrêt Louloudakis, précité note 44, point 69: «[...] si des impératifs de répression et de prévention peuvent justifier qu'une législation nationale établisse les sanctions à un certain niveau de sévérité, il ne peut être exclu que des sanctions déterminées conformément à des règles comme celles applicables au principal puissent s'avérer disproportionnées et constituer ainsi une entrave à ladite liberté, en tant qu'elles comprennent des amendes fixées de manière forfaitaire sur le fondement du seul critère de la cylindrée du véhicule, sans prise en considération de la vétusté de celui-ci, et un droit majoré pouvant aller jusqu'au décuple des taxes en cause. En effet, une sanction fondée sur le seul critère de la cylindrée pourrait être disproportionnée par rapport à la gravité de l'infraction, notamment lorsqu'elle est associée à une autre sanction, élevée, infligée du chef de la même infraction. Il pourrait en être de même d'une sanction pouvant atteindre un multiple des taxes en cause, par exemple le décuple de celles-ci.» Il ne faut pas perdre de vue que les cas dans lesquels la Cour a admis une certaine forme de responsabilité objective en matière répressive sont rares. Dans ces cas, la jurisprudence a exigé que l'ordre juridique national respecte les principes d'effectivité, d'équivalence et de proportionnalité. Voir également les arrêts du 21 septembre 1989, Commission/Grèce (68/88, Rec. p. 2965, point 24); du 10 juillet 1990, Hansen (C-326/88, Rec. p. I-2911, point 17), et du 27 février 1997, Ebony Maritime et Loten Navigation (C-177/95, Rec. p. I-1111, point 35).

C — *Les obligations administratives créées par le décret législatif n° 61/2000 à la lumière de la directive 76/207*

61. Enfin, il convient de vérifier si la directive 76/207 a été méconnue. J'ai déjà indiqué qu'entre cette directive et la directive 97/81 il n'existe pas de rapport de spécialité, ce qui permet d'interpréter conjointement ces deux instruments normatifs. Ayant constaté l'incompatibilité des mesures en question avec la directive 97/81, il me paraît superflu d'analyser les difficultés soulevées par le décret législatif n° 61/2000 en rapport avec la discrimination fondée sur le sexe. Toutefois, j'estime qu'une proposition sur ce point aidera le tribunal national à prendre la juste décision.

62. Bien que, dans ses observations, le gouvernement italien n'ait pas mentionné les problèmes posés dans l'ordre juridique national par la directive 76/207, la Commission s'est prononcée sur cette question en indiquant que les dispositions de ladite directive étaient exclues de l'objet du présent litige.

63. Je ne partage pas l'avis de la Commission.

64. Depuis l'arrêt Jenkins [46], il est évident que, dans le domaine de la politique sociale et, plus particulièrement, en matière de lutte contre les différences de traitement en raison du sexe, le droit communautaire combat également la discrimination indirecte. Cette affaire concernait une travailleuse à temps partiel dont le salaire était substantiellement inférieur à celui de ses collègues masculins. La partie défenderesse soutenait que la disparité salariale visait non pas à instaurer un régime différencié pour les hommes et pour les femmes, mais à adapter les salaires aux particularités des employés à temps complet, d'une part, et à temps partiel, d'autre part. La Cour a déclaré que cette différence de traitement pouvait être compatible avec le principe de non-discrimination en raison du sexe, sous son aspect salarial (article 141 CE), pour autant qu'elle fût objectivement justifiée [47], mais elle a précisé que, si le nombre de femmes exerçant des activités à temps complet était notablement inférieur à celui des hommes, il y aurait une discrimination illégitime [48].

65. Ce critère d'appréciation de l'égalité entre les sexes, inauguré dans l'arrêt Jenkins, exige un examen factuel que la Cour n'est pas toujours en mesure de réaliser. C'est pourquoi celle-ci a indiqué que l'évaluation des données permettant de constater une discrimination entre hommes et femmes incombe au juge national, qui doit tenir compte de divers éléments tels que les statistiques élaborées par l'inspection du

46 — Arrêt du 31 mars 1981 (96/80, Rec. p. 911).

47 — Arrêt Jenkins, précité note 46, points 11 et 12. Dans les conclusions susmentionnées dans l'affaire Voß, points 32 à 38, j'explique en détail l'évolution jurisprudentielle de la discrimination indirecte en raison du sexe. Voir également Craig, P., et de Búrca, G., *EU Law*, 4e éd., Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 886 à 896.

48 — Arrêt Jenkins, précité note 46, points 13 et 14.

travail ou d'autres informations équivalentes [49].

66. La jurisprudence Jenkins a été réaffirmée à de nombreuses reprises [50], bien que, dans la majorité des cas, ce soit dans le domaine de l'article 141 CE, qui énonce le principe de l'égalité de rémunération en des termes particuliers. En définitive, les discriminations indirectes fondées sur le sexe sont, à l'heure actuelle, aussi proscrites que les discriminations directes. L'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe [51], qui cristallise la jurisprudence Jenkins, en fournit un exemple très éclairant:

«Aux fins du principe de l'égalité de traitement [...], une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre affecte une proportion nettement plus élevée de personnes d'un sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit approprié(e) et nécessaire et ne puisse être justifié(e) par des facteurs objectifs indépendants du sexe des intéressés» [52].

67. Dès lors que l'article 2, paragraphe 2, de la directive 97/80 régit les situations discriminatoires interdites par la directive 76/207, la jurisprudence Jenkins doit s'appliquer à la présente affaire.

68. Dans ces circonstances, il ne reste qu'à renvoyer à l'examen des dispositions italiennes réalisé plus haut. Sur la base de cette appréciation, j'invite la Cour à constater que l'introduction de mesures décourageant le recours aux contrats de travail à temps partiel est également susceptible de limiter l'accès à l'emploi. Pour les motifs exposés aux points 36 à 60 des présentes conclusions, les mesures nationales en question dissuadent les employeurs de recourir aux contrats de travail à temps partiel. Cela étant dit, il appartient au Landesgericht Bozen de déterminer s'il existe des éléments de fait qui accréditent une discrimination fondée sur le sexe. Si le résultat de cette évaluation démontrait que la mesure litigieuse touche une proportion significativement plus importante de femmes que d'hommes, il conviendrait de constater une violation de la directive 76/207 et, plus précisément, de son article 3.

49 — Sur l'utilisation de critères statistiques dans la jurisprudence de la Cour, voir Nielsen, R., *European Labour Law*, DJØF Publishing, Copenhague, 2000, p. 217 à 220.

50 — La jurisprudence Jenkins a été confirmée peu de temps après par l'arrêt du 13 mai 1986, Bilka-Kaufhaus (170/84, Rec. p. 1607, point 29). Voir, dans le même sens, arrêts du 13 juillet 1989, Rinner-Kühn (171/88, Rec. p. 2743, point 11); du 27 juin 1990, Kowalska (C-33/89, Rec. p. I-2591, point 13); du 7 février 1991, Nimz (C-184/89, Rec. p. I-297, point 14); du 4 juin 1992, Bötel (C-360/90, Rec. p. I-3589, point 30); du 2 octobre 1997, Kording (C-100/95, Rec. p. I-5289, point 16), et du 30 mars 2000, JämO (C-236/98, Rec. p. I-2189, point 52).

51 — JO 1998, L 14, p. 6.

52 — La directive 2006/54 a nuancé ce concept en définissant la discrimination indirecte de la manière suivante: «la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires». Il ressort de cette nouvelle rédaction que le facteur quantitatif — l'incidence plus importante pour les femmes que pour les hommes — n'est plus un élément déterminant et coexiste avec d'autres facteurs.

VI — Conclusion

69. Au vu des explications qui précèdent, je propose à la Cour de répondre comme suit à la question préjudicielle posée par le Landesgericht Bozen:

«Les clauses 4 et 5 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, annexé à la directive 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à une réglementation nationale qui exige la notification à l'administration d'une copie des contrats de travail à temps partiel dans le délai de 30 jours après la conclusion desdits contrats.

L'article 3 de la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui exige la notification à l'administration d'une copie des contrats de travail à temps partiel dans le délai de 30 jours après la conclusion desdits contrats, pour autant qu'il soit démontré que cette mesure touche une proportion significativement plus importante de femmes que d'hommes. Il appartient à la juridiction nationale de déterminer s'il existe des éléments de fait prouvant une discrimination fondée sur le sexe.»