« Or, c’est une chose naturelle que, de pays à pays, il se fasse en tous genres un mélange des mœurs : étrangers qui, chez d’autres étrangers, introduisent des nouveautés. »

Platon, Lois, XII, 950.
LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE N’A PAS POUR AMBITION D’UNIFIER LES DROITS NATIONAUX DES ETATS MEMBRES MAIS DE LES HARMONISER. LES ETATS MEMBRES BÉNÉFICIENT, EN PRINCIPE D’UNE COMPÉTENCE PRÉDOMINAANTE EN MATIÈRE SOCIALE. À DÉFAUT D’INTERVENTION DES ETATS MEMBRES, LE DROIT COMMUNAUTAIRE EST COMPÉTENT EN MATIÈRE SOCIALE. L’HARMONISATION EUROPÉENNE DOIT DONC ÊTRE L’ŒUVRE DES POLITIQUES NATIONALES MANIFESTANT LEUR VOLONTÉ D’INTÉGRATION ET NON D’UNE SIMPLE COOPÉRATION. L’ACTION COMMUNAUTAIRE PERMET LA COORDINATION ENTRE LES DIFFÉRENTES LÉGISLATIONS DES ETATS.

CHAPITRE I - LE PARTAGE DES COMPÉTENCES

Section I - Le principe de spécialité

§ 1. Les objectifs de la Communauté
A – Le principe de souveraineté
1/ Une problématique spécifique à la Communauté
2/ L’influence du principe de souveraineté sur la Communauté
   a) La compétence de principe ou présumée
   b) Le partage des compétences
B - Le cadre général de l’action de la Communauté

§ 2. Les compétences conférées par les Etats membres à la Communauté
A – Les compétences spécifiques.................................................................30
B – Les compétences non spécifiques..........................................................33

Section II – L’encadrement des compétences..............................................35
§ 1. Le principe de subsidiarité......................................................................35
A – La subsidiarité institutionnelle...............................................................35
B – La subsidiarité de l’action communautaire par rapport à celle des partenaires sociaux.................................................................37
§ 2. Le principe de proportionnalité...............................................................40

CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DES COMPETENCES...............................42
Section I - L’intégration du droit communautaire en droit interne..............42
§ 1. La diversité des principes de protection des normes............................42
A – Présentation des principes....................................................................43
1/ Les prescriptions minimales.....................................................................43
2/ L’ordre public social européen : le jus melius........................................43
3/ La protection nationale renforcée.............................................................45
4/ le principe de non régression.................................................................45
B – Des notions apparemment distinctes......................................................48
§ 2. La portée limitée des principes...............................................................49
A – Des principes similaires ?.................................................................49
1/ l’objectif commun de ces principes : le progrès social..........................49
2/La remise en cause des principes ou la confusion des principes..................50
La perception de la notion de progrès joue sur le principe de non régression puisque lorsque l’on parle d’harmonisation dans le progrès, on entend par là, harmonisation non régressive..........................................................54

Section II - L’utilisation du droit communautaire et ses difficultés............54
§1. Une influence réciproque du droit communautaire et du droit français ..................................................54
A – La protection conférée par le droit social français.................................54
B – Un droit communautaire, inspirateur...................................................58
§ 2. La régression du droit français ?...........................................................60
A – Le travail de nuit des femmes...............................................................60
B – La santé et la sécurité des travailleurs...................................................61
C – Le licenciement économique...............................................................62
PARTIE II : L’APPLICABILITE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

CHAPITRE I : LA HIERARCHIE DES NORMES

Section I – La primauté du droit communautaire

§1. Fondement de la primauté

A – Présentation du principe

B – L’affirmation de la primauté par la jurisprudence

§ 2. Portée et conséquences

A - L’impossibilité de principe d’établir un droit national contraire au droit communautaire

B – Les conflits de normes nationales et communautaires

1/ Les solutions doctrinales

a) le dualisme

b) Le monisme, solution adoptée par la France

2/ Les solutions jurisprudentielles

a) Les solutions de la CJCE

Dans l’arrêt Simmenthal, la CJCE s’exprime catégoriquement sur la solution à apporter à un tel conflit : « le juge national chargé d’appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l’obligation d’assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu’il ait à demander ou à attendre l’élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » ....

b) Les solutions apportées par la jurisprudence française

α) La jurisprudence de la Cour de cassation

β) La jurisprudence du Conseil d’État

Section II – Le principe d’effet direct

§ 1. Fondement

§ 2. Les extensions du principe

A – L’effet direct vertical affirmé


B – L’effet direct horizontal tempéré

CHAPITRE II : L’APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT COMMUNAUTAIRE
Section I - Les difficultés rencontrées dans l’application du droit communautaire sur le droit interne .................................................................................................................. 87
A – Le respect des obligations de l’État ........................................................................ 88
1/ Les engagements de l’État ......................................................................................... 88
2/ Le respect du droit communautaire par le législateur .................................................. 90
B – Le rôle donné aux partenaires sociaux ................................................................... 91
§ 2. Les difficultés afférentes au juge et aux parties .......................................................... 93
A – Le juge et l’interprétation du droit communautaire .................................................. 93
B – L’invocabilité des sources communautaires par les parties ....................................... 98
1 / La consécration du droit au juge .............................................................................. 98
a - Les protections étatiques du respect du droit communautaire ................................... 99
b - Les protections interétatiques du respect du droit communautaire ......................... 101
α – Devant la Cour de justice des Communautés européennes .................................... 102
β - Devant la Cour européenne des droits de l’Homme .................................................. 102
2 / La protection au provisoire ....................................................................................... 104

Section II – Les moyens existants pour une application effective du droit communautaire ................................................................................................................................. 105
§ 1. Le fondement du recours en manquement ................................................................. 105
A – Le principe .............................................................................................................. 105
B – Les condamnations répétitives de la France ............................................................... 107
§ 2. L’effet de la condamnation en manquement de la France .......................................... 109
A – La conformité du droit interne français .................................................................. 109
B – Pour une procédure plus efficace ............................................................................ 111

CONCLUSION .................................................................................................................. 113

BIBLIOGRAPHIE ............................................................................................................. 115
§ 1. Ouvrages généraux .................................................................................................... 115
A - Traité et manuels ..................................................................................................... 115
B – Dictionnaires, encyclopédies et répertoires ............................................................... 116
§ 2. Ouvrages spéciaux ................................................................................................... 117
A - Monographies et thèses .......................................................................................... 117
B - Ouvrages collectifs .................................................................................................. 117
C – Mélanges ................................................................................................................ 118
D – Numéros spéciaux de revue ................................................................................... 119
§ 3. Articles, études et chroniques ................................................................................ 119
§ 4. Notes, observations, conclusions et rapports de jurisprudence .................................. 134

TABLE DE JURISPRUDENCE .......................................................................................... 135
§ 1. Jurisprudence de la CJCE ......................................................................................... 135
§ 2. Jurisprudences des juridictions françaises ................................................................. 138
A – Jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation .................................... 138
La qualité des recherches du mémoire est conditionnée par le suivi de l’étudiant. Dans cet esprit, j’adresse mes plus vifs remerciements à Monsieur le Professeur Bernard Bossu. Ses conseils et sa disponibilité m’ont permis de réaliser ce travail de recherche.
TABLE DES ABREVIATIONS

§ 1. Abréviations du texte

- **AUE**  Acte unique européen
- **CAIJ**  Coopération en matière des affaires intérieures et de la justice
- **CE**  Communauté Européenne
- **CECA**  Communauté Économique du Charbon et de l’Acier
- **CED**  Communauté Européenne de Défense
- **CEDH**  Cour européenne des droits de l’homme
- **CEE**  Communauté Économique Européenne
- **CEEA**  Communauté Européenne de l’Energie Atomique ou Euratom
- **CJCE**  Cour de justice des Communautés européennes
- **CPE**  Coopération Politique européenne
- **CPJI**  Cour permanente de justice internationale
- **OCDE**  Organisation de coopération et de développement économique
- **OECE**  Organisation européenne de coopération économique
- **OTAN**  Organisation du Traité de l’Atlantique Nord
- **§**  paragraphe
- **PESC**  Politique Etrangère et de Sécurité Commune
- **SDN**  Société des nations
- **UE**  Union Européenne
• UEO Union de l’Europe occidentale

§ 2. Abréviations à caractère bibliographique

• aff. affaire
• al. alinéa
• Art. article
• Bull. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
• c/ contre
• CA Cour d’appel
• Cass. Ch. Mixte Chambre mixte de la Cour de cassation
• Cass. crim. Chambre criminelle de la Cour de cassation
• Cass. soc. Chambre sociale de la Cour de cassation
• CE Conseil d’Etat
• cf. Confer
• Chron. Chronique
• CJCE Cour de justice des Communautés européennes
• concl. Conclusion
• CPAM Caisse primaire d’assurance maladie
• C.trav. Code du travail
• dir sous la direction de
• DRT édition
• Fasc. Fascicule
• FSE Fond Social Européen
• JOCE Journal Officiel des Communautés Européennes
• Ibid Ibidem (au même endroit, ici même)
• Id. Idem (au même endroit, ici même)
• infra infra (ci-dessous)
• Partie législative du Code L.
§ 3. Abréviations des revues citées

- **Action juridique**  
  Action juridique
- **AJDA**  
  actualité juridique de droit administratif
- **cah. dr. eur.**  
  Cahiers de droit européen
- **D.**  
  Dalloz
<table>
<thead>
<tr>
<th>Journal</th>
<th>Meaning</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>Dr.ouvrier</td>
<td>Droit ouvrier</td>
</tr>
<tr>
<td>Dr.soc.</td>
<td>Droit social</td>
</tr>
<tr>
<td>Europe</td>
<td>Europe</td>
</tr>
<tr>
<td>JCP. éd.E</td>
<td>Juris- Classeur Périodique édition Entreprise et affaires (La Semaine Juridique)</td>
</tr>
<tr>
<td>JCP éd. G</td>
<td>Juris- Classeur Périodique édition Générale (La Semaine Juridique)</td>
</tr>
<tr>
<td>Journ. dr. intern.</td>
<td>Journal de droit international</td>
</tr>
<tr>
<td>LSE</td>
<td>Liaisons sociales Europe</td>
</tr>
<tr>
<td>Petites affiches</td>
<td>Petites affiches</td>
</tr>
<tr>
<td>Rev. Crit. Dr. intern. Privé</td>
<td>Revue critique de droit international privé</td>
</tr>
<tr>
<td>Rev. Dr. Sanit. et soc.</td>
<td>Revue de droit sanitaire et social</td>
</tr>
<tr>
<td>Rev. Europe</td>
<td>Revue Europe</td>
</tr>
<tr>
<td>Rev. Marché Unique</td>
<td>Revue du Marché commun</td>
</tr>
<tr>
<td>RJS</td>
<td>Revue de jurisprudence sociale</td>
</tr>
<tr>
<td>RIT</td>
<td>Revue internationale du travail</td>
</tr>
<tr>
<td>RPDS</td>
<td>Revue pratique de droit social</td>
</tr>
<tr>
<td>RTD de l’homme</td>
<td>Revue trimestrielle des droits de l’homme</td>
</tr>
<tr>
<td>RTD eur.</td>
<td>Revue trimestrielle de droit européen</td>
</tr>
<tr>
<td>TPS</td>
<td>Travail et Protection sociale</td>
</tr>
</tbody>
</table>
INTRODUCTION

Le sujet de ce mémoire aborde des notions transversales. En effet, il ne s’agit point d’un sujet se rapportant stricto sensu au droit du travail mais il s’agit plus exactement d’étudier l’influence du droit communautaire en droit du travail français. Ainsi, il nous faudra considérer à la fois les aspects nationaux du droit du travail mais plus précisément les aspects communautaires.

Le droit communautaire est l’« ensemble des textes, traités et textes dérivés, établissant la Communauté européenne ou provenant des institutions de celle-ci. De ce fait, ne font pas partie du droit communautaire les textes régissant les deux autres piliers de l’Union (Politique extérieure et de sécurité commune et justice et affaires intérieures). Le droit communautaire repose sur un certain nombre de principes, qui sont, pour la plupart, non écrits et qui ont souvent résulté de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ».

Quant au droit du travail français, il est défini comme « l’ensemble des règles juridiques relatives au travail subordonné »

Influence a pour racine latine influentia et représente l’ « action qu’une chose exerce sur une personne ou une autre chose ».

Etudier l’influence d’un droit sur l’autre consiste à déterminer d’une part, les différentes interactions possibles entre ces droits et d’autre part, le rôle joué par le droit communautaire au sein de notre ordre juridique. Répondre à la question « quelle est l’influence d’une chose sur une autre ? », permet de déterminer l’emprise de cette chose et d’envisager si cette influence est positive ou négative.

Pendant longtemps en France, la principale source de droit était constituée principalement par un droit légiféré, national. La place laissée aux normes internationales était réduite. Ce système des sources a évolué vers un pluralisme des sources.


Puisqu’un grand nombre de sources diverses cohabitent au sein d’un même ordre juridique, des conflits de normes ne sont pas impossibles. Le juge français se posera la question : quelle norme vais-je appliquer pour résoudre le problème de droit.

Le droit communautaire composé de droit primaire (ou originaire) et de droit dérivé, a une influence certaine au sein de notre système juridique, plus encore, l’insertion du droit communautaire dans l’ordre juridique français marque l’influence incontestable de la Communauté européenne en France.

Nous ne pouvons aborder cette réflexion sans évoquer la gestation de l’idée européenne vers une véritable Communauté européenne. Comment est on parvenu au système communautaire actuel ? Répondre à cette question permet de prendre conscience de l’influence croissante de la Communauté sur les différents États membres.

Nous mettrons en évidence la prise en considération du volet social durant la construction communautaire. Quelle est la place du social au sein de la Communauté européenne. Quand peut on parler d’Europe sociale ?

L’origine de l’idée d’une unification de l’Europe, de sa nécessité politique tout d’abord n’est point récente. Des gens de lettres (de Dante à Victor Hugo), des économistes (tels Bentham et Saint Simon), des philosophes (en tête desquels figure Kant), des politiques (De Sully à Briand) ont déploré le morcellement de l’Europe, ses rivalités et les guerres intestines qui la ravageaient périodiquement. Certains d’entre eux devaient même présenter des projets très concrets. Ils avaient tous un point identique : la défense collective contre un ennemi commun.

---

4 Pelissier (J.), Supiot (A.), Jeamnaud (A.), Droit du travail, Paris : Dalloz, pp. 47-72,

5 Ibid, p.72.

6 Les normes édictées par l’Organisation internationale du travail (OIT).
Si au XIVème, Pierre Dubois présente sa « Fédération d’États souverains indépendants et égaux en droit », si un siècle et demi plus tard Popieprad, roi de Bohême, lance l’idée d’un pacte confédéral, c’est avant tout dans la perspective d’une défense commune de l’Europe contre les Infidèles, à savoir les musulmans.

La révolution française incite les Européens à se fixer en entités bien distinctes. Ensuite, la domination coloniale a encouragé la concurrence entre les États européens dans le partage des terres et des richesses découvertes. L’Europe est ainsi politiquement divisée en ce que le découpage planétaire constitue les vastes empires coloniaux. Ceci explique qu’au XIXème, ce sont surtout les écrivains et poètes qui préconisent l’union de l’Europe en des formules célèbres comme les « États-Unis d’Europe » dont son auteur n’est autre que Victor Hugo.

La première guerre mondiale se révèle particulièrement ravageuse pour les grandes nations européennes, commençant à décliner. Les États européens sont de moins en moins capables de se suffire à eux-mêmes.

La prise de conscience que l’action dans le domaine de la politique sociale et du travail doit dépasser les frontières nationales est réelle. Ceci apparait comme la conséquence logique de la mondialisation de la vie économique et financière. Depuis la première guerre mondiale, la collaboration internationale dans le domaine de la politique économique et sociale s’est accentuée. La mondialisation des échanges s’accompagnera également de l’essor des compagnies multinationales.

Dans ce contexte d’après guerre, le Comte Richard Coudenhove-Kalergi provoque le premier choc psychologique sur l’opinion européenne par son livre « Pan Europe » et le Congrès paneuropéen réunit à Vienne en 1927. On peut lire au sein du manifeste adopté à cette occasion : « La communauté des intérêts pave le chemin qui mène à la Communauté politique. La question européenne la voici : est-il possible que sur la petite presqu’île européenne vingt cinq États vivent côte à côte dans l’anarchie internationale sans qu’un pareil État de chose conduise à la plus terrible catastrophe politique, économique, culturelle ? L’avenir de l’Europe dépend de la réponse qui sera donnée à cette question ».

C’est ce manifeste adopté à Vienne qui encourage Aristide Briand, Ministre français des affaires étrangère, à soumettre à l’assemblée de la SDN en 1929, un vaste projet de

---

l’Union européenne. Ce projet qui prônait, entre autre le marché commun par un rapprochement progressif des économies ne fut jamais adopté du fait de l’approche de la seconde guerre mondiale.

Les peuples européens, au lendemain de la seconde guerre mondiale, apparaissent largement affaiblis, pourtant, malgré cette division au sein de l’Europe, l’idée européenne recouvre un certain succès. Les pays ruinés par la guerre n’ont aucune autre alternative de s’unir pour reconstruire une Europe puissante.

Les trois premières organisations européennes de coopération sont nées de la peur de l’Ouest ainsi se dessine le sentiment du péril commun et la rupture entre l’Est et l’Ouest.

Les États d’Europe occidental prennent conscience de la nécessité d’une solidarité entre eux. Cette solidarité prendra trois formes : une forme militaire, politique et économique.

Les organisations nouvellement créées sont dites de coopération et non d’intégration. Pour que le plus grand nombre de pays d’Europe adhère à cet immense chantier européen, il est nécessaire que cette construction de l’entité européenne se fasse progressivement en respectant les particularismes des États d’Europe. Les hésitations de certains pays d’Europe doivent ainsi se dissiper par une adhésion progressive et réfléchie.


Le 16 avril 1948 est créé l’organisation européenne de coopération économique (OECE) qui deviendra l’OCDE, organisation de coopération et de développement économique en 1961.

Le 3 mai 1949, c’est l’organisation de coopération politique qui naît : le Conseil de l’Europe.

A ce stade vers la construction européenne, il s’agit d’une simple coopération internationale. Il n’existe pas alors, de schéma intégrationniste.

La naissance de l’Europe communautaire date du 9 mai 1950 où Robert Schuman, ministre des affaires étrangères de la France, fit une déclaration historique. Préparée par Jean

---

8 L’Union de l’Europe Occidentale.
Monnet, commissaire au plan, cette déclaration proposait de placer l’ensemble de la production franco-allemande de charbon et de l’acier sous une haute autorité commune dans une organisation ouverte à la participation des autres Etats.

Les trois objectifs de la déclaration Schuman ne sont autres que la fusion des marchés nationaux dans un marché commun, le règlement des rapports franco-allemands (empêcher le réarmement allemand) et la relance de l’unification européenne sur de nouvelles bases. L’Europe ne ferait pas d’un coup par l’édification d’une structure politique propre, mais progressivement, par des réalisations concrètes créant des solidarités de fait. Cette déclaration a débouché sur la signature de plusieurs traités.

Dans sa déclaration, Robert Schuman s’exprime en ces termes : « L’Europe ne se fera pas d’un coup ni dans une construction d’ensemble, elle se fera par des réalisations concrètes créant d’abord une solidarité de fait ».


Le traité instituant la CED¹⁰, le 27 mai 1952, fut un véritable échec puisqu’il n’entra jamais en vigueur.

La création d’un marché commun généralisé dans lequel serait assurer la libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des travailleurs se concrétise par deux traités signés à Rome¹¹. Le 25 mars 1957, deux traités furent donc signés par les six pays de la CECA et le royaume uni, l’un instituant la CEE¹² et l’autre, la CEEA¹³.

La plupart de ces traités répondent à une logique des communautés sectorielles. Le social est plus présent dans les communautés sectorielles que dans le traité CEE. A titre d’exemple, le traité CECA prévoit une action sociale directe et indirecte d’envergure, mais dans le domaine limité du charbon et de l’acier. De même, le traité Euratom, a permis de développer des mesures concernant la lutte des nuisances, la protection des travailleurs contre les rayonnements ionisants.

¹⁰ Communauté Européenne de Défense.
¹¹ Dit le traité de Rome.
¹² Communauté économique Européenne.
¹³ Communauté Européenne de l’énergie atomique ou Euratom.
Ces textes fondateurs donnaient la priorité à l’intégration économique et n’envisagent d’intervention communautaire en matière sociale que de façon secondaire\textsuperscript{14}. Le traité de Rome met en place l’harmonisation du domaine social des différents Etats membres, de façon progressive et volontaire. Certains auteurs parlent de « dispositions sociales résiduelles \textsuperscript{15} » par rapport au domaine économique, largement développé.

Dans son article 2, le traité de Rome indique qu’une des missions de la Communauté est « un relèvement accéléré du niveau de vie », mais les dispositions sociales dispersées dans le texte du traité ne sont envisagées que « comme conséquence ou condition de la libre circulation des travailleurs \textsuperscript{16} ».

De même l’article 117 du traité prévoit l’harmonisation vers le haut des législations sociales des États membres : « Les États membres conviennent de la nécessité de promouvoir de la nécessité des conditions de vie et de travail de la main d’œuvre permettant leur égalisation dans le progrès ». L’article 118 aborde l’emploi, la formation professionnelle, les conditions de travail, hygiène et sécurité et les relations professionnelles. Quant à l’article 119, il pose le principe d’égalité de rémunération entre hommes et femmes.

La place de la politique sociale reste discrète puisque les évolutions proposées aux articles précités, relevaient du fonctionnement du marché commun et du rapprochement des législations par la collaboration entre les États membres\textsuperscript{17}. Les avancées économiques permettraient à la politique sociale de se développer. Comme l’affirme Francis Saramito, « il est vrai que le social n’a pas été la préoccupation dominante des auteurs du traité de Rome \textsuperscript{18} ».

L’idée se dégageant des traités de Paris et de Rome est que le progrès social résulte avant tout de l’expansion économique.

\textsuperscript{14} DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Du traité de Rome au traité de Maastricht : la longue marche de l’Europe sociale », \textit{Dr. soc}.1993, p. 196.

\textsuperscript{15} MOSLEY (H.G.), « La dimension sociale de l’intégration européenne », \textit{RIT} 1990, p. 160

\textsuperscript{16} DUTHEILLET DE LAMOTHE (O.), « Du traité de Rome au traité de Maastricht : la longue marche de l’Europe sociale », \textit{Dr. soc}.1993, p. 196. « Il en est ainsi de l’article 51 sur la Sécurité sociale des salariés expatriés (assurance maladie et vieillesse) et des articles 123, portant création du fond social européen (FSE) qui a pour mission de favoriser la mobilité professionnelle en aidant la formation, et 128 prévoyant une politique commune de la formation professionnelle. »

\textsuperscript{17} PELISSIER (J.), SUPIOT (A.), JEAMMAUD (A.), \textit{Droit du travail}, Paris : Dalloz, 20\textsuperscript{ème} éd. 2000, p.78.

\textsuperscript{18} SARAMITO (F.), « Le progrès social est-il encore un objectif du droit communautaire ? », \textit{in mélanges Hélène Sinay}, p. 299.

D’autres, entre 1974 et 1985 évoque l’idée de « l’intensification de l’activisme social ». En effet durant cette période, un grand nombre de directives sont édictées par la Communauté dans le domaine sociale.


Dans le domaine social, l’AUE introduit deux nouveautés. Les normes européennes en matière de sécurité et de santé au travail seront désormais adoptées à la majorité qualifiée. Le dialogue social est institutionnalisé par l’article 118 B.

---


20 Coopération Politique Communautaire.

21 Sommet de la Haye de 1969.

22 Cette organisation fonctionne sur des procédures uniquement inter-gouvernementales.


25 Article 118 A de l’AUE.

26 Article 118 B : « La Commission s’efforce de développer le dialogue entre les partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l’estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles ». 
Le traité de l’Union européenne du 7 février 1992\textsuperscript{27} rompt avec la logique des petits pas de l'AUE\textsuperscript{28} consistant à avancer progressivement vers une véritable Communauté européenne.

La période à partir de 1992, pourrait s’intituler période de turbulences. D’une part, un grand nombre d’hésitations\textsuperscript{29} accompagne la ratification du traité de l’UE\textsuperscript{30} et d’autre part, la chute de la Commission européenne présidée par le luxembourgeois, Jacques Santer\textsuperscript{31}.

Le traité UE a permis l’élargissement du vote à la majorité qualifiée et non l’unanimité dans certains domaines sociaux\textsuperscript{32}. Il apporte également des innovations en matière de participation des partenaires sociaux. D’une part, la consultation des partenaires sociaux est institutionnalisée et d’autre part, la signature d’accords collectifs au niveau européen est rendue possible. Il introduit également la notion de subsidiarité et ajoute un Accord sur la politique sociale.

Le traité d’Amsterdam, en 1997, apporte certaines avancées sociales. Le titre sur la politique sociale se trouve enrichi\textsuperscript{33}. Un titre « Emploi » est créé, prévoyant une coordination des stratégies pour l’emploi par le biais des programmes annuels que doivent adresser les États au Conseil. Au sein du préambule, est ajoutée une référence aux droits sociaux fondamentaux.

Plus récemment, a été signé le traité de Nice, le 26 février 2001\textsuperscript{34}, modifiant le traité d’Amsterdam. Des précisions ont été apportées au rôle joué par les partenaires sociaux tant au niveau de l’élaboration de la norme communautaire que de la mise en œuvre de celle-ci, au sein de l’État.

\begin{itemize}
\item \textsuperscript{27} Dit traité de Maastricht.
\item \textsuperscript{28} Acte Unique Européen.
\item \textsuperscript{29} Le rejet du référendum pour la ratification du traité UE par le peuple danois. Ils ne participent pas à la III\textsuperscript{ème} phase de l’Union économique et monétaire et à certains aspects de la politique sociale et de défense. Le Royaume-Uni n’a pas souhaité participer au volet social du traité de Maastricht.
\item \textsuperscript{30} Union Européenne.
\item \textsuperscript{31} La Commission Santer démissionna collectivement, le 15 mars 1999, face à des fraudes au budget communautaire perpétrées par certains membres de celle-ci.
\item \textsuperscript{32} Le domaine des conditions de travail, de l’information et de la consultation des travailleurs, de l’égalité entre hommes et femmes et de l’intégration des personnes exclues du marché du travail.
\item \textsuperscript{33} Article 136 du traité d’Amsterdam
\item \textsuperscript{34} applicable depuis le 1er février 2003.
\end{itemize}
Aujourd’hui, la Communauté européenne compte quinze pays. Des difficultés apparaissent au niveau de l’intégration des nouveaux pays, faisant jaillir des disparités importantes entre les différents pays, partis à la Communauté. En effet, l’élargissement de la Communauté à huit nouveaux pays annonce le temps de la réforme des institutions communautaires et de l’élaboration d’une Charte des droits fondamentaux adopté à l’issue du Conseil européen de Nice.

Le système mis en place par les Communautés européennes dépas de loin, par son intégration, celui des organisations de coopération, à vocation politique, militaire ou économique.

Les Communautés européennes ont fait, pourtant, l’objet d’appréciations antagonistes.

La première vision de l’Europe repose, selon ses protagonistes Jean Monet, Robert Schuman, Konrad Adenauer, sur une intégration sans cesse plus poussée, qui d’économique, devait devenir politique, pour arriver à un ensemble qui se rapproche d’une structure fédérale.

L’autre vision de l’Europe, est celle du Général De Gaulle, de Margaret Tatcher prônant une simple coopération intergouvernementale entre les Etats souverains. C’est également l’optique défendue par Charles Pasqua et Philippe De Villiers en France.

Ces logiques institutionnelles opposées permettent la mise en place de la « structure en piliers » née du Traité UE qui a créé une nouvelle entité juridique : l’Union européenne. Le traité d’Amsterdam a confirmé cette architecture tertiaire. En effet, le traité UE permet la réalisation de l’Union politique, on parle alors de « Communauté européenne » et non plus de Communauté économique européenne. Le pilier principal est composé de la logique d’intégration, c’est le pilier communautaire se dédoublent en Union économique et monétaire. Les deux autres piliers encadrant Communauté européenne, sont constitués par des dispositions concernant une politique étrangère et de sécurité communes (PESC), et par des dispositions sur la coopération en matière de justice et d’affaires intérieures (CAIJ). Ce sont deux piliers intergouvernementaux.

36 Par référence à la CECA, à la CEE et à Euratom.
37 Du type OCDE, OTAN.
38 Traité de l’Union européenne dit traité de Maastricht.
Le droit communautaire a encore de beaux jours devant lui, du fait de la mondialisation, de la multiplication des multinationales\(^40\). De plus en plus, l’intervention de la Communauté sera nécessaire pour régler des problèmes sociaux que l’État membre au niveau national ne peut régler.

Le droit communautaire s’est ainsi considérablement développé en matière sociale. C’est pourquoi, nous nous sommes intéressés à l’influence de ce dernier sur notre droit du travail français.

Comment cette influence se manifeste-t-elle ?

Pour que le droit communautaire soit influant, il faut lui en donner les moyens. C’est ainsi que la Communauté s’est vu conférer de plus en plus de compétences dans des domaines de plus en plus élargis. Le droit communautaire prend ainsi toute sa force.

Mais, ce droit communautaire une fois dotée de compétences suffisantes, doit-il encore être d’application effective. Un droit communautaire développé mais point effectif est un droit communautaire inexistant puisque inappliqué et par-delà sans influence.

Nous vériifions si la Communauté est dotée de suffisamment de compétences pour mener à bien son action sociale puis, si l’État français respecte le droit communautaire c'est-à-dire l’applique. De plus, nous comparerons le contenu du droit communautaire avec celui du droit du travail français. Si le droit français est développé et protecteur, la mise en place de normes communautaires dans ces domaines n’aura que peu d’influence au sein de notre ordre juridique.

L’influence du droit communautaire sur notre droit du travail français dépend d’une part de son contenu (première partie), mais d’autre part d’une applicabilité effective (deuxième partie).

\(^{40}\) Jeammaud (A.), « Les droits du travail à l’épreuve de la mondialisation », *Dr. ouvrier* 1998, p. 244.
PARTIE I : LE CONTENU DU DROIT COMMUNAUTAIRE
La Communauté européenne n’a pas pour ambition d’unifier les droits nationaux des États membres mais de les harmoniser. Les États membres bénéficient, en principe d’une compétence prédominante en matière sociale. A défaut d’intervention des États membres, le droit communautaire est compétent en matière sociale. L’harmonisation européenne doit donc être l’œuvre des politiques nationales manifestant leur volonté d’intégration et non d’une simple coopération. L’action communautaire permet la coordination entre les différentes législations des États.

L’étude du contenu du droit communautaire est primordiale puisqu’il permet de déterminer la nature des normes communautaires et par de là leur influence sur les normes nationales. Les normes communautaires, plus particulièrement leur nature permettent à la Communauté d’agir dans un soucis de progrès social. La Communauté doit se doter de normes dont la nature lui confère les moyens nécessaires à l’harmonisation.

Pour mesurer l’influence du droit communautaire sur le droit du travail français, il est indispensable d’étudier le partage des compétences entre la Communauté européenne et notre droit national. Dans quels domaines le droit national intervient et rempli les objectifs posés par la Communauté à savoir la progression sociale ?

Dans quels domaines les institutions communautaires interviennent-elles et peuvent intervenir ?

Le contenu du droit du travail français doit en principe respecter les normes édictées par les institutions communautaires.

En étudiant les contenus respectifs de ces droits, il se dégagera une constatation à savoir si le droit national respecte le droit communautaire ou s’il le transgresse.
CHAPITRE I - LE PARTAGE DES COMPETENCES

Au niveau de la politique sociale, il n’existe pas a priori de compétences générales de la Communauté. Si la compétence en droit du travail n’était que communautaire, tout serait si simple. La Communauté ne semble pas consacrer le social. La politique économique est pour elle, le moyen le plus approprié pour réaliser le marché commun. En effet, à travers les différents traités institués, la Communauté européenne semble vouer un intérêt inconsideré à la politique économique. Mais le marché commun pour être effectif n’est-il pas nécessaire qu’une politique sociale stable, productive et efficace soit mise en place ?

Ces dernières années, le social semble occuper une place de plus en plus importante au niveau communautaire.

Section I - Le principe de spécialité

Quelle est la marge de main d’œuvre laissée à la Communauté pour permettre la mise en place de l’Europe sociale ? Les Etats membres ne sont-ils pas de véritables partenaires du social permettant cette avancée sociale ?

En effet, les Etats participent directement au progrès social mais aussi de manière indirecte par l’action de la Communauté.

Quels sont les objectifs de la Communauté ? Comment va-t-elle les réaliser ? Pour répondre à ces interrogations, il est indispensable d’étudier les rapports des Etats et de la Communauté face au domaine du social.

§ 1. Les objectifs de la Communauté

La Communauté a pour objectif principal de mener à bien la réalisation du progrès social, l’exercice des compétences nécessaires étant transféré des Etats membres vers la Communauté.

A – Le principe de souveraineté

1/ Une problématique spécifique à la Communauté

La définition classique du principe de souveraineté, « dans un sens initial, désigne le caractère suprême du pouvoir étatique ». Le sens dérivé de la souveraineté de l’État se caractérise par « le pouvoir étatique lui-même, pouvoir de droit (en raison de son institutionnalisation) originaire (c’est-à-dire ne dérivant d’aucun autre pouvoir) et suprême (en ce sens qu’il n’a pas d’égal dans l’ordre interne ni de supérieur dans l’ordre international, où il n’est limité que par ses propres engagements et par le Droit international) »42.

En droit international, la souveraineté se manifeste par le fait que des États souverains disposent de la plénitude des compétences, cependant ils peuvent par voie conventionnelle en limiter l’exercice, dans le respect des exigences constitutionnelles d’égalité, de réciprocité43…

Cette théorie peut être transposée en droit communautaire. En effet, ce ne sont pas les compétences, elles mêmes, qui sont transférées mais leur exercice. Les États membres, grâce au vote à l’unanimité, peuvent prendre des décisions ou celles qui seraient inopportunes.

Les États membres confèrent une partie de l’exercice de leurs compétences aux instances communautaires dans le but de l’harmonisation sociale et de la réalisation des objectifs sociaux communs. Conférer l’exercice de compétences à la Communauté ne signifie pas que ces dernières échappent à la compétence nationale. Il n’est pas interdit à l’État membre de conserver ses normes sociales particulièrement protectrices de l’intérêt des travailleurs ou de participer au progrès social en prolongeant l’action de la Communauté par l’édiction de normes plus protectrices des salariés. Ceci est vrai en matière de sécurité et de santé des travailleurs. Le Traité de Maastricht a conféré l’exercice de compétences dans ce domaine à la Communauté, il s’agit, depuis de compétences concurrentes, la Communauté agissant de manière subsidiaire par rapport à l’action des États membres.

Pour réaliser le progrès social, il est indispensable d’inscrire les actions étatiques et communautaires au sein d’un processus d’intégration et non d’une simple coopération. La participation de l’État à l’intégration nécessitera la perte partielle de sa souveraineté.

43 STEPHANOU (A.), « L’union européenne et la souveraineté des États membres » in Mélanges Droit et justice, p.357
Il existe cependant, un noyau dur composé des droits souverains dont le partage de compétences entre les Etats membres et la Communauté est impossible : le droit de grève, le lock out, la rémunération, le droit d’association.

2/ L’influence du principe de souveraineté sur la Communauté

Il s’agit, en l’espèce de s’interroger à partir de quel moment, la participation d’un Etat membre à un processus d’intégration lui faire perdre sa souveraineté.

a) La compétence de principe ou présomée

La Communauté européenne, à la différence des Etats membres ne bénéficie pas d’une compétence de principe ou présomée. En effet, les compétences de la Communauté sont régies par le principe de l’attribution (empowerment). Ceci s’illustre par l’article 3 du traité CE : « la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité ».

Cependant l’article 235 du traité CE apporte un correctif à la règle de la compétence d’attribution au terme duquel « si une action apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l’un des objets de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d’action requis à cet effet ».

Même si, la Communauté n’a pas reçu les compétences spécifiques pour agir, elle ne doit point se trouver limiter dans son action visant à instaurer le marché commun.

b) Le partage des compétences

Le terme « répartition » ne convient pas. Parler de répartition des compétences pourrait laisser croire que la Communauté procède, par elle-même, à une répartition des compétences et qu’elle disposerait d’une compétence de principe.

Quant au terme « transfert » des compétences, il implique une impossibilité pour l’Etat membre de révoquer les compétences transférées à la Communauté, ce qui n’est bien sûr pas le cas. Elle impliquerait également l’impossibilité d’action de l’Etat au niveau des compétences transférées. On ne peut ainsi parler de transfert de compétences.

Le terme « partage » apparaît en l’espèce mieux approprié pour désigner les compétences conférées à la Communauté. Le partage des compétences s’effectue entre la

44 Art. 137 du TCE.
45 STEPHANOU (C.), idem.
Communauté et les Etats membres par le principe de subsidiarité, véritable critère d’exercice des compétences concurrentes.

L’intégration européenne met à l’épreuve la souveraineté des Etats dont va dépendre le partage des compétences entre la Communauté et les Etats membres.

**B - Le cadre général de l’action de la Communauté**

L’article 2 du Traité de Rome institue à la communauté les missions de promouvoir un niveau de vie, d’emploi et de protection sociale élevé, l’égalité entre les hommes et les femmes. Ces différentes missions s’inscrivent dans le cadre de la coopération entre les Etats membres. La Communauté a comme mission première l’établissement de l’Union économique mais ceci implique une politique sociale commune développée.

La Communauté veille au respect par les Etats Membres des obligations qui leur sont conférées en matière d’égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins (article 141 du traité CE) et de congés payés (article 142 du traité CE).

L’article 136 du Traité d’Amsterdam reprend la politique sociale communautaire de l’article 117 du Traité de Rome. Ainsi, les Etats membres s’érigent en promoteur de l’amélioration des conditions de vie et de travail de la main d’œuvre. Pour y parvenir, le marché commun doit être mis en place dans le but de favoriser les systèmes sociaux. L’objectif premier de la Communauté n’est point d’uniformiser les systèmes nationaux, mais d’assurer une équivalence des systèmes nationaux, insérée au sein du progrès social. Cette harmonisation des systèmes, pour être effective, nécessite l’action des institutions communautaires.

L’article 136 du Traité d’Amsterdam d’application actuelle, évoque d’une part « l’égalisation dans le progrès » et d’autre part, « l’harmonisation par les Etats membres et le rapprochement des législations par l’action de la Communauté ». Cette harmonisation sociale rencontre inévitablement des difficultés du fait des inégalités existantes entre les différents pays membres. Elle peut parfois être spontanée c'est-à-dire qu’elle découle directement de la volonté des Etats, mais souvent elle apparaît plutôt se dégager de l’action de la Communauté.

46 Cf Art. 117 al. 1 du Traité de Rome ;
47 Cf Art. 117 al. 2 du Traité de Rome.
sans réelle volonté des États de parvenir à cette harmonisation. Les règles dégagées doivent être proches d’un pays à l’autre mais non nécessairement identiques. Nous pouvons donner comme illustration à notre propos la directive sur les licenciements collectifs n’empêchant point les entreprises d’aménager, conformément à leurs besoins, leur service du personnel. L’harmonisation est dite, selon la Cour partielle.

L’objectif de la Communauté n’est en aucun cas l’uniformisation exceptée au sujet du déplacement des travailleurs. Qu’est ce que l’uniformisation ? Selon Monsieur le Professeur Bernard Bossu, « l’uniformisation consiste en l’introduction d’une règle commune qui va obligatoirement se substituer aux règles juridiques antérieures des différents États membres. La règle qui sera directement applicable dans les ordres juridiques internes ne laissera aucune place aux particularismes juridiques nationaux. »

Le traité CE, au sein de son article 140 indique que « la Commission encourage la coopération entre les États membres et facilite la coordination de leur action dans tous les domaines de la politique sociale ». Il s’agit donc de coordination et non d’unification, ceci engendrant inévitablement des difficultés au niveau de l’action de la Communauté qui doit respecter les particularismes de chaque État membre tout en réalisant le progrès social. La politique sociale est également encadrée par la cohésion économique et sociale. Cette cohésion consiste en une véritable coordination des politiques régionales de la Communauté. Cette harmonisation sociale a lieu grâce à la mise en place de directives au niveau communautaire. L’harmonisation des droits nationaux se réalise donc par l’intermédiaire du droit communautaire. Notons, que l’harmonisation se distingue de la coordination.

50 CJCE, arrêt Rockfon du 7 décembre 1995.
52 Est l’ensemble de techniques qui permettent l’application supranationales des normes nationales : Cartou (L.), Communautés européennes, Dalloz, 1991, 10ème édition, p.140. Ajoutons que les particularismes nationaux sont respectés.
54 Dans le règlement n°1408/71, la Cour affirme à cet égard, que ce dernier « se limite à coordonner les législations des États membres et ne vise nullement à les harmoniser », CJCE, Rossi, Rec. 1979, p.831.
Quant à l’article 140 du traité CE\(^56\), il prévoit que la Communauté a pour mission de promouvoir la collaboration étroite entre les Etats membres : « la Commission agit en contact étroit avec les Etats Membres par des études, des avis et par l’organisation de consultations ».

Le progrès social consiste en la réalisation des objectifs prévus aux articles 136 et 137.

Le Traité de Maastricht introduit la « coopération relative à des questions d’intérêt commun »\(^57\). Les Etats, pour mener à bien la coopération, décident de s’informer, de se consulter mutuellement et de collaborer entre eux. La coopération entre les Etats se manifeste surtout au niveau de l’emploi\(^58\), l’immigration des pays tiers\(^59\), la politique sociale.

A propos du principe de spécialité des compétences communautaires, la CJCE l’a rappelé dans un arrêt du 12 novembre 1996 sur le repos dominical\(^60\). Le Royaume Uni reprochait à la Communauté de ne point respecter l’article 118A\(^61\) dans l’édiction de la directive du 23 novembre 1993 concernant certains aspects du temps de travail\(^62\) c'est-à-dire le principe de spécialité des compétences. La CJCE a rejeté pour l’essentiel le recours du Royaume Uni, excepté l’article 5 de la directive annulé. La Cour a procédé à une analyse détaillée de chaque disposition de la directive afin de vérifier le respect de l’article 118 A. Elle a ainsi appliqué le principe de spécialité des compétences pour déterminer que la Communauté n’avaient point outrepassé ses compétences, et respectait donc l’article 118 A. La Cour affirme implicitement que l’harmonisation de la protection de la santé et de la sécurité est une motivation qui ne suffit pas en soi pour justifier de l’adoption d’une directive sur le fondement de l’article 118 A\(^63\). La seule volonté de la Communauté d’harmoniser n’est point suffisante pour l’édiction des normes communautaires.

§ 2. Les compétences conférées par les États membres à la Communauté européenne

\(^{56}\) Ancien article 118.
\(^{57}\) Cf RODIÈRE (P.), Droit social européen.
\(^{58}\) Art. 126§ 2 du Traité CE
\(^{59}\) Art. 61 à 69 du Traité CE
\(^{61}\) Nouvel Art. 136 du traité du CE
Il existe deux sortes de compétences conférées à la communauté européenne : les compétences spécifiques et non spécifiques.

Pour réaliser les objectifs sociaux, des attributions spécifiques de compétence ont été transférées aux institutions communautaires (principe de subsidiarité). De plus, en cas d’inaction des Etats membres dans un domaine social, la Communauté peut se substituer à ces derniers. Il s’agit ici des compétences non spécifiques, mais ceux ne sont en aucun cas des compétences présumées.

A – Les compétences spécifiques

L’article 137 du Traité CE détermine les domaines de compétences de la Communauté où cette dernière peut agir par voie de directives ou de règlements.

Dès ses origines, la recherche d’un niveau d’emploi s’inscrivait dans le cadre des missions de la Communauté. En ce qui concerne le rapprochement des législations sociales dans des domaines plus limités, l’Acte unique européen a permis cette évolution. Par exemple dans le domaine de la santé et de la sécurité dans le milieu du travail64.


La libre circulation des travailleurs s’inscrit comme l’un des fondements de la Communauté. On peut donner à ce titre quelques exemples de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Par un arrêt « Van Duyn » du 4 décembre 197468, La Cour affirme expressément le principe de non discrimination du travailleur migrant en raison de sa nationalité, ce principe est directement applicable dans le droit interne des Etats

64 Art. 118 A de l’AUE.
65 Art. 39 du Traité CE ; Art. 42 du Traité CE institue la protection des travailleurs migrants par l’adoption de règlements du Conseil à la majorité qualifiée et non plus à l’unanimité. Ceci contribue à une meilleure protection des travailleurs migrants puisque l’édiction de normes par la Communauté est facilitée.
66 Les aides sociales sont distribuées par le Fonds social européen. L’article 161 du Traité CE permet au Conseil d’édicter des normes dans ce domaine par le vote à la majorité qualifiée.
67 Art. 127 du Traité CE instaure cette politique par des actions d’encouragements communautaires. L’objectif communautaire est principalement le développement d’une éducation de qualité.
membres parce qu’il constitue un principe doté d’un « caractère absolu »\textsuperscript{69}. Certains auteurs se réfèrent à un « principe structurel du système communautaire » pour mettre en évidence l’emprise du droit communautaire sur les droits nationaux\textsuperscript{70}. L’uniformisation, dans ce domaine apparaît nécessaire dès lors, que les droits nationaux peuvent s’ériger en obstacle à l’objectif prioritaire de la Communauté : assurer la mobilité effective des salariés\textsuperscript{71}. Lorsque l’on se trouve au sein de la technique d’uniformisation, l’intégration des droits nationaux est dite verticale\textsuperscript{72}. La technique de coordination des législations nationales se réfère à une intégration horizontale des droits nationaux.

Les difficultés rencontrées par la Communauté pour agir dans ces domaines spécifiques sont liées aux conditions de vote. Lorsque le vote à l’unanimité est exigé, la Communauté rencontrera des difficultés au niveau de l’édiction des normes en vue de mettre en place une véritable politique sociale. En effet, dans les domaines de la sécurité sociale ou de la protection sociale, tout reste à faire au niveau des rapprochements des législations nationales.

Le principe du vote au sein de la Communauté est celui de la majorité qualifiée. Le traité de Nice s’y réfère expressément en son article 139. Ce principe comporte des exceptions. L’unanimité est nécessaire en ce qui concerne les domaines énumérés à l’article 137 du traité à savoir les conditions de travail, la protection des travailleurs, l’amélioration des conditions de sécurité...Dans ces cas, la Commission statue à l’unanimité. On remarquera, que ces exceptions ne concernent pas des domaines résiduels mais au contraire des domaines d’importance où l’enjeu est bien le progrès social.

Quant au Traité d’Amsterdam, les nouvelles compétences spécifiques conférées à la Communauté se situent au titre sur l’emploi\textsuperscript{73}. L’article 125 du Traité CE démontre la volonté des Etats membres et de la Communauté de promouvoir « une main d’œuvre qualifiée, formée et susceptible de s’adapter ». Dans le cadre de l’amélioration de la santé et de la sécurité sur le

\begin{thebibliography}{99}
\bibitem{72} MARTIN (P.), \textit{ibid}. p. 614.
\bibitem{73} De l’article 125 à l’article 130 du Traité CE.
\end{thebibliography}
lieu de travail, la Communauté « soutient et complète l’action des Etats membres »74. En matière sociale, il y a une prépondérance des compétences nationales. Lorsque l’on parle de compétences exclusives de la Communauté, il ne s’agit point de compétences réservées à la Communauté dont le champ d’action des Etats membres serait nul. Il est plutôt question d’une obligation d’agir pour la Communauté dans certains domaines lorsque les Etats ne parviennent pas à agir dans ces domaines ou que l’action de la Communauté serait plus efficace pour parvenir au résultat désiré.

En ce sens, l’article 137 du Traité CE énonce les domaines dans lesquels la Communauté soutient et complète l’action des Etats : « l’amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs ; les conditions de travail ; la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs ; la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail ; l’information et la consultation des travailleurs ; la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs y compris la cogestion, les conditions d’emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté ; l’intégration des personnes exclues du marché du travail ; l’égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leur chance sur le marché du travail et le traitement de leur travail ; la lutte contre l’exclusion sociale ; la modernisation des systèmes de protection sociale ». 

Cet article exprime clairement l’action de la Communauté n’intervenant qu’en second rang, derrière celle des Etats membres puisque la Communauté « complète » l’action des Etats membres. Ainsi son champ d’application est délimité au sein de cet article. Ces compétences énumérées, sont elles limitées ou bien la Communauté peut-elle agir à d’autres niveaux lorsqu’ aucune compétence n’est spécifiée au sein du traité ?

L’article 158 du traité confère à la Communauté une mission générale, au nom du progrès social, de même, en son article 136, est fait référence à une éventuelle action communautaire au nom de l’ « égalisation dans le progrès ».

74 RODHÈRE (P.), Droit social européen, p. 36 : Art. 137 §1, 2, 6 CE ; §1 : la communauté peut agir dans les domaines suivants : l’amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, les conditions de travail, l’information et la consultation des travailleurs, l’égalité entre hommes et femmes sur le marché du travail et dans le travail ; § 2 : le Conseil peut agir également mais à l’unanimité au niveau de la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs, la résiliation du contrat de travail, la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, les conditions d’emploi des ressortissants des pays tiers en séjour régulier sur la Communauté, les conditions financières visant la promotion et la création d’emplois.

Le traité d’Amsterdam a permis à la Communauté d’agir par voie de directives adoptées à la majorité qualifiée du Conseil au niveau d’un plus grand nombre de domaines.

Les domaines d’actions spécifiques permettent à la Communauté d’agir sans rencontrer de véritables difficultés puisque son action est légitimée par le Traité. Cependant la Communauté peut rencontrer des obstacles lorsque le Traité ne prévoit aucune compétence spécifique à la Communauté.

B – Les compétences non spécifiques

Ce n’est pas parce qu’il n’y a aucune compétence spécifique prévue par le Traité dans certains domaines que l’action communautaire ne peut se développer.

L’article 94 du Traité CE instaure une compétence communautaire dès lors qu’il s’agit de rapprocher les législations nationales. Ainsi la Communauté peut intervenir dans de nombreux domaines non spécifiques. Il suffira à la Communauté de démontrer qu’une réglementation a « une incidence directe sur l’établissement ou le fonctionnement du marché commun ». Cependant, une difficulté majeure interviendra au niveau du vote des directives par le Conseil puisque l’unanimité est exigée. L’ex article 100, remplacé par l’article 94 a permis l’instauration des mesures communautaires sur l’égalité de rémunération entre l’homme et la femme. La directive sur l’égalité de rémunérations entre hommes et femmes75 est l’œuvre d’une combinaison entre l’ex article 100 du Traité76 et de l’article 119, fixant l’objectif à atteindre.

---


76 Aujourd’hui Art. 94 du TCE.
En se référant à l’article 308 du Traité CE\textsuperscript{77}, la Communauté en a déduit qu’elle a comme compétence spécifique l’égalité des rémunérations. En aucun cas, il ne s’agit d’une compétence générale relative à l’égalité professionnelle et sociale entre l’homme et la femme. Pourtant, il est de commune mesure de remarquer la jurisprudence plutôt impressionnante sur ces sujets ainsi que l’existence de directive s’y référant\textsuperscript{78}. Par l’utilisation extensive de l’article 308 du traité CE, la Communauté a étendu son champs d’application pour la réalisation de nouveaux objectifs en matière d’égalité ne faisant pas l’objet de compétences spécifiques de la Communauté. L’égalité entre hommes et femmes répond également aux objectifs de l’article 136 du traité CE\textsuperscript{79} puisqu’il aborde l’égalisation dans le progrès. L’article 137 du TCE s’y réfère également\textsuperscript{80}.

Plusieurs articles du Traité apparaissent antagonistes quant à l’interprétation de l’existence de compétences spécifiques de la Communauté. En effet, l’article 4 du traité CE énonce que « la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité ». Ainsi la Communauté ne pourrait agir que lorsque le traité lui confère expressément compétence, la conjonction de coordination « et » marque l’aspect cumulatif des conditions d’action de la Communauté. Cependant, la Communauté a pour mission de rapprocher les législations nationales quand cela est nécessaire, de coordonner les politiques de l’emploi des Etats membres, de renforcer la cohésion économique et sociale (article 3 du traité CE), de permettre l’égalisation dans le progrès (article 136 du traité CE). Cela équivaut à permettre à la Communauté d’intervenir dans pratiquement tous les domaines relevant du social exceptions faites au niveau des rémunérations, du droit d’association, du droit de grève et du droit du lock-out (article 137§4 du traité CE).

\textsuperscript{77} Ancien Art. 235.
\textsuperscript{79} Ancien Art. 117.
\textsuperscript{80} L’article 137 énonce : « La Communauté soutient et complète l’action des Etats membres dans les domaines suivants : i) l’égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail.
Faire la distinction classique entre compétences spécifiques et compétences non spécifiques relève de l’arbitraire puisqu’il est possible de considérer que le traité confère à la Communauté compétence générale en matière sociale, ceci en considération du principe de subsidiarité que nous développerons ultérieurement.

Ces compétences spécifiques ou non sont encadrées par d’autres principes. L’action de la Communauté est donc appréciée selon ces principes, pour qu’une action excessive de la Communauté soit ainsi évitée.

Section II – L’encadrement des compétences

Les principes de subsidiarité et de proportionnalité conditionnent l’exercice des compétences communautaires.

§ 1. Le principe de subsidiarité

La Communauté dotée de certains pouvoirs de nature législative peut adopter des mesures dont l’objectif est de rapprocher les droits nationaux, de faire converger les politiques sociales nationales sur la base de prescriptions minimales. L’élaboration de la norme communautaire est subordonnée à l’application du principe de subsidiarité. Ce principe limitera l’action de la Communauté. Il permet de réguler l’exercice des compétences et non d’attribution des compétences.

On retrouve le principe de subsidiarité à deux niveaux : au niveau institutionnel entre l’État et la Communauté et au niveau de l’action des partenaires sociaux dans le processus communautaire. Cette deuxième forme de subsidiarité n’est pas reconnue par tous et fait l’objet de controverse.

A – La subsidiarité institutionnelle

Pendant longtemps, le principe de subsidiarité n’a point été soulevé à propos de la politique sociale. Il faut attendre le Traité de Maastricht pour constater l’application du principe de subsidiarité au niveau social.

L’article 5 du traité CE met en œuvre le principe de subsidiarité : « Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n’intervient, conformément Art. 5 du traité CE. }
au principe de subsidiarité, que si dans la mesure où les objectifs de l’action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l’action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

Le principe de subsidiarité permet aux instances communautaires d’intervenir dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, lorsque les États membres rencontrent des difficultés au niveau des objectifs à réaliser ou que ces objectifs seraient mieux réalisés au niveau communautaire. L’État a le devoir d’intervenir dans le domaine social, cependant pour pallier à un défaut d’action de l’État, la communauté européenne peut intervenir là où l’État est défaillant. Il s’agit d’une suppléance ou d’une substitution à la carence des États. Ainsi l’intervention de la communauté ne se réalise qu’en cas de nécessité pour assurer la réalisation des objectifs fixés. La Communauté n’intervient que pour compléter ou remplir l’objectif qui doit dans un premier temps être réalisé par les États membres.

Ainsi la compétence des États membres apparaît prépondérante par rapport à celle de la Communauté. La matière sociale appartiendrait en premier lieu aux États membres. D’ailleurs sur ce point, l’arrêt Torfaen en est une parfaite illustration puisque la détermination des réglementations sociales « appartient, en l’état actuel du droit communautaire, aux États membres ». Il en est de même énoncé en ce qui concerne un avis de la Cour de justice du 17 mars 1993 : « en l’état actuel du droit communautaire, la politique sociale relève d’une manière prépondérante du domaine de la compétence des États membres ».

L’harmonisation sociale résulte ainsi en premier lieu, de l’action spontanée des États membres, la Communauté n’intervenant que de façon ponctuelle, dans un objectif de rapprochement des droits nationaux.

La Communauté « soutient et complète l’action des États membres ».

82 *Idem*
83 *LYON-CaEN (G.) et (A.), Droit social international et européen, Précis Dalloz, 1993.*
85 *RODIERE (P.), Droit social européen, op.cit.*
86 Art. 137§2 du traité CE.
Le principe de subsidiarité ne concerne que les domaines relevant des compétences non spécifiques. En effet, en ce qui concerne les compétences exclusives, la Communauté bénéficie d’un « devoir d’agir susceptible d’être sanctionné au titre d’une carence des autorités communautaires »87.

Le principe de subsidiarité peut d’une part, étendre le domaine d’action de la Communauté mais d’autre part, peut le limiter lorsque son action ne serait point justifiée. En effet, si l’Etat remplit sa mission dans un domaine précis, l’intervention de la Communauté est alors inutile.

Le principe de subsidiarité peut conduire soit au renforcement des pouvoirs de la Communauté soit à celui de l’Etat.

B – La subsidiarité de l’action communautaire par rapport à celle des partenaires sociaux

Du principe de subsidiarité se dégage l’idée selon laquelle « les réglementations doivent être édictées par des organes qui sont proches des intéressés »88 ». Les acteurs privilégiés de la réglementation des relations du travail ne sont autres que les partenaires sociaux. Certains auteurs évoquent la subsidiarité horizontale89 pour définir l’action des partenaires sociaux de l’adoption de normes communautaires détaillées et contraignantes (sur la durée du travail, par exemple).

L’idée d’un dialogue social au niveau communautaire va se concrétiser dès le début de la présidence de Jacques Delors à la tête de la Commission européenne. Il organisera des rencontres entre partenaires sociaux appelées « rencontres du Val Duchesse »90. L’acte unique européen de 1986 va institutionnaliser le dialogue social au niveau communautaire. Les partenaires sociaux ont ainsi la possibilité de conclure des conventions collectives.

87 RODIERE (P.), Droit social européen, op.cit.
88 RODIERE (P.), Droit social européen, op.cit.
90 Du nom du manoir bruxellois où ont lieu les rencontres.
La Commission européenne devra consulter\textsuperscript{91} les partenaires sociaux à chaque fois qu’elle envisage une action dans le domaine social\textsuperscript{92}. Ces derniers pourront d’une part, conclure des accords collectifs européens\textsuperscript{93} et d’autre part, les mettre en œuvre dans l’État membre.

L’entrée en vigueur du Traité de Nice le 1\textsuperscript{er} février 2003 n’a apporté que de légères modifications à l’ensemble des dispositions\textsuperscript{94}.

L’accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999 constitue un succès pour les partenaires sociaux européens, qui ont réussi là où la Commission a échoué des années durant\textsuperscript{95}. La place des partenaires sociaux dans le paysage communautaire est devenu une réalité à prendre en considération dans l’édiction des normes communautaires.

Le rôle des partenaires sociaux s’est profondément accru grâce à l’accord sur le télétravail. En effet, ils ont fait un pas vers l’émancipation en décidant pour la mise en œuvre sur l’accord sur le télétravail, d’utiliser pour la première fois « les procédures propres aux partenaires sociaux et aux Etats membres »\textsuperscript{96}. Ils ont donc refusé de recourir à la procédure jusque là privilégiée de la transposition par une décision du Conseil. Dans le domaine du télé travail, il s’agit d’une véritable réussite de la participation des partenaires sociaux à, d’une part, l’élaboration du droit communautaire et d’autre part à sa mise en œuvre dans l’ordre interne par voie de convention collective.

Certains\textsuperscript{97} ont cru en l’existence d’une deuxième application du principe de la subsidiarité en présence des partenaires sociaux. L’État membre confie aux partenaires sociaux la mise en œuvre d’une directive. La Communauté, dans ce contexte n’a qu’une place restreinte, puisque les objectifs du progrès social seront réalisés au sein des Etats membres par les partenaires sociaux. Monsieur le Professeur Langlois y voit une « forme atténuée de subsidiarité » par l’implication active des partenaires sociaux.

\textsuperscript{91} Ceci s’opère par l’édiction d’avis ou de recommandations qui n’influent pas sur la décision du Conseil puisqu’ils ne sont point dotés de force obligatoire.

\textsuperscript{92} Aucune consultation ne pourra avoir lieu sur les rémunérations, le droit d’association, le droit de grève et le droit du lock-out ; Article 137 § 6.


\textsuperscript{94} Art. 137 à 139 après le traité de Nice.

\textsuperscript{95} VIGNEAU (C.), « L’accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée », Dr. soc. 1999, p. 930.

\textsuperscript{96} Art. 139 du TCE.

\textsuperscript{97} LANGLOIS (P.), « Europe sociale et principe de subsidiarité », Dr. soc. 1993, p. 201.
Le rôle de l’État devient alors subsidiaire, elle doit garantir la bonne mise en œuvre de la négociation collective. La Commission doit justifier la nécessité de son intervention par « l’efficacité comparative entre l’action communautaire et celle des États membres ». Cette comparaison de l’efficacité de la partie intervenante n’a d’effet que si un contrôle de la CJCE est effectué. Nous le verrons ultérieurement que ce contrôle de la CJCE apparaît plus que léger, ne permettant pas une pleine efficacité du principe de subsidiarité ni d’ailleurs du principe de proportionnalité.

D’autres se sont insurgés de cette utilisation du principe de subsidiarité au niveau du dialogue social. Il s’agirait de liberté contractuelle et non de subsidiarité. Les partenaires sociaux sont autorisés à participer à la négociation collective tant au niveau communautaire que national. Il s’agit d’étendre la compétence de la Communauté tout entière incluant l’intervention des partenaires sociaux au détriment de celle au niveau national. On ne pourrait donc pas parler de subsidiarité lorsqu’il s’agit d’extension de la compétence des partenaires sociaux.

L’article 137 du traité CE exprime la possibilité pour les États de confier aux partenaires sociaux la mise en œuvre des directives. Chaque État a donc une certaine liberté dans le développement du dialogue social, c’est-à-dire dans le rôle à donner aux partenaires sociaux. La transposition des directives est laissée aux États, décidant la manière dont celle-ci doit avoir lieu.

Ainsi si l’on parle de subsidiarité au niveau des partenaires sociaux, il ne s’agit en aucun de celle existant entre les États et la Communauté. Il est plutôt question de confier aux partenaires sociaux une mission normative, là où l’État aurait agit par directive. Sur ce même modèle, on pourrait aller plus loin en parlant de subsidiarité entre les partenaires sociaux et la Communauté. Au niveau de l’élaboration de la norme communautaire, certains domaines sont en effet confiés aux partenaires sociaux devant mettre en place un accord-cadre européen.

98 Article 137 §4 du traité CE.
99 MOREAU (M.A.), « Tendances du droit social communautaire, ombres et brouillard à Maastricht », Dr. soc. 1994, p. 82.
100 Supra p. 17.
101 LYON-CAEN (G.), « Subsidiarité et droit social européen », Dr.soc.1997, p. 383.
102 Art. 137 § 3 TCE : « Un État membre peut confier aux partenaires sociaux à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives prises en application du paragraphe 2 ». 39
En effet, le rôle actif joué par les partenaires sociaux ces dernières années permet l’adoption de normes communautaires alors qu’il y avait, auparavant échec de la Communauté. Grâce aux partenaires sociaux, l’influence de la Communauté dans la production des normes est une réalité. Christophe Vigneau affirme sur ce propos que « la signature de l’accord-cadre sur le travail à durée déterminé a sans nul doute constitué un succès pour les partenaires sociaux, qui ont réussi là où la Commission avaient échoué des années durant 103 ».

Ainsi a été confié aux partenaires sociaux, l’élaboration d’accords cadre concernant des domaines sociaux particulièrement importants comme le congé parental, le travail à temps partiel ou encore à durée déterminée. Le droit communautaire est ainsi le résultat d’une négociation collective.

§ 2. Le principe de proportionnalité

Contrairement au principe de subsidiarité, le principe de proportionnalité recouvre aussi bien les domaines de compétences exclusives que non exclusives.

L’article 5 du traité CE alinéa 3 utilise l’expression suivante : « l’action de la communauté n’excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité ». L’intervention normative de la communauté est ainsi justifiée quant aux objectifs à atteindre. La communauté doit ainsi respecter le principe de spécialité et n’intervenir qu’en cas de défaillance de l’Etat dans un domaine social. La procédure normative ne peut outrepasser les objectifs fixés. Dès lors que les objectifs du traité ne sont pas atteints, la Communauté peut intervenir.

Monsieur le Professeur Pierre Rodière définit le principe de proportionnalité comme « la mesure de l’action communautaire ainsi qu’à sa forme, qui devront justement être appropriées et éviter que le droit communautaire ne pénètre plus que de besoin les droits nationaux 104 ». 

Toute intervention de la Communauté doit ainsi, être toujours justifiée, légitimité quant au but poursuivit et ne peut excéder les objectifs fixés.


104 RODIÈRE (P.), Droit social européen, op.cit.
d’admettre l’utilisation des principes de proportionnalité et de subsidiarité comme « instruments permettant de contester la légalité des normes d’harmonisation sociale »\textsuperscript{105}. La Cour n’entend point contrôler l’opportunité l’action communautaire c'est-à-dire la nécessité d’une telle intervention. Le contrôle de la proportionnalité est ainsi limité à l’erreur manifeste ou au détournement de pouvoir.

De même, il paraîtrait difficile de considérer l’invalidité d’une directive trop contraignante, ne respectant pas les principes de proportionnalité et de subsidiarité.

Le principe de proportionnalité avait pour objectif de limiter une action excessive de la Communauté (par exemple, une intervention injustifiée de la Communauté alors qu’au niveau des Etats membres une action similaire était possible). Cette déviance de la Communauté n’a, en réalité, aucune existence. Les principes de proportionnalité et de subsidiarité sont remis en cause. A quoi servent-ils s’ils n’ont aucune incidence sur l’action communautaire ?

\textsuperscript{105} BONNECHÈRE (M.), « Le droit européen peut il poser les bases d’un droit commun social ? », Dr. Ouvrier 1999, p. 392.
Une fois les compétences de la Communauté délimitées (chapitre I), il nous faut nous intéresser à la mise en œuvre de ces compétences. Comment la Communauté utilisera les compétences conférées par le traité dans l’édiction du droit communautaire ? Quelle est l’influence du droit communautaire sur le droit du travail français ?

Section I - L’intégration du droit communautaire en droit interne

Le droit communautaire obéit à certaines règles permettant une protection efficace du salarié. Pourquoi mettre en œuvre des normes au niveau communautaire, si ces normes ne répondent pas à un certain type de progrès social c'est-à-dire, si elles n’améliorent en rien notre droit du travail français ?

L’intégration du droit communautaire se fait en respectant des principes apparaissant élémentaires : le droit interne doit être amélioré par le droit communautaire édictant des normes plus protectrices, répondant au progrès social. Tout ceci doit permettre à l’État une collaboration active dans le processus d’intégration du droit communautaire au sein de notre ordre juridique. C’est pourquoi par l’édiction de directives, la Communauté se contente de mettre en place des prescriptions minimales.

§ 1. La diversité des principes de protection des normes

L’étude des différents principes devant respecter la Communauté dans l’édiction des normes communautaires est indispensable pour mieux comprendre l’intégration du droit communautaire en droit interne soit l’influence du droit communautaire sur notre ordre juridique. Nous nous attacherons à développer les différentes règles auxquelles la Communauté doit se conformer. Il s’agit de l’édiction de prescriptions minimales par la Communauté, de l’ordre public social européen, de la protection nationale renforcée et du principe de non régression.
A - Présentation des principes

1/ Les prescriptions minimales

La norme la plus utilisée par les instances communautaires, pour mener à bien leur mission d’harmonisation des législations sociales, est la directive. La directive permet à la communauté d’établir des exigences minimales qui devront être impérativement respectées par les Etats membres.

La mise en place d’une directive communautaire impose un résultat à atteindre mais laisse les Etats membres libres, quant aux moyens à adopter, pour parvenir au résultat souhaité par la Communauté. De même, si l’Etat réclame une recommandation de la part de la Communauté, cette mesure ne lient point l’Etat membres à un quelconque résultat.

Le droit communautaire n’impose pas une réglementation complète et approfondie, là n’est pas l’objectif de la Communauté, l’enjeu consiste plutôt à mettre en place « un statut de base du travailleur européen ». En effet, le droit communautaire détermine des normes fondamentales servant de base à toutes les législations des Etats membres pour mettre en place les normes gouvernant les relations de travail. Ce socle de base du travailleur européen constituerait le noyau dur de l’harmonisation. Quelle est la consistance de ce socle ? Il reprendrait les principes fondamentaux du droit communautaire du travail, tel le principe de non discrimination, de libre circulation du travailleur européen, de santé et de sécurité des travailleurs…

Les prescriptions minimales ne correspondent pas toujours à un minimum intangible. Des mécanismes dérogatoires existent, par exemple, en ce qui concerne le temps de travail.

2/ L’ordre public social européen : le *jus melius*.

Par la transposition des prescriptions minimales insérées au sein des directives, rien n’empêche l’Etat membre d’introduire des dispositions encore plus favorables. La notion d’ordre public social européen ne se rencontre qu’en second lieu. En effet, ce qui importe en premier lieu est une transposition conforme à la directive. Le droit national ne pouvant être

106 Bossu (B.), *op cit.* p.112.
contraire au droit communautaire même si le droit national se révèle plus protecteur de l’intérêt des salariés.

En second lieu, une fois que le droit national est conforme au droit communautaire, les Etats membres peuvent aller plus loin et insérer au sein de leur carcan juridique des normes plus favorables par rapport aux prescriptions minimales. En effet, la norme communautaire fixe un droit plafond en dessous duquel l’Etat membre ne peut descendre\textsuperscript{108}. L’article 137 §4 du traité CE autorise les dispositions nationales plus favorables : « ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d’établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec le présent traité ».

Certaines directives non fondées sur l’article 137 du traité CE, ont permis l’adoption de normes plus protectrices\textsuperscript{109}. Pour exemple, l’article 7 de la directive relative à l’obligation de l’employeur d’informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail prévoit que « la présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des Etats membres d’appliquer ou d’introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables aux travailleurs, ou de favoriser ou de permettre l’application de dispositions conventionnelles plus favorables aux travailleurs ». Il est bien question ici d’ordre public social. Il est donc permis que le droit national déroge au droit communautaire parce que plus favorable, assurant ainsi une meilleure protection des salariés\textsuperscript{110}.

Ainsi au niveau communautaire, on peut considérer l’existence de l’ordre public social. Ce dernier obéirait au principe du \textit{jus melius}. Tout en étant conforme au droit communautaire, la norme applicable serait celle considérée comme la meilleure pour le travailleur. On aboutirait ainsi, à une hiérarchie des sources : la norme supérieure n’existerait que parce qu’elle serait plus favorable à la norme inférieure\textsuperscript{111}.

\textsuperscript{108} \textsc{Langlois} (P.), « Europe sociale et principe de subsidiarité », \textit{Dr.soc} 1992, p.201.

\textsuperscript{109} \textsc{Pochet} (P.), « L’actualité du droit du travail communautaire : la mise en œuvre de la charte de 1989 », \textit{Dr.soc}. 1993, p.696.

\textsuperscript{110} \textsc{Bossu} (B.), « Harmonisation européenne et contrat de travail », op.cit. p.111.

\textsuperscript{111} \textsc{Saramito} (F.), « Le progrès social est il encore un objectif du droit communautaire ? » in \textit{Mélanges H.Sinay}, p.306.
Monsieur P. Mavridis remet en cause le fait que la Cour ne cherche pas systématiquement la solution la plus favorable pour l’intéressé. Il se réfère à l’idée selon laquelle, le droit communautaire peut conférer des droits aux travailleurs migrants et non les priver de droits qui leur seraient reconnus par la législation d’un État membre ou par des accords dénoncés.  

3 / La protection nationale renforcée

Rien n’empêche au droit interne d’aller plus loin dans la mesure édictée par l’instance communautaire. Tout en respectant le droit communautaire, les instances nationales peuvent mettre en place des dispositions plus favorables aux travailleurs. Toutefois, ces dispositions nationales plus protectrices doivent répondre aux objectifs déterminés par la Communauté.


Le droit national reprend, en matière de discrimination indirecte, la définition de la Cour de justice de la communauté européenne en l’intégrant au sein de son carcan juridique.

En matière de charge de la preuve, la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dite mixte, en matière de discrimination sexuelle a été transposée en droit français par la loi du 16 novembre 2001. Cette loi concerne non seulement les discriminations sexuelles mais plus largement toutes discriminations. Par exemple en matière syndicale… Une présomption simple de discrimination existera dès lors que le salarié aura mis en évidence un fait ou une série de fait qui permettent de supposer l’existence d’une discrimination.

4 / le principe de non régression

Au sein des directives communautaires, il n’est pas rare de constater qu’elles contiennent des clauses de non régression ou clause de « standstill ». Ces clauses trouvent leur origine dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux.


113 Expression propre à MOizard (N.), thèse, *op.cit.*
Cette clause indique que « la mise en œuvre de la directive ne constitue pas une justificationvalable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs »114.

Le droit communautaire n’est pas dénué d’effet puisqu’il permet une certaine stabilité aux mesures prises par le droit interne.

Même si une disposition communautaire se révèle moins protectrice que le droit interne, l’État concerné ne peut, sous prétexte de respecter les dispositions minimales mises en place par le droit communautaire, abaisser le niveau de protection du droit interne. En aucun cas, l’État ne peut se référer aux prescriptions minimales exigées par le droit communautaire pour réduire la protection du salarié que lui confère le droit national. L’État doit respecter le principe de non régression.

Donnons un exemple de cette obligation de non régression sociale imposée par la directive communautaire.

Monsieur Nicolas Moizard115 s’interroge sur une régression de notre droit français appliquant une directive. La loi Fillon116 se fonde sur la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d’origine ethnique, pour justifier un abaissement du niveau de protection nationale. Or, cette directive contient une clause de non régression sociale. Cette clause interdit aux États membres de prendre pour prétexte la mise en œuvre d’une directive pour diminuer le niveau de protection existant en droit interne.

En effet, au sein du traité relatif aux Communautés européennes, il n’est point abordé un tel principe, cependant, les clauses de non régression sont souvent insérées dans les directives sociales et récemment dans les accords cadre européens.

L’accord cadre européen sur le travail à temps partiel conclu le 6 juin 1997, comporte une clause de non régression. Cette clause dispose que « la mise en œuvre des dispositions du présent accord ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs dans le domaine couvert par le présent accord ».

115 MOIZARD (N.), « Droit communautaire - Son usage régressif dans la réforme de la charge de la preuve d’un harcèlement », Semaine sociale, n°1113, 10 mars 2003, p.6.
Si l’on prend l’exemple de la charge de la preuve en matière de harcèlement, la loi Fillon s’y rattachant, est l’illustration parfaite d’une régression sociale. La clause de non régression insérée dans la directive n’est pas respectée. La directive 2000/43 a pour objet la lutte contre la discrimination fondée sur la race ou l’origine ethnique, en vue de mettre en œuvre le principe d’égalité de traitement. Le harcèlement est ainsi considéré comme une discrimination lorsqu’il est lié à la race ou à l’origine ethnique. Cette directive contient une disposition sur la charge de la preuve. En effet, le salarié doit invoquer des éléments de fait laissant supposer l’existence d’un harcèlement. Si la loi française du 16 novembre 2001, retient un champ d’application plus large que la directive en ne se limitant pas uniquement au racisme mais en considérant la discrimination au sens général, il n’en est pas ainsi concernant la charge de la preuve. Le législateur a alourdi la charge de la preuve du demandeur s’estimant victime d’un harcèlement. La loi du 3 janvier 2003 impose au salarié d’établir les « faits qui permettent de présumer l’existence d’un harcèlement 117 ». On peut considérer qu’il s’agit d’une véritable régression du niveau de protection national.

La directive précisait, pourtant, que « sa mise en œuvre ne peut en aucun cas constituer un motif d’abaissement du niveau de protection contre la discrimination déjà accordé par les États membres dans des domaines régis par la présente directive ». Cette disposition, il ne faut pas l’oublier a autant de valeur normative que l’ensemble des autres dispositions de la directive.

La clause de non régression ne garantit pas pour autant un niveau de protection nationale plus favorable. Elle interdit de justifier une régression du niveau de protection du droit national préexistant par la mise en œuvre du droit communautaire.

De plus, on peut s’interroger sur la portée de la clause. La clause doit-elle être simplement respectée pendant la transposition de la directive concernée ou a-t-elle un champ d’application plus large que celui de la simple transposition ?

Si l’on considère que la CJCE impose au juge national d’interpréter le droit interne de manière à permettre l’application effective des normes communautaires, la clause de non régression doit s’étendre à toute disposition nationale même postérieure 118.

Des notions apparemment distinctes

La grande difficulté à cerner ces différents principes pour pouvoir effectuer une distinction pertinente tient à l’objectif commun de progrès social. Il est clair que ces principes tendent vers le même objectif, celui de progrès social, cela ne veut pas dire que ces notions sont identiques, des distinctions peuvent être établies.

La confusion de ces principes semble difficile à éviter en présence de tels principes aussi proches.

Comment pourrait on opérer une distinction efficace, permettant de ne point tomber dans la confusion ?

L’ordre public social intervient en second temps, l’exigence de mettre en œuvre les prescriptions minimales communautaires prédomine le principe d’ordre public social. Ainsi, on peut établir une sorte de hiérarchisation d’action de ces deux principes.

L’ordre public social européen permet aussi bien l’application d’une norme communautaire ou d’une norme interne selon la protection apportée au travailleur. Une norme communautaire dont la protection sociale serait moindre par rapport à une norme interne pourra être écartée au profit de la norme nationale, plus protectrice. Or, en ce qui concerne les prescriptions minimales, elles ont obligations d’être appliquées en droit interne, même si une norme interne serait plus protectrice.

Quant au principe de non régression, il s’intéresse plus aux normes internes. Il pose des exigences de non régression vis à vis du droit interne et non point au droit communautaire. Sa finalité est donc différente de celle du principe d’ordre public. L’ordre public ne pose point de contrainte, il permet l’application de la norme la plus favorable. De plus l’ordre public s’apprécie au niveau de l’applicabilité de la norme. Il répond à la question, « quelle norme va-t-on appliquer et sera-t-elle effective ? ».

Or le principe de non régression, ne s’entend pas, en terme d’effectivité d’une norme mais plutôt en terme d’interdiction de faire régresser le droit interne plus protecteur. Le principe de non régression permet le respect des dispositions minimales et ajoute des conditions supplémentaires de non régression de la norme nationale plus protectrice.

Les prescriptions minimales et le principe de non régression convergent vers la stabilité des mesures protectrices du droit national. Le droit national français ne pourra être
modifié sous prétexte de l’application du droit communautaire (principe de non régression). Ce principe n’a d’effet que si le droit interne met en place une protection supérieure au droit communautaire. Or l’ordre public social européen s’appliquera même si le droit interne est moins protecteur, à la condition de respecter les prescriptions minimales mises en place par le droit communautaire.

Dans les deux cas, la norme applicable est celle qui est la plus protectrice.

On ne peut que constater la difficulté à établir une définition claire, pertinente permettant de tracer une frontière entre ces notions. La confusion est à tout moment possible. Ces notions découlent l’une de l’autre répondant à cet objectif commun de progrès social. Parfois même, il s’avère que l’objectif de progrès social peut être remis en cause.

§ 2. La portée limitée des principes

A – Des principes similaires ?

Ces principes convergent vers un objectif commun celui du progrès social. Or ces notions apparaissent parfois confuses. La notion de progrès social tend même à s’effacer.

1/ l’objectif commun de ces principes : le progrès social

Est-il possible de considérer que des prescriptions minimales peuvent être synonymes de progrès? L’harmonisation doit réaliser un progrès, ce qui signifie que l’alignement des législations des Etats membres doit se faire vers le haut et non vers le bas. Les prescriptions minimales doivent permettre une amélioration des législations. L’article 136 du Traité CE\textsuperscript{119} fixe comme objectif aux Etats membres « l’harmonisation dans le progrès » tout en indiquant que les prescriptions minimales sont d’application progressives « compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des Etats membres ». Ainsi, l’Etat membre doit considérer ces prescriptions minimales, il peut également aller au-delà de ces dernières en édictant des normes plus rigoureuses. En aucun cas, l’Etat membres ne peut invoquer ces prescriptions minimales pour justifier une quelconque régression de son droit (application du principe de non régression).

De nombreux auteurs s’expriment sur la manière dont ce progrès doit se faire. Messieurs les Professeurs Gérard et Antoine Lyon-Caen évoquent « l’harmonisation vers le

\textsuperscript{119} Ancien article 118 A.
haut des législations sociales\textsuperscript{120} et « c’est sur la meilleure des lois nationales que les autres pays devraient s’aligner ». Monsieur le Professeur Pierre Rodière s’exprime dans les mêmes termes : « Chaque Etat membre devra se hisser au niveau de protection sociale atteint dans l’Etat le plus avancé et que tous les Etats membres ensemble devront aller plus loin encore\textsuperscript{121} ».

Le progrès social semble plus que jamais lié à la politique économique communautaire et nationale. La politique sociale communautaire ne pourra prendre toute sa force qu’à la condition d’une politique économique dynamique. L’objectif premier de la Communauté est la mise en place du marché commun, des concessions au niveau social sont donc nécessaires.

Lorsqu’on parle d’harmonisation non régressive, il est question d’harmonisation dans le progrès\textsuperscript{122}. Le droit du travail français s’inspirant du droit communautaire, ne peut mettre en place des dispositions moins protectrices pour le salarié.

Le risque encouru est celui du \textit{dumping social} si l’harmonisation se réalisait en référence aux Etats à la législation la moins avancée.

Tout progrès social consacré par une norme de droit interne peut être modifié, supprimé par une norme interne de même valeur. Ainsi le droit communautaire inflige à notre droit interne le principe de non régression. Même s’il ne modifie point notre droit interne en ne l’améliorant pas, il permet que perdure le progrès social mis en place par le droit interne. La garantie est celle de la stabilité des normes internes.

De même, la protection nationale renforcée obéit au progrès social. L’ordre public social, par l’application de la norme la plus favorable socialement répond le mieux au progrès social.

2/ La remise en cause des principes ou la confusion des principes
Les idées de progrès social, d’élèvement des législations des États membres vers le haut définissent aussi bien de manière récurrentes, la mise en place de prescriptions minimales, que le principe de non régression, ou encore la protection nationale renforcée, ou l’ordre public social européen.

La grande difficulté à cerner ces différents principes pour pouvoir effectuer une distinction tient à l’objectif commun de progrès social. Il est clair que ces principes tendent vers le même objectif, celui de progrès social, cela ne veut pas dire que ces notions sont identiques, des distinctions peuvent être établies comme nous l’avons démontré précédemment.

Au niveau, tout d’abord, des prescriptions minimales mises en place par la communauté, il s’avère qu’elles ne répondent pas toujours à la notion de progrès, surtout lorsque la législation de l’État membre est particulièrement protectrice du travailleur.

Les prescriptions minimales sont transposées au sein du droit interne de chaque État membre, s’il existe un droit interne déjà particulièrement développé, l’efficacité des prescriptions minimales est pratiquement nulle, puisque l’on appliquera le droit national plus protecteur des intérêts des travailleurs (principe de l’ordre public social européen).

L’ordre public social européen ne s’applique que si les prescriptions minimales ont été transposées en droit interne.

Quant au principe de non régression, il permet, comme l’exigence des prescriptions minimales, de permettre la stabilité du droit interne. Le droit interne ne peut appliquer de normes allant au-deçà du droit communautaire (respect des prescriptions minimales et du principe de non régression).

Ces principes sont ainsi liés entre eux, tantôt ils tendent vers le même objectif, répondent aux mêmes exigences vis à vis du droit national, tantôt ces principes se distinguent en découlant les uns des autres.

**B – La non application des principes ou la remise en cause du progrès social**

Cependant, il faut prendre en considération le paramètre économique, ce qui ne permet pas de considérer comme principe absolu l’alignement vers le haut.

Le droit communautaire doit en effet répondre à certaines contraintes normatives pour être protecteur et ainsi être efficace. Il faut tout d’abord considérer la disparité de situation des
différents Etats membres. Ainsi le droit communautaire s’illustre parfaitement au sein d’une politique de compromis, compromis entre ces différents Etats membres rendant incertain l’objectif de la Communauté de l’égalisation dans le progrès. Madame le Professeur Eliane Vogel-Polsky remarquait à ce sujet que « les directives en matière sociale sont souvent minimales car elles réalisent un rapprochement des législations internes conçu sur la base du dénominateur commun le plus bas. » 123. Malgré le principe de l’alignement vers le haut et de non régression, l’alignement des législations vers le bas constitue un danger imminent, difficile à nier. Lors de la transposition de la directive de 1989 sur l’amélioration de la santé et de la sécurité des travailleurs, des difficultés non négligeables furent rencontrées en France124. Il est alors difficile d’échapper à la mise en place des normes à faible niveau protecteur125.

Madame le Professeur Michèle Bonnechère évoque également la difficulté à parvenir à une harmonisation sociale vers le haut c'est-à-dire un progrès social pour tous les Etats membres : « le minimum commun imposé par les directives fondées sur l’article 118 A n’existe que par bribes et n’ont pas fixé par référence au niveau de législations les plus élevées »126.

Les Etats membres dont le niveau social est faible, peuvent pratiquer le dumping social, en offrant des coûts salariaux plus avantageux que ceux des pays à protection sociale élevée, ce qui aura pour conséquence un alignement vers le bas des législations sociales127.

Les directives minimales n’ont pas le même impact selon la taille de l’entreprise. L’article 137 du traité CE énonce que les directives comportant les prescriptions minimales, « évitent d’imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu’elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises ». Selon la taille de l’entreprise, la directive aura une application différente. L’évolution vers le progrès apparaît alors compromise par l’application discriminatoire de la directive minimale, ceci selon la taille de l’entreprise.

123 Vogel-Polsky (E.), « L’Acte Unique ouvre t il l’espace social européen ? », Dr.soc.1989, p.177.
126 Bonnechère (M.), « Le droit européen peut il poser les bases d’un droit commun social ? » Dr.ouvrier 1999, p.400.
127 Saramito (F.), « Le progrès social est il un objectif du droit communautaire ? » in Mélanges H.Sinay, p.305.
Le principe de non-régression se réfère au concept de progrès social. Or, peut être considéré comme progrès social la mesure qui, en évitant un licenciement va permettre la sauvegarde de l’emploi. Cet objectif se réalise souvent par la remise en cause d’avantages acquis. Il en a été ainsi concernant le débat sur les 35 heures. Est-ce, en réalité un progrès social soit une non-régression du droit du travail français ?

Il en est de même concernant le travail de nuit des femmes. Pendant longtemps, le travail des femmes de nuit était permis en France. Or une directive communautaire permettait explicitement aux femmes le travail de nuit des femmes en application du principe d’égalité entre hommes et femmes. Le droit communautaire mettait en œuvre l’interdiction de discrimination par rapport au sexe de l’individu. L’ordre public social s’applique en second lieu, lorsque les prescriptions minimales du droit communautaire ont été respectées. Ces dernières n’ont, en l’espèce point été respectées. En effet, les exigences minimales imposaient à la France de respecter le travail de nuit des femmes. Après seulement, il était possible d’appliquer une norme interne plus favorable au travail de nuit des femmes. Or le droit français ne respectait pas l’exigence de travail des femmes imposée par la Communauté puisque notre droit le permettait. La question de l’ordre public n’était donc pas envisageable, en l’espèce. La question du progrès social pouvait se poser. Pouvait-on considérer comme progrès social les prescriptions minimales communautaires imposant le travail de nuit des femmes ? Il aurait certainement mieux fallut interdire le travail de nuit aux hommes et aux femmes.

De même, peut on considérer comme progrès social la transposition en France de la directive communautaire 89-391 relative à l’amélioration de la santé et de la sécurité des travailleurs ? Cette directive impose à la France de transposer des mesures contraignantes pour le salarié. En effet, le salarié se voit consacrer une véritable responsabilité dans la réalisation des risques professionnels. Selon le principe de non-régression, l’État ne peut consacrer des dispositions moins favorables aux salariés par rapport au droit national en vigueur. Peut-on considérer qu’en l’espèce, le principe de non-régression a été respecté alors que le droit français ne consacrait aucune responsabilité du salarié ?

La clause de non-régression n’interdit pas à un État membre de mettre en place une réforme législative réduisant certains acquis sociaux dès lors qu’il respecte les prescriptions

minimales imposées par la directive. La clause impose simplement à l’Etat membre de ne pouvoir justifier sa régression par le fait qu’elle a transposé une directive\textsuperscript{129}. Dans cette situation, où se situe le progrès social ? Où se situe la frontière entre la régression justifiée et celle qui ne l’est pas ?

La perception de la notion de progrès joue sur le principe de non régression puisque lorsque l’on parle d’harmonisation dans le progrès, on entend par là, harmonisation non régressive.

Les prescriptions minimales doivent aussi être suffisantes et au moins aussi contraignantes que le pays où la législation sociale est la plus contraignante. Ainsi, cela permettrait de répondre à une élévation du niveau de protection pour tous les Etats membres.

**Section II - L’utilisation du droit communautaire et ses difficultés**

Comment perçoit-on le droit communautaire au sein de notre ordre juridique ? Pour que le droit communautaire produise une influence en permettant une amélioration de notre droit interne, il doit comporter des mesures particulièrement protectrices pour les salariés.

Le particularisme du droit français est l’existence d’une législation sociale particulièrement développée. Il sera ainsi plus difficile au droit communautaire de produire des effets positifs en droit français que dans un autre pays plus développé socialement. Ainsi, nous ne pouvons occulter l’influence communautaire sur le droit du travail français et réciproquement. Cependant, le droit communautaire ne fait-il pas, parfois régresser le droit du travail français ?

§1. Une influence réciproque du droit communautaire et du droit français

A – La protection conférée par le droit social français

Lorsque les mesures de protection existent déjà au sein de notre droit du travail, la directive si elle n’apporte aucune mesure supplémentaire ne pourra être considérée comme un progrès social pour la France. Nos normes nationales peuvent très bien inspirées le droit

\textsuperscript{129} BONNECHÈRE (M.), « Le droit européen peut-il poser les bases d’un droit commun social ? » Dr.ouvrier 1999, p. 396.
communautaire. Certains parlent d’effet « boomerang » c'est-à-dire qu’une règle « européanisée » revient au pays inspirateur\textsuperscript{130}.

En matière de licenciement économique, la France se situe comme précurseur par rapport au droit communautaire puisque le droit du licenciement économique apparaît particulièrement développé. La législation française pourrait fortement inspirée les instances communautaire si la communauté s’intéressait plus précisément à cette question. En effet, il a fallu attendre 17 ans pour qu’une directive\textsuperscript{131} du 17 février 1975 soit adoptée en matière de licenciement économique. La législation française répondait déjà pour l’essentiel à la proposition de modification de la directive du 30 novembre 1991. On peut ainsi considérer que la portée du droit communautaire en est limitée. L’exigence de mise en conformité à la directive est déjà remplie avant même l’adoption de la directive. De plus, il est possible que la jurisprudence de la CJCE sur ce sujet se soit inspirée de la jurisprudence de la Cour de cassation française\textsuperscript{132}.

En cas de modification dans la situation juridique de l’employeur\textsuperscript{133}, la France se révèle comme un véritable précurseur\textsuperscript{134} dans ce domaine, en légiférant sur la question dès le 19 juillet 1928. Au niveau communautaire, il faut attendre la directive du 14 février 1977\textsuperscript{135} pour un rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d’entreprises, d’établissements ou de parties d’établissements. Une cinquantaine d’années s’écoulait entre l’intervention du législateur français et celle du « législateur » communautaire. La France, lors de l’édiction de la directive communautaire se considérait en adéquation avec celle-ci ; Les droits des salariés étaient garantis en cas de transfert d’entreprise. Cependant, une réforme législative fut nécessaire pour rendre totalement conforme les obligations du nouvel employeur à l’égard des salariés dont les contrats de travail subsistent. La loi du 28 juin 1983\textsuperscript{136} permet cette adéquation parfaite entre le droit national français et le droit communautaire. La jurisprudence française n’a cependant

\textsuperscript{130} FIESCHI-VIVET (P.), « L’impact de la Communauté européenne sur le droit du travail français », RJS 10/90, p.503.

\textsuperscript{131} Directive 75/129 du 17 février 1975


\textsuperscript{133} Article L.122-12 du Code du travail.

\textsuperscript{134} GAUDU (F.), « L’influence du droit communautaire sur la politique de l’emploi », Dr. Soc. 1993, p. 805.

\textsuperscript{135} Directive n° 77-187 du 14 février 1977

\textsuperscript{136} Article L.122-12-1 du Code du travail.
pas mis en pratique les apports du droit communautaire en matière de transfert d’entreprise. La France a en effet inspiré la Communauté en la matière, mais en ajoutant des nuances évidentes que la jurisprudence français n’a point semblait percevoir immédiatement. L’évolution de la notion de transfert d’entreprise est révélatrice d’une influence réciproque entre le droit interne (précéreuse en la matière) et le droit communautaire amenant des contraintes, des précisions supplémentaires au droit national.

Dès 1977, l’apport du droit communautaire, en la matière est de consacrer la notion de transfert d’entité économique autonome, ce que le droit français n’aborde pas. Avant le 15 novembre 1985, en France, la modification de la situation juridique de l’employeur existait dès lors qu’il y avait transfert de l’objet c’est-à-dire qu’une partie de l’entreprise était transférée à un nouvel employeur.

L’arrêt *Nova* service le 15 novembre 1985 rendu par l’Assemblée plénière, vient rompre avec cette logique, il est désormais exigé un lien de droit entre les employeurs successifs. De plus, la modification dans la situation juridique de l’employeur ne peut résulter de la seule perte d’un marché. Ce qui compte ce n’est plus l’objet du transfert mais le mode de transfert. Cependant la jurisprudence française ne reconnaît pas encore la notion de transfert d’une entité économique autonome conservant son identité, notion dégagée par la CJCE. Cette jurisprudence est confirmée par les arrêts du 12 juin 1986 : pour que l’article L ; 122-12 du Code du travail joue, il faut un lien de droit entre les employeurs successifs.

La jurisprudence française se trouve alors en parfaite inadéquation avec celle de la CJCE. En effet, l’arrêt *Tellerup* du 10 février 1988 rendu par la CJCE, indique qu’il n’est pas nécessaire qu’existe un lien de droit entre les employeurs successifs pour que la directive soit applicable.

Ainsi, par trois arrêts du 16 mars 1990, la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière abandonne l’exigence de lien de droit entre employeurs successifs. Ce qui importe est le transfert d’une entité économique autonome, conservant son identité.

La jurisprudence française est alors en parfaite adéquation avec non seulement la jurisprudence communautaire mais aussi la directive du 14 février 1977. Il aura fallu attendre treize années pour que notre jurisprudence respecte cette directive. On peut tout de même, reprocher à la France ses hésitations et sa lenteur par rapport à la conformité de sa jurisprudence avec la directive communautaire. S’il est vrai qu’un laps de temps relativement important a été nécessaire à la France, elle a respecté les exigences du droit communautaire.
Si la France en la matière apparaissait comme précurseur par rapport au droit communautaire, ce dernier a très vite posé des exigences supplémentaires, des notions nouvelles comme le transfert de l’entité économique autonome. Les rôles sont ainsi inversés, la France devant intégrer au sein de notre législation les nouvelles exigences communautaires.

Le droit communautaire exerce sur nos pratiques françaises une influence certaine en contraignant la jurisprudence de notre pays à être conforme avec le droit communautaire.

L’accord cadre européen sur le travail à durée déterminé n’a affecté le droit interne français que de façon marginale. En effet, en France, une disposition légale spécifique prévoit l’égalité de traitement entre travailleurs à durée déterminée et travailleurs à durée indéterminée. La discrimination consacrée par le droit communautaire a déjà fait l’objet, auparavant, d’une consécration du législateur français. Christophe Vigneau remarque, à cet effet, qu’existe déjà au sein de notre ordre juridique, un arsenal de normes particulièrement protectrices du salarié. Il énonce : « malgré la notable diversité de leur teneur, la plupart des législations nationales de l’Union européenne font déjà place à des dispositions de prévention des abus nettement plus rigoureuses que celles imposées par la clause 5 de l’accord-cadre. La Belgique, l’Espagne, la France, l’Italie et le Luxembourg possèdent, à cet égard, un arsenal de règles des plus fournis, l’instrument communautaire restant en deçà des restrictions nationales. Ces droits nationaux soumettent l’embauche à durée déterminée à une stricte limitation des ces de recours et de la durée des contrats ».

Si l’on se réfère à l’accord cadre européen sur le travail à temps partiel, l’on peut constater que le droit communautaire introduit, comme c’est le cas en France, depuis 1993, la possibilité d’une annualisation du temps partiel avec succession de périodes travaillées et non travaillées. L’accord cadre du 6 juin 1997 et la directive qui s’en suivra n’opèrent donc pas de grands bouleversements dans le paysage français. Amenant le droit français à quelques ajustements, ils constituent cependant la manifestation de la prise en compte d’une réalité sociale : le développement du travail à temps partiel et le rôle qu’il peut jouer en terme d’emploi.

La CJCE « autorise les Etats membres à adopter des mesures plus rigoureuses que celles qui font l’objet de l’intervention communautaire », ceci dans un arrêt Royaume Uni c/ 137

137 Art. L. 122-3-3 C. trav.

Vigneau (C.), « L’accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée », Dr. soc. 1999, pp. 935 et suiv.

Conseil du 12 novembre 1996\textsuperscript{140}. Rien n’empêche l’Etat d’adopter des normes plus protectrices pour les travailleurs en matière de santé et de sécurité. Dans certains cas, le droit national s’inspire du droit communautaire en transposant ses exigences dans l’ordre normatif en insérant des dispositions plus rigoureuses, plus protectrices.

Un grand nombre de domaines n’a pas suscité l’édiction de directives communautaires comme par exemple en matière de régime contractuel de travail. Ce domaine relève donc du droit interne. Même si certains domaines relèvent du droit communautaire\textsuperscript{141}, il n’utilise pas l’ensemble du champ de compétences prévues. Les dispositions édictées par le droit national prennent ainsi toute leur force. Tant au niveau de l’égalité de traitement hommes femmes qu’au niveau de l’hygiène et la sécurité des travailleurs, le droit du travail français apparaît particulièrement développé soit protecteur des travailleurs.

Concernant certains domaines, il est difficile pour la Communauté de conférer plus de protection aux travailleurs que le fait le droit du travail français. Le fondement même de l’harmonisation des législations des Etats membres et de la politique sociale communautaire est l’amélioration de la protection du travailleur. On ne peut donc pas reprocher à un Etat de faire preuve de bonne volonté vis-à-vis de ses nationaux et d’édicter des mesures particulièrement protectrices pour les travailleurs.

La France apparaît parfois comme précurseur du droit communautaire, cependant, ce dernier peut très bien inspiré, à son tour le droit du travail français.

\textbf{B – Un droit communautaire, inspirateur}

La preuve en matière de discrimination sexuelle, mise en place par le droit communautaire a été élargit par le droit français à d’autres discriminations. La directive du 15 décembre 1997 permet l’allègement de la charge de la preuve pour le salarié en matière de discrimination sexuelle.


\textsuperscript{141} Domaines expressément prévus par le traité de Rome.
Les arrêts Bilka et Jenkins\textsuperscript{142} ont permis de mieux appréhender la notion de discrimination indirecte\textsuperscript{143}.

Monsieur le Professeur Pierre Rodière parle d’innovation de la Communauté lorsqu’elle institue « des obligations de négocier »\textsuperscript{144}, chaque fois que l’occasion se présente. Le droit communautaire a ainsi inspiré le droit social français.

Donnons quelques exemples de directives communautaires inspiratrices. La directive du 17 février 1975 sur les licenciements collectifs. L’employeur est ainsi contraint à « procéder à des consultations avec les représentants du personnel en vue de rechercher un accord\textsuperscript{145} ». Ou encore la directive du 14 février 1977 concernant les transferts d’entreprises ou d’établissements exige du cédant ou du cessionnaire qu’ils envisagent « en temps utile à des consultations avec les représentants de leurs travailleurs respectifs en vue de rechercher un accord\textsuperscript{146} ». L’objectif est d’instaurer d’une façon générale le dialogue entre les partenaires sociaux et l’employeur. Il s’agit de consultations obligatoires avant la prise de décisions importantes, voir cruciales pour l’entreprise et ses travailleurs. En revanche, il ne s’agit pas d’aboutir à un compromis entre les parties.

La France a d’une part transposé ces directives au sein de l’ordre interne, et d’autre part, elle s’est inspirée du dialogue social imposé par la Communauté en prenant en compte de façon général l’avis des partenaires sociaux. En effet, le dialogue social est aujourd’hui possible au sein de nombreuses commissions paritaires également en ce qui concerne chaque décision importante de la vie de la société : en cas de licenciement économique, collectif, de transfert d’entreprise ou encore par l’intermédiaire du comité d’entreprise…

\textsuperscript{143} Est l’utilisation d’un critère apparemment neutre ayant pour résultat de défavoriser un groupe sans que l’intérêt de l’entreprise ne le justifie objectivement.
\textsuperscript{144} RODIÈRE (P.), « Construction européenne et droit du travail » in Études offertes à Gérard Lyon-Caen, Les transformations du droit du travail, Dalloz, p.43.
\textsuperscript{145} Art. 2 § 1 de la directive du 17 février 1975 ; J.O.C.E., n°L 48 du 22 février 1975.
\textsuperscript{146} Art. 6 § 2 de la directive du 14 février 1977 ; J.O.C.E., n°L 61 du 5 mars 1977.
L’influence du droit communautaire sur notre droit du travail français est une réalité dont nous avons évoqué certains aspects, à travers des exemples probants, où le droit communautaire a véritablement permis une amélioration de notre système juridique. Cette influence se constate également par rapport au droit français, permettant des avancées considérables au niveau communautaire. L’influence est ainsi réciproque, menant la Communauté vers l’objectif de progrès social.

§ 2. La régression du droit français ?

Par sa qualité d’Etat membre, la France a l’obligation de transposer au sein de son droit national toutes normes communautaires ayant un effet contraignant. Ainsi, on peut considérer que parfois, en intégrant le droit communautaire au sein de son ordre juridique, le droit du travail français régresse.

A – Le travail de nuit des femmes

Jusqu’à peu, le travail des nuits des femmes était interdit (art. L.213-1 du Code du travail). Quant aux dispositions de la directive du 9 février 1976 relative à l’égalité de traitement entre les hommes et les femmes, elles le permettaient.

Récemment la France a permis le travail de nuit des femmes, ceci sous contrainte communautaire au nom du principe d’égalité entre hommes et femmes. Selon, la CJCE ne point permettre à la femme d’accéder au travail de nuit, la prive d’une opportunité de travail, opportunité existant pour les hommes. La législation française portait atteinte à la liberté de travail des femmes sur le marché de l’emploi. Cette liberté qu’évoque la CJCE existe-t-elle ? Le choix de l’emploi de nuit est-il libre ou ne répond il pas à une contrainte économique ?

Alain Supiot affirme que la CJCE mène une action au niveau de l’égalité formelle entre hommes et femmes et non à une égalité concrète. La Communauté s’inscrit ainsi en promoteur des valeurs essentielles du droit social communautaire c'est-à-dire par la mise en


place d’un modèle normatif auquel les droits nationaux doivent converger, afin de permettre l’harmonisation.

En effet, La France ne permettait pas aux femmes de travailler de nuit sans que cela ne relève d’un motif exclusivement biologique. Est-ce une protection notoire apportée aux femmes de leur permettre de travailler de nuit ? Au nom du principe d’égalité entre les sexes, n’aurait-il pas mieux fallu interdire aux hommes et aux femmes le travail de nuit ? Le progrès social aurait été conséquent.

**B – La santé et la sécurité des travailleurs**

La directive 89/391 du Traité CE concernant l’amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, a été transposée par la loi n°91-1414 du 31 décembre 1991. Cette directive rappelle les obligations inhérentes au chef d’entreprise en matière d’hygiène et de sécurité prévues par le droit français. Cependant, elle introduit au sein de notre droit français, une obligation de prévention à la charge des travailleurs. Dans un but de « garantir un meilleur niveau de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs149 », cette directive impose au salarié de « signaler à son employeur toute situation de travail présentant selon lui un danger grave et imminent ainsi que toute défectuosité qu’il constate dans les systèmes de protection ». Il y a bien introduction d’une obligation supplémentaire à la charge du salarié puisque le droit interne français lui, donnait au salarié un droit de retrait en cas de danger grave et imminent150. Ainsi, même en l’absence d’un contexte de danger grave et imminent, le salarié se voit responsable des risques professionnels. L’article L.231-8 du Code du travail a subi cette transcription de la directive C.E.E 89-391.

Comme le rappellent Messieurs Meyer et Kessler, ces dispositions ne s’inscrivent point au sein de la logique française dont l’objectif n’est pas d’associer le salarié aux risques professionnels de l’entreprise mais de faire peser ces risques sur l’employeur151.

Par transposition d’une directive communautaire, l’article L.230-3 du Code du travail, dans sa nouvelle rédaction, met en place une obligation pesant sur chaque travailleur celle de « prendre soin de sa santé ».

---

149 Art. 118 A du traité C.E.E.  
150 Art. L.231-8 du Code du travail  
Il est indéniable de considérer une certaine régression du droit français quand, sous prétexte de protéger la santé et la sécurité du salarié, on met à sa charge des obligations. La responsabilité du salarié est alors engagée. Le salarié apparaît alors beaucoup moins protégé qu’auparavant. Un glissement de responsabilité est alors opéré. Pèse alors sur le salarié une obligation de sécurité dont il n’avait pas la charge auparavant. Par là même, l’employeur voit sa responsabilité atténuée puisqu’il peut arguer celle du salarié pour manquement à son obligation de sécurité. En effet, il est possible à l’employeur d’invoquer la négligence du salarié pour sa défense.

Une partie de la doctrine accompagnée des syndicats français ont relevé le caractère régressif de la transposition de cette directive dans l’ordre interne. L’extension des obligations de prévention des salariés a des conséquences néfastes au niveau de la protection des salariés. L’obligation de vigilance du salarié fait participer le salarié à la sécurité dans l’entreprise, or notre tradition française repose sur une obligation de sécurité à la charge exclusive de l’employeur sans participation active des salariés. Ne peut-on pas considérer que par l’introduction de cette mesure au sein de notre ordre interne, nous assistons à une véritable régression de notre droit ? La protection des salariés dans l’entreprise serait moindre.152

Au nom de la sécurité au travail, en particulier par la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles, peut-on considérer ces nouvelles obligations à la charge du salarié comme une amélioration de sa protection ?

Nous ne le pensons pas. Il est mieux de considérer qu’en matière de prévention de la sécurité au travail, le rôle de l’employeur doit être essentiel et exclusif. Faire peser une responsabilité de sécurité sur le salarié, permet, en effet de responsabiliser le salarié comme acteur de la prévention en prenant soin de sa santé, mais le salarié ne doit pas être l’acteur sur lequel doit peser cette obligation de sécurité. En aucun cas, il ne devrait subir les conséquences des mauvaises conditions de travail, ceci étant de la responsabilité exclusive de l’employeur.

C – Le licenciement économique

En matière de licenciement économique, la directive 75/129 fut introduite dans l’ordre juridique français. Quelles en sont les conséquences ?

La législation française en la matière apparaissait particulièrement protectrice des intérêts des salariés. La directive du 17 février 1975 a pour effet la déréglementation du droit français. Cette transposition supprime l’autorisation administrative en cas de licenciements collectifs pour motif économique. La loi du 3 juillet 1986 met un terme à cette autorisation, la législation du travail française étant considérée comme trop contraignante. Ainsi le droit communautaire a modifié notre droit du travail français alors plus favorable que la directive transposée153. On peut ici considérer une certaine régression du droit français en matière de protection des travailleurs du fait de la disparition de l’autorisation administrative.

153 MOIZARD (N.), thèse, op. cit.
PARTIE II : L’APPLICABILITE DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Après avoir étudié le contenu du droit communautaire, il nous faut maintenant nous intéresser à son applicabilité.

Une fois l’édiction des normes communautaires, sont-elles respectée au sein de notre ordre juridique interne ou l’État français les transgresse-elles ?

L’appliquabilité effective d’une norme est fondamentale pour donner à la norme communautaire toute sa valeur, toute sa force.

Pour déterminer si la France respecte les normes communautaires en les appliquant lors de conflits internes, on évoquera la place de la norme communautaire dans notre ordre
juridique français (le premier chapitre est ainsi consacré à la hiérarchie des normes). Mais nous ne négligerons point l’aspect sanction en cas de non respect des normes communautaires. Cet aspect sanctionateur est capital au niveau de la dissuasion des États membres de commettre une quelconque violation du droit communautaire.

L’interprétation de la règle de droit permet son applicabilité\textsuperscript{154}. Donner une existence réelle à une norme ne peut s’opérer que par l’interprétation jurisprudentielle. L’élaboration du droit se réalise principalement par le rôle créateur du juge. La CJCE a ainsi dégagé deux principes fondamentaux : l’effet direct et la primauté du droit communautaire sur notre droit national.

Nous nous interrogerons sur la question de savoir si l’effet direct, la primauté du droit communautaire sont appliqués par le juge national, ceci sans trop de difficultés. Le juge national respecte-t-il les principes de la hiérarchie des normes lorsque qu’il interprète ces dernières ?

\textsuperscript{154} Bonnechère (M.), « Le droit européen peut-il poser les bases d’un droit commun social ? », \textit{Dr. Ouvrier} 1999, p.404.
CHAPITRE I : LA HIERARCHIE DES NORMES

La primauté du droit communautaire comme le principe d’effet direct ont été dégagé par la jurisprudence de la CJCE et ne font pas l’objet de mesures particulières instituées dans un quelconque traité.

Section I – La primauté du droit communautaire

Dans chaque Etat membre, aujourd’hui, coexiste le droit national et le droit communautaire. Une telle coexistence nous amènent à nous interroger sur leur rapport l’un à l’autre lors de l’émergence d’un conflit.

Cette primauté du droit communautaire est à la fois reconnue par le Conseil d’Etat et par la Cour de cassation. Elle est reconnue aussi bien par rapport à une convention internationale, un règlement ou une directive communautaire. De même, une loi postérieure à l’entrée en vigueur d’une disposition communautaire s’efface si elle apparaît incompatible avec l’une de ces sources communautaires. La primauté du droit communautaire sur le droit national est donc affirmée et confirmée.

§1. Fondement de la primauté

A – Présentation du principe

Ce principe signifie que l’ordre juridique communautaire l’emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques des Etats membres. En cas de conflits, les seconds doivent ceder face au premier.


Reconnaître le principe de la primauté du droit communautaire permet de conférer à la Communauté l’efficacité juridique indispensable à son fonctionnement.

Par cette reconnaissance, la Communauté peut mener à bien sa mission c'est-à-dire réaliser les objectifs communs fixés par les traités. Si le principe de primauté du droit communautaire n’était pas reconnu vis-à-vis des droits nationaux, le droit communautaire n’aurait eu aucune chance d’être porteur d’une quelconque influence, aucune raison d’exister. La Communauté peut réaliser un progrès considérable en matière social, ceci justifie qu’on lui confère des « armes » pour la réalisation efficace de sa mission. La primauté du droit communautaire lui est ainsi conférée.

Le droit communautaire s’intègre au sein de notre droit national, ce qui engendre, inévitablement des conflits entre ces deux ordres. Il n’est pas clairement affirmé cette primauté du droit communautaire sur le droit national au sein du traité CE. En effet, la volonté des Etats membres n’était peut être pas celle de consacrer un tel principe de primauté des normes communautaires, à l’époque de la construction communautaire. La construction européenne ne pouvait alors, se réaliser que par brides successives, progressives, en respectant la volonté étatique.

Contrairement au droit national, les Etats membres poursuivent un objectif commun en adhérant aux traités européens. Or, en ce qui concerne le droit international, les Etats ont l’entièrte liberté d’adhérer à l’ensemble du traité, d’écarter certaines dispositions du traité. En matière de traité international, ce dernier ne pourra être opposable à l’Etat qui n’y a pas adhéré. Les Etats membres de la Communauté doivent respecter l’intégralité du droit communautaire puisque par leur seule qualité d’Etat membre, ils acceptent de se soumettre à l’intégralité des normes européennes pour la réalisation des objectifs communs.

Qu’indique les traités instituant la Communauté à propos de la place des normes communautaires au sein du droit national des Etats membres ?

Les articles 86 C.E.C.A, 5 C.E., 192 C.E.E.A. indiquent que les Etats membres « s’abstiennent de toutes mesures susceptibles de compromettre la réalisation des buts du traité ». On ne peut que constater l’hésitation à affirmer une primauté générale du droit communautaire. Il est, en effet, difficile pour les Etats de consentir à se soumettre à un ordre supra national, renonçant par la même à une partie de leur souveraineté.

L’article en vigueur aujourd’hui est l’article 10 du traité CE énonçant « Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l’exécution des
obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l’accomplissement de sa mission.

Ils s’abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».

Ce principe de primauté du droit communautaire a ainsi été affirmé par le droit national lui-même et plus particulièrement par la Constitution française en son article 55. Il ne peut y avoir en France de plus belle et solide consécration que celle réalisée par la Constitution, norme suprême.

B – L’affirmation de la primauté par la jurisprudence

L’arrêt *Humblet* en 1960 reconnaissait implicitement la primauté du droit communautaire157.

L’arrêt *Costa*158 rendu par la CJCE le 15 juillet 1964 pose le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national. La Cour rappelle la volonté de créer un ordre juridique propre à la Communauté par un transfert de compétence consenti par les Etats membres. Le corollaire de cette construction juridique empêche les Etats membres d’opposer une norme nationale contraire au droit communautaire. Ce dernier est caractérisé par sa force exécutive qui ne pourrait varier d’un Etat à l’autre.

Par de nombreuses décisions, la Cour a sans cesse affirmée la primauté du droit communautaire. L’arrêt du 13 juillet 1972 *Commission c/ Italie*159 nous indique que « l’invocation de dispositions de droit interne de quelque nature qu’elles soient […] ne saurait prévaloir sur le droit communautaire ». Par l’arrêt du 7 juillet 1973160, la Cour réitère cette analyse : « les dispositions du droit communautaire primaient toute norme nationale qui leur serait contraire ».

Cette primauté affirmée par la Cour vaut par rapport à toute norme nationale y compris les dispositions constitutionnelles des Etats membres. Ces dernières ne peuvent être utilisées

---


158 CJCE, *Costa c/ E.N.E.L*, 15 juillet 1964, aff. 6/64, p.1141


pour mettre en échec le droit communautaire\textsuperscript{161}. Cependant, en droit français, la primauté du droit communautaire est assurée par la Constitution. La Constitution apparaît par la même, norme supérieure puisqu’elle permet à la norme communautaire de tenir une place au sein de la hiérarchie des normes de droit interne.

Certains auteurs\textsuperscript{162} mettent en évidence les difficultés rencontrées par la Cour de Luxembourg à démontrer une évidence à savoir le principe de primauté du droit communautaire sur les droits nationaux. L’existence même du droit communautaire suppose sa supériorité sur les droits nationaux. Monsieur le Professeur Virally, s’exprimait de la sorte à propos du droit international : « Nier sa supériorité revint à nier son existence \textsuperscript{163} ». La primauté est nécessaire au droit communautaire, elle ne peut s’entendre sans ce dernier.

Pour certains, il est une évidence que primauté et droit communautaire sont indissociables. Dans cette logique il n’est point besoin de promulguer le principe de primauté du droit communautaire.

Ces réflexions doivent cependant être relativisées. Le principe de primauté du droit communautaire n’est point une évidence pour les Etats membres, d’une part par l’existence dans un grand nombre de pays de la supériorité absolue de la Constitution nationale et la transgression du droit communautaire par l’édiction de normes nationales contraires (il s’agit principalement de lois postérieures au droit communautaire).

Il apparaissait donc nécessaire pour la Cour d’affirmer ce principe de primauté. Ce principe de primauté apparaît donc comme un avertissement pour les Etats membres transgresseur du droit communautaire. Une règle affirmée, consacrée par la Cour ne peut pas par la suite, admettre une quelconque transgression.

Des dérogations au droit communautaire sont possibles avec son autorisation selon les articles 15, 93§3, 223à 225 du traité CE.

\textbf{§ 2. Portée et conséquences}
La primauté du droit communautaire peut en quelque sorte freiner la volonté des Etats d’établir des normes nationales contraire au droit communautaire. Quel serait l’intérêt pour un Etat d’édicter des normes inapplicables puisque contraire au droit communautaire ? Les conflits de normes existent cependant entre droit national et communautaire.

A - L’impossibilité de principe d’établir un droit national contraire au droit communautaire

Quelle conséquence principale découle de l’application de la primauté du droit communautaire ?

Cette primauté signifie qu’en principe les Etats membres ne devraient pas édicter des normes contraires au droit communautaire en présence.

Certes, il est compréhensible qu’existe antérieurement à la promulgation de ce principe, des normes nationales contraires au droit communautaire mais il apparaît choquant que postérieurement, des normes nationales soient de nouveau contraires aux normes communautaires. A quoi sert l’édiction de normes internes contraires au droit communautaire si le juge français ne peut les appliquer en vertu du principe de primauté du droit communautaire ?

Ainsi en présence d’une loi nationale contraire au droit communautaire, un conflit de normes se dessine clairement.

Cette impossibilité d’établir un droit national contraire au droit communautaire garantit l’uniformité du droit communautaire. Dans l’affaire Costa, la Cour s’exprimait ainsi : « la force exécutive du droit communautaire ne saurait […] varier d’un Etat à l’autre ».

Monsieur le Professeur Carreau s’exprimait dans ce sens : « C’est bien le principe de primauté qui commande l’application uniforme et simultanée du droit communautaire dans l’ensemble de la Communauté ». Pour une application uniforme du droit communautaires au sein des ordres juridiques nationaux, il est essentiel que l’application du droit communautaire soit intégrale, on parle alors de « plénitude de l’effet du droit communautaire ». Le principe

164 Les lois nationales antérieures, contraires au droit communautaire sont abrogées par le fait de l’entrée du droit communautaire au sein de notre droit communautaire.

de primauté du droit communautaire est ainsi total, intégral, s’imposant avec la même force quelque soit l’Etat membre.

B – Les conflits de normes nationales et communautaires

1/ Les solutions doctrinales

a) le dualisme

Selon cette théorie, l’ordre international et l’ordre interne sont deux ordres juridiques distincts, égaux et indépendants ; la valeur des règles de droit de l’un de ces ordres est absolument indépendante de l’autre. Les deux ordres n’interfèrent pas entre eux, le droit interne concerne l’individu, tandis que le droit international public s’adresse aux États. Ainsi, pour créer des droits et obligations envers les individus, la norme internationale doit se "transformer" en norme interne. Il s’opère ainsi une véritable mutation quant à la nature juridique de cette norme dans l’ordre interne ; Cette dernière devient une norme interne et est appliquée comme telle.

Si l’on adopte la théorie dualiste, la nécessaire transformation de la norme internationale au sein du droit interne implique qu’il ne peut y avoir de conflit entre normes de droit interne et normes internationales. Le conflit de normes est résolu au sein de l’ordre interne selon la hiérarchie des normes, la norme de degré supérieure l’emportant sur celle de degré inférieur. La règle "lex posterior derogat" ne joue que pour des normes de même valeur. La norme la plus récente l’emporte sur celle plus ancienne. Ainsi, le juge pourra être amené à rejeter une norme à l’origine internationale du fait de l’application de la théorie dualiste. L’adoption d’une telle théorie ne permet pas d’appliquer le principe de la primauté du droit communautaire.

L’étude de la théorie dualiste permet de mieux comprendre les solutions adoptées dans les États membres la reconnaissant en ce qui concerne les rapports du droit interne et du droit communautaire.

Sans critiquer cette théorie, nous pouvons démontrer qu’elle ne répond pas, en certains points aux exigences de la primauté communautaire. Le dualisme n’est pas compatible avec

---

169 Ceci a été la solution adoptée par l’Italie, la R.F.A.
l’existence de normes internationales *self executing*. Ces normes doivent s’appliquer directement dans l’ordre interne des Etats membres et ainsi être invocable par les justiciables.

La France n’a point consacré cette théorie lacunaire. Elle a préféré la théorie moniste, qui a l’avantage de respecter le principe de primauté du droit communautaire. L’influence du droit communautaire sur le droit français en général est ainsi respectée.

b) Le monisme, solution adoptée par la France

L’ordre juridique international et l’ordre interne sont liés entre eux. Ces deux ordres sont ainsi imbriqués l’un à l’autre, une transformation de la norme internationale au sein de l’ordre interne n’est pas indispensable. Contrairement à la théorie moniste, la règle *lex posterior derogat* ne pourra jouer lors d’un conflit de normes. La solution pour régler le conflit se trouve dans le principe de la supériorité de la norme internationale sur la norme interne. Ainsi la France, par la reconnaissance de la théorie moniste assure la primauté du droit communautaire sur le droit interne.

Quelle est la position de la jurisprudence internationale par rapport à l’adoption de la théorie moniste ou dualiste par l’Etat membre ? Les Etats membres peuvent-ils délibérément réfuter la primauté du droit international ?

Lors de l’affaire Georges Pinson rendue par la commission franco-mexicaine du 10 octobre 1928, le principe de la primauté des normes internationales était clairement avancé : « il est indiscutable que le droit international est supérieur au droit interne » ou encore la C.P.J.I. au sein d’un avis consultatif rendu le 31 juillet 1930 : « il est incontestable et contesté que le droit international est supérieure au droit interne ». La Cour permanente de justice internationale ne s’est, cependant, pas prononcée sur la validité interne violant le traité, elle se contente de rappeler la responsabilité de l’Etat. Ainsi, aucune réponse n’est apportée sur l’applicabilité effective de la norme internationale par le juge national préférant appliquer sa norme nationale. Les deux thèses ne sont donc point remises en cause. Il faut noter que l’adoption d’une mesure *self –executing* marque l’abandon de la théorie dualiste.

L’article 55 de notre Constitution permet de rendre compte la tendance moniste de la France : « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès lors publication

---

72

---

Lorsque l’on parle de jurisprudence internationale, il s’agit d’y englober la jurisprudence communautaire, de même lorsque l’on évoque le droit international nous y incluons le droit communautaire. Les principes développés au niveau international proprement dit, s’applique également au niveau strictement communautaire.
une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie ».

En revanche, notre Constitution n’impose pas au juge une application effective du principe de primauté. Un principe comme celui de la primauté, ne disposant d’aucun garde fou, c'est-à-dire sans aucune assurance d’effectivité a-t-il un intérêt ? L’enjeu de tout principe est bien entendu son application effective. Il est regrettable que la Constitution n’ait pas imposé l’effectivité de ce principe, ceci en permettant au juge d’écarter une norme interne contraire au droit communautaire au profit de ce dernier. En effet, notre système ne permet pas le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois.

Comment le juge appréhendera le principe de primauté alors même que la norme suprême ne lui impose pas l’applicabilité du droit communautaire ?

2/ Les solutions jurisprudentielles

a) Les solutions de la CJCE

Dans l’arrêt Simmenthal, la CJCE s’exprime catégoriquement sur la solution à apporter à un tel conflit : « le juge national chargé d’appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l’obligation d’assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu’il ait à demander ou à attendre l’élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ».

Le juge a ainsi la faculté de suspendre son propre droit national contraire au droit communautaire au profit de l’application de ce dernier. Plusieurs réflexions peuvent s’exprimer. Dans la mesure où nos juges français éprouvent encore aujourd’hui des difficultés à maîtriser parfaitement le droit communautaire et à en connaître sa portée exacte, il apparaît utopique de considérer qu’un juge national, de son propre chef, n’appliquerait point son droit national qu’il maîtrise parfaitement au profit du droit communautaire. De plus, si la norme nationale contraire au droit communautaire était une loi, il s’érigerait en tant que « sanctionnateur » du législateur. Quand serait-il alors sur séparation des pouvoirs entre le législatif et le judiciaire instauré par la Constitution française ? Il aurait été plus judicieux que le traité lui-même prévoie cette autorité au juge et non la jurisprudence de la Cour.

L’arrêt Simmenthal rendu par la CJCE bouleverse, en quelque sorte, certains de nos principes constitutionnels.

b) Les solutions apportées par la jurisprudence française

Lors d’un conflit entre le droit communautaire et le droit national, la jurisprudence applique aujourd’hui le principe de primauté du droit communautaire en écartant toute norme nationale contraire, exception faite de la Constitution restant la norme suprême.

Mais ceci n’a point toujours été le cas. Il nous faut distinguer la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d’Etat.

α) La jurisprudence de la Cour de cassation

En ce qui concerne la Cour de cassation, dès 1975, par l’arrêt Jacques Vabre\textsuperscript{173}, le droit communautaire l’emporte sur les lois mêmes postérieures. La Cour de cassation se réfère à l’article 55 de la Constitution donnant au traité une autorité supérieure à celle des lois mais aussi aux « spécificités du droit communautaire : un ordre juridique propre est intégré à celui des Etats membres ; il est directement applicable aux ressortissants de ces Etats et crée à leur profit des droits ; cet ordre juridique s’impose aux juridictions nationales qui doivent donc garantir ces droits aux justiciables et éventuellement même à l’encontre de la loi, fût elle postérieure\textsuperscript{174} ».

La primauté du droit communautaire est ainsi reconnue par la Cour de cassation. Le Conseil d’Etat, quant à lui, a manifesté plus de réticence à admettre cette primauté.

β) La jurisprudence du Conseil d’Etat

Le Conseil d’Etat admettait la prééminence des normes communautaires sur les lois antérieures, l’arrêt Syndicat des fabricants de semoule de France en était la parfaite illustration\textsuperscript{175}. Cette reconnaissance ne valait point en ce qui concerne les lois postérieures.


\textsuperscript{174} FIESH-VIVET (P.), « L’impact de la communauté européenne sur le droit du travail français », RJS 10/90, Etudes et Doctrines, p.504.

\textsuperscript{175} Arrêt rendu par la Cour de cassation le 1er mars 1968 ; Rev. Dr. europ. 1968, p. 388 ; Journ.dr.intern., Clunet, 1968, p. 316 ; Rev.crit.dr.intern.privé 1968, p. 516, note Kovar (R.) ; AJDA 1968, p. 235, conclusion Questiaux (N.).
Il faut attendre l’arrêt Nicolo du 20 octobre 1989176 pour que le Conseil d’Etat reconnaisse la primauté du droit communautaire sur une loi postérieure contraire.

Il apparaît curieux que la jurisprudence de nos juridictions nationales ne coïncident pas en ce qui concerne un sujet aussi important. Comment peut-on mettre en place un droit communautaire qui a pour mission d’harmoniser les législations des Etats membres si au sein de notre pays, il y a des divergences quant à l’appréciation du droit communautaire et plus particulièrement sa place au sein de notre carcan juridique ?

De plus, le Conseil d’Etat fut la dernière juridiction suprême des douze à ne pas consacrer la primauté du droit communautaire sur les lois postérieures.

Les limites afférentes au principe de la primauté du droit communautaire peuvent découler de l’intérêt supérieur des Etats177. En effet ce principe peut se trouver fortement compromis lorsque la mise en œuvre de normes communautaires touche à des questions qui sont d’un intérêt « vital » pour les Etats, sans concerner forcément une compétence exclusive178. La souveraineté de l’Etat reprendrait le dessus ceci au nom d’une question fondamentale dont l’Etat seul serait le plus à même de solutionner. A titre d’exemple, nous pouvons évoquer la crise de juillet 1965 où le gouvernement français a dénié toute efficacité juridique aux textes du traité de Rome qui institue le vote majoritaire au sein du Conseil en maintenant la règle de l’unanimité179.

Pour que ceci ne se reproduise plus pour l’avenir, la coopération entre les Etats membres et la Communauté doit toujours et encore être renforcée.

Affirmer la primauté du droit communautaire ne garanti pas son applicabilité directe dans l’ordre interne des Etats membres. Ainsi la portée du principe de la primauté dépend


177 GARRON (R.), « Réflexions sur la primauté du droit communautaire », RTD. Eur. 1969, p.44.

178 GARRON (R.), op. cit. p.44.

179 LE BARON SNOY ET D’OPPUERS, « Les objectifs du traité de Rome peuvent ils encore être atteints ? » in Chronique de politique étrangère, Institut royal des relations internationales, Bruxelles, vol. XX, n°6, novembre 1967, p.653 : « Les grandes questions ne pourraient pas être prises à l’extérieur de la souveraineté française. En d’autres mots, la France n’accepte pas la délégation de pouvoirs aux institutions de la Communauté pour des questions d’intérêt vital ». 75
étroitement de l’étendue de l’applicabilité directe c'est-à-dire de l’immédiateté des normes communautaires.

Section II – Le principe d’effet direct

Une norme communautaire prime sur le droit communautaire mais n’est pas forcément directement applicable au sein de notre droit interne. Une transformation du droit communautaire est parfois nécessaire pour que ce dernier soit applicable en droit interne.

§ 1. Fondement

Ce principe d’effet direct se réfère à la force juridique des sources du droit communautaire.

L’effet direct est également appelé immédiateté. Par l’arrêt Costa, la Cour affirme que « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international…dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants ». Les mesures prises par la Communauté produiront des droits non seulement envers les Etats membres mais également envers les individus. L’individu est ainsi au cœur même du système producteur de normes communautaires.

Si le droit communautaire engendre des obligations à la charge des particuliers devant respecter ce dernier, il est également créateur de droit dans le patrimoine juridique des individus.

L’applicabilité directe réfute la thèse dualiste puisque la Cour de Luxembourg pose la règle générale selon laquelle les dispositions communautaires directement applicables « pénètrent dans l’ordre juridique interne sans le secours d’aucune mesure nationale ». La Cour condamne la pratique italienne soit la théorie dualiste, de la réception des normes communautaires dans l’ordre interne. L’effet direct du droit communautaire était ainsi clairement affirmé.

\[180\] HENNON-MOREAU (S.), « L’influence du droit social communautaire sur le droit interne », Dr.soc. 1992, p. 736.


\[182\] CJCE, arrêt du 3 avril 1968, Firma Molkerei, aff. 28/67, Rec. 1968.211, p.228.


76

Selon la CJCE, l’applicabilité directe signifie que « les règles (du droit de l’Union) doivent déployer la plénitude de leurs effets, d’une manière uniforme dans tous les Etats membres, à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité188 ». 

Quant à l’effet direct, « c’est le droit reconnu aux particulier d’engager une action en justice contre l’application des disposition nationales contraires à une règle communautaire ou même le droit d’exiger de l’Etat qu’il conforme ses actions aux obligations que les directives émanant de la Communauté lui imposent189 ». 

En revanche, en ce qui concerne les dispositions qui ne sont pas directement applicables, l’Etat devra adopter une mesure permettant l’applicabilité de la norme communautaire en droit interne. La directive en est l’illustration parfaite puisqu’une transposition en droit interne est nécessaire pour que, cette dernière produise un quelconque effet auprès des justiciables. Concrètement, les Etats membres devront prendre des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nécessaires à la réalisation des objectifs fixés190. Le champ d’intervention de l’Etat dépendra de la précision de la directive. Les directives sont en effet de plus en plus précises, s’échappant par la même de leur finalité consistant à déterminer un objectif commun aux Etats, les moyens pour accéder à cette objective étant laissés à la libre appréciation de l’Etat.

---

184 C’est-à-dire auto exécutoire.
185 Disposition suffisamment précise pour être applicable directement par le juge français.
Qu’implique l’effet direct ? Pour qu’une norme, soit dotée de l’effet direct cela implique une certaine clarté, une certaine précision. La mise en œuvre de la norme ne doit point dépendre de l’accomplissement d’un acte au sein de notre droit français.

Les règlements sont directement applicables dans l’ordre juridique interne tandis que les directives doivent être transposées dans l’ordre interne par la mise en place de mesures nationales. Ainsi, les règlements sont directement applicables et confèrent des droits aux justiciables. Avant le délai normal de transposition, la directive n’a aucun effet direct. Les directives ne peuvent être directement invoquées par des particuliers contre des particuliers : l’applicabilité directe horizontale n’est pas reconnue aux directives. En revanche, ces dernières lient les Etats en conférant des droit aux particuliers et des obligations aux Etats : il s’agit ici de l’applicabilité directe verticale.

Le principe d’effet direct a principalement été déterminé et justifié par la Cour dans l’arrêt Van Gend and Loos. Pour qu’une norme communautaire soit directement applicable en droit interne, l’obligation inscrite au sein de la norme communautaire doit être claire, inconditionnelle, n’être assortie d’aucune réserve des Etats de subordonner sa mise en œuvre à un acte positif de droit interne. La Cour précise sur ce propos que l’obligation en cause devait être « assortie d’aucune condition ni subordonnée, dans son exécution ou dans ces effets, à l’intervention d’aucun acte soit des institutions de la Communauté, soit des Etats membres ».

Ainsi, pour produire des effets directs entre les justiciables et les Etats membres, l’obligation tirée de la norme communautaire doit être « complète, juridiquement parfaite ».

§ 2. Les extensions du principe

La CJCE a étendu la portée de l’effet direct du droit communautaire aussi bien sur le plan vertical qu’horizontal. Cependant, l’effet n’est pas le même selon les sujets considérés.

A – L’effet direct vertical affirmé

192 CJCE, Van Gend & Loos, op. cit, n°128.
193 __________________________
Pour illustrer notre propos, nous prendrons l’exemple de la directive.


La directive non encore transposée peut être opposée à l’Etat mais cette dernière ne peut remettre en cause un acte administratif individuel, selon la jurisprudence Cohn Bendit. On parle ainsi d’effet vertical.

La Cour a étendu l’effet vertical du droit communautaire en reconnaissant de plus en plus le caractère immédiat du droit communautaire tant au niveau du droit originaire que du droit dérivé tels directives, règlements. Ainsi, un plus grand nombre de directives est susceptible de produire des effets directs dans le droit interne des Etats membres. Ces directives seront ainsi opposables à l’Etat membre lié à ces dernières de les respecter.

Au sein de l’arrêt Van Gend and loos, la Cour de justice considère que bien que les Etats membres sont les sujets des normes communautaires, les individus n’en sont pas moins les bénéficiaires étant titulaires de droits envers l’Etat.

Il s’agit de l’effet direct vertical. Au sein d’un arrêt dit l’arrêt Becker, on peut en déduire qu’avant l’expiration du délai de mise en œuvre, les directives sont obligatoires à l’égard des seuls Etats membres, lesquels doivent prendre des mesures nécessaires. Après l’expiration de ce délai, la directive est susceptible de produire un effet direct vertical si l’Etat n’a pas ou n’a correctement mis en œuvre la directive. Les particuliers pourront se prévaloir des dispositions de la directive à l’encontre de l’Etat si celles-ci remplies trois conditions : elles doivent être suffisamment précises, inconditionnelles et n’exiger aucune mesure d’exécution communautaire ou nationale.

Ainsi, l’Etat en tant qu’employeur doit respecter toutes les directives transposées ainsi que celles non encore transposées mais dont le délai de transposition est expiré. L’influence

---

194 Bonnechère (M.), De la connaissance et de l’usage du droit communautaire dans la pratique du droit social, dr. ouvrier, 2000, p. 91.
196 CJCE, 19 janvier 1982, Becker, aff. 8/81, p.53.
du droit communautaire pour le salarié du secteur public est ainsi maximum. Son employeur, l'Etat étant directement lié par le droit communautaire, il doit par la même, respecter ses engagements pris au niveau communautaire. La protection du fonctionnaire est assurée contre toutes déviances d son employeur l'Etat.

En terme général, le particulier pourra ainsi exigé de l'Etat respecte les normes communautaires dont il est parti.

L’effet direct vertical, s’il n’est pas respecté, engendre des sanctions à l’encontre de l’Etat. En revanche, il est interdit aux Etats d’opposer aux particuliers le non accomplissement par ceux-là des obligations leur incombant.

Le principe « d’estopel » ne peut s’appliquer qu’aux seuls Etats, il est inapplicable à des personnes privées, tout effet horizontal doit être écarté.

L’effet direct vertical ne pose pas de problème conséquent en pratique. Il n’en ai pas de même qu’en il s’agit des relations entre les individus c’est-à-dire lorsqu’il s’agit de l’effet direct horizontal. L’effet direct horizontal répond à la question suivante : Quel effet engendre la norme communautaire concernant un tiers, le particulier ?

B – L’effet direct horizontal tempéré

L’effet direct horizontal des normes communautaires peut être qualifié comme les rapports juridiques interpersonnels entre individus.

Des difficultés liées à cette notion apparaissent lorsque l’Etat ne transpose pas ou mal les dispositions d’une directive. Dans l’arrêt Ratti, la CJCE affirme qu’il est indispensable que le délai de transposition soit écoulé pour que le particulier puisse se prévaloir de cette directive soit invoque l’effet direct.

Les justiciables peuvent-ils se prévaloir directement de cette directive contre d’autres individus ?

L’effet horizontal des directives n’est pas reconnu. En effet, un particulier ne peut invoquer une directive à l’encontre d’un autre particulier.

Comme nous venons de l’évoquer précédemment, il a été admis par la Cour de justice que les dispositions d’une directive non transposée peuvent être opposées à l’Etat- employeur

ou à ses services\textsuperscript{199} en application de l’effet direct vertical. L’arrêt \textit{Von Colson}\textsuperscript{200}, rendu par la CJCE en est une parfaite illustration. Une femme dont la candidature à un emploi a été écartée au profit d’un candidat masculin, invoque le bénéfice de la directive 76/207 relative à l’égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d’emploi, de formation et de promotion professionnelle, dans l’objectif d’obtenir réparation du préjudice subi. Dans cette affaire l’employeur relève de l’autorité publique\textsuperscript{201}. L’effet vertical ne pose donc aucun problème. Lorsque l’employeur est une personne publique, on ne parle pas d’effet direct horizontal mais d’effet direct vertical. En effet, le préjudice subi par le particulier du fait de la non transposition de la directive ou de la transposition incorrecte a pour auteur l’Etat. Ce qui importe pour déterminer l’effet des normes communautaires sont les sujets de droit en cause.

En revanche, un salarié ne peut invoquer une directive non transposée à l’encontre de son employeur, personne privée. Les avocats généraux le 14 juillet 1994\textsuperscript{202}, ont demandé à la CJCE un revirement au nom de « l’application uniforme et efficace » du droit communautaire. La CJCE exclut l’invocabilité des directives non transposées entre salariés et employeurs.

N’est-il pas choquant qu’un salarié ne puisse pas se prévaloir d’une directive non encore transposée en droit interne mais, plus favorable que le droit national ? Cette directive ne devrait-elle pas primer sur notre droit national, peu importe si la transposition s’est opérée ?

De plus, une discrimination intolérable se dessine entre les salariés du public et ceux du privé. En effet, le fonctionnaire pourra invoquer la directive non encore transposée envers son employeur, l’Etat.

Cependant, si l’effet horizontal n’est pas admis entre le salarié et son employeur, la directive pourra être invoquée devant le juge national, dont la mission est d’interpréter les dispositions du droit national « dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci\textsuperscript{203} ». Les juges français


\textsuperscript{201} L’employeur allemand n’était autre qu’un organisme du Land de Rhénanie-Westphalie.

\textsuperscript{202} CJCE, le 14 juillet 1994, \textit{Paola Facini Dori}, aff. 91/92, \textit{Rec.} 3325.

recherche l’effet utile ainsi qu’une application efficace des normes. L’affaire Renault Vilvorde en est une parfaite illustration. Dans cette affaire, l’interprétation judiciaire fait référence à la charte des droits sociaux fondamentaux. L’effet utile de la consultation des représentants des travailleurs est exigé par les directives sur les transferts d’entreprise ou les licenciements collectifs. La CJCE aboutit en définitive à reconnaître un effet horizontal indirect des directives.

Ainsi, la Cour admet qu’une directive soit invoquée par un particulier contre un autre particulier, mais, indirectement, dans la mesure où cette invocation est destinée à éclairer les dispositions de droit national ou à en remodeler les solutions. En revanche, lorsque le droit national est inconciliable avec la directive, l’obligation d’interprétation conforme et donc l’effet horizontal indirect disparaissent, ceci au nom de la sécurité juridique.

Cependant, un grand nombre d’auteurs considère un « retour en arrière de la CJCE dans l’arrêt Marshall ». Dans cette affaire, la requérante se prétend victime d’une discrimination en s’appuyant sur la directive 76/207. La CJCE n’a point confirmée son raisonnement émis au sein des arrêts Von Colson et Hartz. En l’espèce, la requérante est employée par un hôpital public, par conséquent la Cour aurait pu éviter d’aborder la délicate question de l’effet direct horizontal. En l’espèce, la Cour énonce le caractère contraignant de l’article 189 du Traité concernant la possibilité d’invoquer une directive devant une juridiction nationale, ceci seulement à l’encontre d’un Etat membre destinataire. Par conséquent, une directive « ne peut pas aller elle-même créer des obligations dans le chef d’un particulier ». Il s’ensuit qu’une disposition d’une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l’encontre d’une telle personne.

L’arrêt Marshall confirme cette distinction injuste entre les droits des employés du public et du privé, ne reconnaissant point d’effet direct vertical.

L’invocabilité d’une directive par un particulier dépendra de la notion d’État. Considère-t-on comme État toutes collectivités territoriales et l’ensemble de leur

---

204 T.G.I. de Nanterre, le 4 avril 1997 et C.A. de Versailles, le 7 mai 1997, CGE et Société Renault, Dr. Social, p.504 et 506, chronique de MOREAU (M-A), observations de LYON-CAEN (A.).
205 Assemblée plénière de la Cour de cassation, 16 mars 1990, Dr. soc. 1990, p.410, concl. Doutemille.
207 CJCE, op. cit. note n°143.
208 CJCE, 10 avril 1984, Harz, aff.79/83, Rec., p. 1921.
administration ou ne s’agit il pas de l’Etat dans son sens le plus strict ? La Cour a retenu la première solution dans un arrêt Fratelli Costanzo\textsuperscript{209}. La notion d’Etat apparaît parfois comme une notion à contenu variable, difficile à appréhender.

La reconnaissance de la notion d’Etat est délicate. En effet, il existe également des situations où cette notion d’Etat posera quelques difficultés. Il en est ainsi pour les entreprises récemment privatisées, la notion d’Etat leur sera appliquée\textsuperscript{210}. Ainsi, l’effet direct d’une directive est susceptible de ne point être appliqué selon le contrat du salarié\textsuperscript{211} (public ou privé), selon le moment où le salarié invoque la directive (avant ou après la privatisation\textsuperscript{212}). Ceci s’est vérifié dans l’affaire Foster où l’opposabilité d’une directive a été admise, dans la mesure où à l’époque des faits, British Gas était une émanation de l’Etat-employeur, alors que la privatisation intervienne quelques semaines plus tard aurait impliqué une solution radicalement opposée pour un litige strictement identique, au nom de l’absence d’effet direct horizontal des directives\textsuperscript{213}. D’après la jurisprudence de la CJCE, on peut considérer comme absurde cette différence de situation et conclure à une généralisation de l’effet direct horizontal des dispositions précises et inconditionnelles des directives.

De plus une discrimination entre les Etats membres existe, puisqu’il dépendra de la reconnaissance de la notion d’Etat si la mission est gérée par un organisme privé ou public. Dans certains Etats une mission aura le caractère de service public, l’effet direct pourra alors être doté de son plein effet. En revanche une même mission pourra purement relever du privé et ainsi il ne saura possible de reconnaître un quelconque effet direct à une directive.

La jurisprudence dégagée par l’arrêt Marshall a été confirmée en ce qui concerne les conditions pour invoquer l’effet direct horizontal. Les dispositions de la directive, selon l’arrêt

\textsuperscript{210} CJCE, 12 juillet 1990, Foster, aff. C 188/89, Rec., p. 3313. En l’espèce, il s’agissait d’une société de gaz récemment privatisée. La Cour décide que « un organisme qui, quelque soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d’un acte de l’autorité publique d’accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d’intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers ».
\textsuperscript{211} CJCE, 12 décembre 1974, Walrave et Koch, aff. 36/74, Rec., p. 1405.
\textsuperscript{212} La privatisation peut retirer la mission de service public à l’organisme et par la même le priver des pouvoirs exorbitants qui lui était auparavant conféré.
\textsuperscript{213} S\textsc{imon} (D.) et R\textsc{igaux} (A.), « L’arrêt Marshall II et l’effet des directives : une solution d’espèce à une question de principe ? », Europe, octobre 1993, p.3.
Marleasing\textsuperscript{214}, doivent être claires, précises, inconditionnelles et n’ont pas été correctement transposées ou n’ont pas respecté les délais imposés.

La Cour, dans l’arrêt Francovish\textsuperscript{215}, rappelle les principes dégagés à l’arrêt Marleasing et ajoute que la responsabilité de l’Etat peut être engagé si les conditions des dispositions des directives énoncées au sein de l’arrêt Marshall sont remplies Un préjudice est en effet créé au particulier.

Selon l’arrêt Marleasing, la Cour a estimé « qu’en appliquant le droit national, qu’il s’agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l’interpréter est tenu de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci et se conformer ainsi à l’article 189 alinéa 3 du Traité ».

De même, dans l’arrêt Wagner Miret\textsuperscript{216}, la Cour précise « que lorsqu’elle interprète et applique le droit national, toute juridiction nationale doit présumer que l’Etat a eu l’intention d’exécuter pleinement les obligations découlant de la directive concernée ».

La marge de liberté des Etats et des juridictions nationales est donc étroitement encadrée puisque est reconnu l’effet direct vertical. De plus, certains auteurs\textsuperscript{217} considèrent que l’effet direct horizontal est consacré : la directive non encore transposée sert de « référent » dont le juge national doit tenir compte.

Une possibilité de recours est ouverte aux particuliers, celle de s’adresser à la Commission européenne pour la convaincre d’entamer une procédure d’infraction contre l’Etat. Le particulier peut également engager la responsabilité de l’Etat, devant une juridiction administrative, du fait de la non application du droit communautaire, lorsque le délai de transposition est expiré.

Un deuxième concept a été dégagé par la Cour européenne des droits de l’Homme, celui « des obligations positives »\textsuperscript{218}.


\textsuperscript{216} CJCE, 16 décembre 1993, Wagner Miret, Rec., p. 6911.

\textsuperscript{217} CALVO (J.), « Les directives communautaires non transposées en droit national », Petites affiches, n° 80, 6 juillet 1998, p. 7.

La Cour européenne des droits de l’Homme, dans son arrêt Airey, énonçait « protéger des droits non pas théoriques ou illusoires mais concrets et effectifs ». La Cour interprète la convention européenne des droits de l’Homme au nom de l’effectivité des droits affirmés. A titre d’illustration au sein de notre jurisprudence nationale, nous pouvons retenir l’arrêt Bozkurt rendu par la Cour de cassation, reconnaissant implicitement l’autorité interprétative de la jurisprudence européenne.

Le juge n’a aucune difficulté à reconnaître la supériorité du droit communautaire mais il n’a reconnu que plus tardivement son effet direct. Reconnaître à la fois à la norme communautaire la primauté et l’effet direct permet une application de ce dernier. Par ces deux principes, la CJCE a permis un déploiement progressif du droit communautaire.

Au sein de l’arrêt Simmenthal, la CJCE analyse les conséquences de cette combinaison de ces deux principes. Ils permettent de « déployer la plénitude de leurs effets, d’une manière uniforme dans tous les Etats membres à partir de leur entrée en vigueur et pendant toute la durée de leur validité ».

Un droit communautaire inappllicable ou sans effet est un droit communautaire qui n’existe pas. Il faut s’intéresser aux moyens existants pour garantir l’application effective du droit communautaire au sein de notre droit interne.

Ne pourrait-on pas consacrer l’effet direct horizontal ?

Pour répondre à cette interrogation, il nous faut analyser les conséquences de cette reconnaissance au sein de notre droit interne.

Admettre l’effet direct horizontal, permettrait de ne plus distinguer les sujets de droit. Peu importe si l’employeur est l’Etat ou une personne privée, le salarié pourrait se prévaloir de la directive mal ou non transposée. Ceci permettrait de mettre un terme définitif aux discriminations existant entre les employés selon le caractère privé ou non de l’employeur.

---


La reconnaissance de l’effet direct horizontal serait une avancée considérable pour le droit communautaire. Sa place au sein de notre droit interne serait affirmée. Evolution pour le droit communautaire lui-même mais aussi évolution notoire pour tous les citoyens de la Communauté et plus particulièrement pour l’ensemble des salariés de la Communauté.

Il faut noter également les conséquences pour les employeurs. La directive serait reconnue alors que l’Etat ne l’a point ou mal transposé. Au même titre que nul n’est censé ignorer la loi puisque toute loi fait l’objet d’une publication au journal officiel, on pourrait transposer cet adage : « nul n’est censé ignorer les directives ». Toute directive est publiée au journal officiel des Communautés européennes. La publication au JOCE pourrait être obligatoire, ainsi la directive serait connue de tous. Or qu’est ce qui empêche le particulier d’avoir connaissance du droit communautaire au même titre qu’il a connaissance du droit national et d’en tenir compte ? Par cette publication au JOCE, la sécurité juridique est respectée puisque les directives sont portées à la connaissance de tous.

De plus, cette reconnaissance de l’effet direct horizontal permettrait de ne plus faire de distinction entre le droit originaire, souvent self-exécuting et le droit dérivé.

Une telle analyse est aujourd’hui réaliste puisque la pratique démontre que les directives décrivent de moins en moins les objectifs communs des Etats à atteindre mais se révèlent de plus en plus précises laissant une marge de main d’œuvre à l’Etat relativement restreinte.

On remarquera que le principe d’immédiateté n’est ni consacré par un traité originaire de la Communauté ni par aucune source nationale. Mais ne parait-il pas évident que l’efficacité d’une norme dépend de son application ? Toute norme édictée doit être en principe appliquée.

Affirmer la primauté du droit communautaire n’a de sens et d’efficacité que si le droit communautaire a non seulement une effectivité dans le droit interne mais aussi qu’il soit directement applicable en droit interne.

221 JOCE
Pour permettre au droit communautaire d’avoir une certaine influence en droit interne, il faut non seulement affirmer des principes comme la primauté du droit communautaire, son effet direct en droit interne, mais aussi donner les moyens à la Communauté de mener sa mission de progrès social, permettre au droit communautaire d’être effectif au niveau de son application. Un droit communautaire dont l’application effective ne pourrait être mise en place équivaut à un droit communautaire inexistant.

Section I - Les difficultés rencontrées dans l’application du droit communautaire sur le droit interne

Les difficultés rencontrées au niveau de l’applicabilité du droit communautaire dans notre droit interne se manifeste à plusieurs niveaux. Ces difficultés d’application touchent l’ensemble des sujets de droit, confrontés de près ou de loin au droit communautaire : l’État, les partenaires sociaux, le juge ou encore les particuliers.

Des moyens sont conférés aux États, aux justiciables et à la Communauté pour permettre le respect des normes communautaires. En effet, si aucune sanction n’existait pour parer à tout comportement contraire de l’état du droit communautaire, ce dernier n’aurait aucun effet au sein de notre droit national. Le droit communautaire n’aurait ainsi aucune influence dans l’ordre interne. Mais, il en va autrement puisque la Communauté a mis en place des sanctions envers tout contrevenant. Le droit communautaire peut ainsi être effectif au sein de notre ordre et produire tous les effets escomptés.

§ 1. Les difficultés rencontrées au niveau étatique

L’État français, malgré son rôle moteur au sein de la Communauté, transgresse parfois le droit communautaire. Toute transgression de ce dernier se traduit par une négation du droit communautaire, ne pouvant pleinement produire tous ses effets. Si, pendant longtemps l’État se révelait le seul à mettre en place le droit communautaire au sein de notre ordre juridique, il
est aujourd’hui concurrencé par les partenaires sociaux. Ces derniers ont un rôle majeur à jouer tant au niveau de l’élaboration du droit communautaire\textsuperscript{222} que de sa mise en œuvre.

A – Le respect des obligations de l’Etat

1/ Les engagements de l’Etat

L’Etat, en participant à la Communauté européenne se lie à cette dernière, notamment en respectant les engagements auquel il est parti.


Les normes communautaires posant le plus de difficultés quant à leur respect sont les directives. En effet, contrairement aux règlements, elles ne sont pas d’application directe, une transposition est ainsi nécessaire pour qu’elles soient effectivement applicables.

Ainsi, deux difficultés principales se rencontrent au niveau de la transposition des directives. D’une part, la directive doit être correctement transposée et d’autre part, l’Etat français\textsuperscript{223} doit respecter les délais de transposition.

Nous ne retracerons pas les différentes obligations inhérentes à l’Etat membre comme nous l’avons auparavant fait au sein de la première partie. Notre objectif est de mettre en évidence les difficultés rencontrées par l’Etat français.

Quelles sont les raisons conduisant l’Etat à ne point respecter ses obligations communautaires ? Est-ce une volonté de l’Etat de s’opposer à l’application effective du droit communautaire (expression de sa souveraineté) ou ne serait-il pas, plutôt question de problèmes techniques, difficultés à concilier le droit communautaire avec le droit national, malgré la volonté de l’Etat de s’y conformer ?

\textsuperscript{222} Le rôle joué par les partenaires sociaux au niveau de la phase d’élaboration du droit communautaire a été principalement abordé au sein de notre première partie à propos de l’encadrement des compétences de la Communauté.

\textsuperscript{223} Comme tous les Etats membres de la Communauté.
Par l’exemple du travail de nuit des femmes\textsuperscript{224}, nous démontrerons à la fois la volonté de l’État français de transposer les directives communautaires tout en ne respectant pas certaines obligations apparaissant comme élémentaires, celle d’abroger l’ancien texte.

En l’espèce, une directive communautaire du 9 février 1976\textsuperscript{225} permet le travail de nuit des femmes. Or en France, il est tout à fait interdit pour une femme de travailler la nuit sauf dérogations exceptionnelles. L’article L.123-1 du Code du travail\textsuperscript{226} est introduit dans le droit interne français par la loi du 13 juillet 1983. Cette loi transcrit en partie la directive précitée. Le travail de nuit des femmes est permis en droit français. Cependant, l’article L. 213-1 du Code du travail est maintenu, or il prohíbe le travail de nuit des femmes.

La France fut ainsi condamnée pour non respect de la directive du 9 février 1976 par la CJCE le 25 juillet 1991. En effet c’est à l’État qu’incombe la charge de la transposition c’est à dire de l’application effective du droit communautaire.

Certes, la France a pris en considération les exigences des normes internationales qui prohibaient le travail de nuit des femmes. Le débat relatif à la hiérarchie des sources communautaires et internationales n’est point résolu, cela aurait parmi de donner une explication claire au comportement de la France. Mais dans une telle hypothèse, pourquoi la France aurait transposé pour partie la directive par l’article L. 123-1 ?

La logique aurait voulu que la France, dès lors qu’elle transposait la directive abroge par la même l’article L. 213-1 interdisant le travail de nuit des femmes.

Aujourd’hui, après les condamnations de la Communauté, la France a enfin abrogé l’article L. 213-1 du Code du travail. Il aura fallu que s’écoule une trentaine d’années pour qu’enfin la France soit en conformité avec le droit communautaire.

A ce sujet, on peut noter le laxisme de la France qui n’a point abroger l’article 213-1, mais ce laxisme n’est-il pas lié à la contradiction existante entre les normes de l’OIT et celles de la Communauté européenne ? Absence de volonté de l’État de se conformer au droit
communautaire ou difficultés inhérentes à cette contradiction des normes, nous ne pouvons répondre de façon tranchée, sûrement est il question de ces deux points de vue.

Relativisons notre propos, certes de véritables difficultés apparaissent au niveau de notre ordre juridique tant au niveau de la transposition des directives que de l’application en général, du droit communautaire mais il existe un grand nombre de réussite de la pénétration du droit communautaire au sein de notre droit interne. Donnons comme exemple, la directive du 15 décembre 1997 relative à la preuve en matière de discrimination sexuelle. La loi du 16 novembre 2001 ayant transposée cette directive, étend le bénéfice de la preuve en toute matière et non seulement en matière sexuelle.

2/ Le respect du droit communautaire par le législateur

Si l’État en tant que tel, s’engage à respecter le droit communautaire, le législateur, producteur de normes étatiques, doit lui aussi respecter l’ensemble du droit communautaire.

La Cour de justice, le 25 octobre 1988 relate un manquement au droit communautaire concernant une convention collective accordant certains droits exclusivement aux femmes. En l’espèce, il s’agissait d’avantages tels l’avancement, l’âge de la retraite, l’obtention de congé pour enfants malades, l’octroi de jours supplémentaires de congés annuel par enfant ou encore le bénéfice de pauses journalières pour les femmes travaillant sur matériel mécanographique…

La loi du 13 juillet 1976 (principalement l’article L. 123-1 du Code du travail) est en conformité avec la directive du 9 février 1976. Cependant, elle indique dans son article 19, que, demeuraient en l’état les dispositions conventionnelles antérieures, alors même qu’elles seraient discriminatoires. La CJCE condamne donc les différences de traitements entre hommes et femmes dont la loi se fait la promotrice.

Ainsi, suite à la décision de la Cour de justice, une loi du 2 avril 1989227 prévoit pour les organisations liées par une convention de branche une obligation de négocier pour remédier aux inégalités, et par un accord général et interprofessionnel du 23 novembre 1989, les partenaires sociaux s’engagent à mettre les accords collectifs en harmonie avec la directive européenne avant juillet 1991228.

Dans un esprit de respecter la décision de la CJCE, les juges du fond, peu de temps après ont considérés qu’une prime de crèche réservée exclusivement aux mères constituait une violation du principe d’égalité.

Le législateur manifeste, en l’espèce un intérêt particulier au respect du droit communautaire.

**B – Le rôle donné aux partenaires sociaux**

Nous avons évoqué, au sein de la première partie, les compétences conférées aux partenaires sociaux au niveau de l’élaboration du droit communautaire.

Il sera question au sein de ce développement, de mettre en évidence les difficultés rencontrées par les partenaires sociaux au niveau de l’application du droit communautaire.

En effet, le dialogue social engagé, permettant la mise en œuvre des décisions prises au niveau communautaire, pourra être l’œuvre des partenaires sociaux. Ils vont intervenir d’une part, par la procédure de transposition d’un accord collectif européen et d’autre part, au niveau de la transposition d’une directive par convention collective.

Après l’élaboration de l’accord collectif européen, les partenaires sociaux ont la possibilité de mettre en œuvre cet accord au niveau de l’Etat membre par voie de négociation. En aucun cas, l’Etat n’est contraint de confier la transposition d’un accord collectif européen. Les partenaires sociaux ont donc un champ d’application limité puisqu’il ne leur est pas assuré une participation active à la procédure de transposition de l’accord collectif européen.


---

228 **FIESCHI- VIVET (P.), « L’impact de la Communauté européenne sur le droit du travail français », RJS, 10/90, p. 505.**

La seconde procédure permettant l’intervention des partenaires sociaux est celle de la transposition d’une directive par convention collective\textsuperscript{230}. Cette procédure n’est point obligatoire pour l’État mais est une possibilité : « un État membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre de directives prises en application des articles 2 et 3 »\textsuperscript{231}. Les partenaires sociaux doivent ainsi mener un rôle actif puisque le déclenchement d’une telle procédure ne peut avoir lieu que par demande conjointe de ces derniers. Ceci dépendra, en premier lieu de la notion même de représentativité pour déterminer les partenaires sociaux pouvant participer à cette procédure.

Cette notion est-elle identique à celle retenue par notre droit français au niveau interne ou est il question d’une notion autonome, distincte de la nôtre ? La Commission européenne retient sa propre définition\textsuperscript{232}.

De plus, les partenaires sociaux ont une obligation de négociation et non de conclusion d’accords collectifs. Ceci aura une incidence notoire sur les délais à respecter pesant sur l’État. En effet, les délais de transposition pèsent sur l’État même si la transposition de la directive est effectuée par les partenaires sociaux. Ainsi, une situation de blocage peut apparaître. C’est ainsi que l’État n’hésitera pas à dessaisir les partenaires sociaux de la transposition en cas de retard dans la transposition des directives. La prééminence des pouvoirs publics existe bien par leur action de contrôle. Les partenaires sociaux ne bénéficient pas, en l’espèce d’une véritable autonomie dans la transposition des directives.

Pour une participation active des partenaires sociaux au niveau européen, ces derniers doivent manifester leur volonté de participation et mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à la réalisation de normes négociées.

D’autre part, au niveau de l’élaboration d’accord collectif, les institutions communautaires doivent faire confiance aux partenaires sociaux en leur conférant une partie de leur pouvoir normatif du domaine social. Mais sont-elles vraiment prêtes à collaborer activement avec les partenaires sociaux ? Sont-elles prêtes à perdre une partie de leur

\textsuperscript{230} Art. 137 du TCE.

\textsuperscript{231} Art. 137 du TCE.

\textsuperscript{232} Les partenaires sociaux jouant un rôle au niveau européen doivent être représentatifs c'est-à-dire « être organisés au niveau européen, interprofessionnel ou sectoriel ; être composés d'organisations reconnues comme faisant partie intégrante des structures des partenaires sociaux des États membres et avoir la capacité de négocier des accords, être dans la mesure du possible représentatives dans les États membres et enfin de disposer de structures adéquates leur permettant de participer de manière efficace au processus de consultation. »

92
exclusivité de l’initiative et de la décision dans le domaine social au profit des partenaires sociaux 233 ?

De plus, l’Etat est-il prêt à conférer sa mission de transposition des directives aux partenaires sociaux c'est-à-dire plus largement sa mission de mise en œuvre du droit communautaire ?

Les difficultés concernant l’applicabilité du droit communautaire se rencontrent également au niveau du juge et du justiciable.

§ 2. Les difficultés afférentes au juge et aux parties

Les juridictions nationales sont confrontées à l’interprétation des normes communautaires, elles peuvent ainsi poser des questions préjudicielles. L’obligation de loyauté permet également une application conforme du droit communautaire.

Quant aux parties, elles sont soucieuses de bénéficier des dispositions protectrices du droit communautaire. Si au niveau national, le droit communautaire n’est pas toujours respecté, des voies interétatiques sont ouvertes aux justiciables.

A – Le juge et l’interprétation du droit communautaire

Le juge national est habituellement considéré comme le juge naturel du droit communautaire et en particulier juge naturel du droit social européen. La difficulté majeure rencontrée par le juge national est liée à l’application du droit social communautaire soit à l’interprétation de ce dernier.

La CJCE est la juridiction communautaire compétente pour interpréter le droit communautaire c'est-à-dire le Traité et le droit dérivé.

Il s’agit de répondre à l’exigence de coopération entre le juge national et la Cour de justice 234. Cela est destiné à assurer « l’uniformité d’interprétation et d’application du droit communautaire » 235.

1/ Le renvoi préjudiciel


Les juridictions nationales des États membres ont la possibilité ou l’obligation, selon le cas, de saisir la CJCE lorsqu’une question de droit communautaire leur pose problème pour résoudre le litige\textsuperscript{236}.

Le juge national doit interpréter le droit national de transposition « à la lumière du texte et de la finalité de la directive concernée \textsuperscript{237} ». Il devra ainsi se conformer à l’interprétation de la norme communautaire donnée par le juge communautaire. Ainsi, il sera assuré la conformité des solutions fondées sur le droit national avec les exigences des directives communautaires\textsuperscript{238}.

Toutefois, si une incompatibilité insurmontable survint entre normes communautaires et internes, le juge national a la faculté d’écarter les normes internes contraires au droit communautaire, de son propre chef. Cependant, il ne peut écarter l’application d’une règle constitutionnelle qui serait contraire au droit communautaire\textsuperscript{239}. Le juge national a l’obligation de résoudre le litige, à peine de déni de justice.

Si un doute se révèle relatif aux dispositions communautaires, le juge a la faculté d’interpréter\textsuperscript{240} ce dernier. Un texte communautaire clair et précis ne suscite aucune ambiguïté quant à son interprétation, encore faut-il que le juge national fasse preuve de bonne volonté dans l’application du droit communautaire.

Il dispose de la faculté d’exercer un recours préjudiciel lorsque la norme communautaire n’est point claire et précise selon le juge national ou si la question n’a pas déjà été soumise à la Cour de Justice des Communautés européennes. Toute décision interprétative de la Cour de justice vaut pour l’avenir en présence d’une espèce similaire.


\textsuperscript{236} Art. 234 du TCE.


\textsuperscript{238} RODIERE (P.), « Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », Dr. ouvrier, 2000, p. 122.


\textsuperscript{240} Dans l’arrêt Nouvenmacher du 9 juin 1964. Aff. 92/64, Rec. 1964, p. 557.
Le juge national dispose ainsi d’une liberté indéniable quant à l’appréciation d’un recours préjudiciel éventuel. Toutefois, l’obligation de renvoi existe lorsque la décision est insusceptible de recours devant une juridiction interne. La décision de la CJCE s’impose alors à la juridiction nationale.

Monsieur le Professeur Boulouis évoque le caractère d’autonomie laissé aux juridictions de l’État dans le règlement des conflits. La Cour de justice intervient en dernier ressort, sauf volonté du juge national de saisir la Cour de justice avant l’épuisement des voies de recours.

Est-ce une bonne chose pour le justiciable pour l’accès au droit communautaire ? Ne faudrait-il pas rendre obligatoire la saisine de la Cour de justice pour un renvoi préjudiciel dès lors qu’une ambiguïté dans l’interprétation du droit communautaire existe ?

Le respect d’une application conforme du droit communautaire par le juge national se manifeste par l’existence de sanctions comme par exemple le manquement de l’État.

Mais ne serait-il pas plus judicieux de prévenir la dérive étatique en lui imposant des obligations en amont ce qui permettrait une meilleure protection du justiciable et limiterait par ailleurs les manquements des États membres ? De plus, l’obligation de renvoi permettrait une interprétation uniforme au sein de la Communauté. Parfois, un texte communautaire a l’aspect clair peut faire l’objet de multiples interprétations.

L’obligation du renvoi préjudiciel est en pratique difficile à mettre en place puisqu’il équivaudrait à limiter fortement la théorie de l’acte clair, trop souvent invoquée par le juge national. De plus, un encombrement des affaires devant la CJCE serait inéluctable. Le juge national au lieu d’être considéré comme le juge naturel du droit communautaire se verrait priver de sa contribution à l’interprétation du droit communautaire.

Le renvoi préjudiciel demeure aujourd’hui une faculté pour le juge national. Dans un certain cas, une obligation, lorsque toutes les voies de recours ont été épuisées. Il est exclu dans trois cas : « lorsque la question soulevée n’est pas pertinente (une question n’ayant aucune influence sur la résolution du litige), lorsque la question soulevée est matériellement identique à une question qui a déjà donné lieu à une décision préjudicielle, et enfin lorsque le

241 Il en est ainsi en France, lorsqu’une affaire a été portée devant la Cour de cassation ou le Conseil d’État.

Le juge national constate que l’application correcte du droit communautaire s’impose avec une telle évidence qu’elle ne laisse place à aucun doute raisonnable »

Le renvoi préjudiciel n’a d’intérêt qu si l’est fréquemment utilisé par les juridictions nationales en cas de doute dans l’interprétation du droit communautaire. Or, en pratique, le juge national ne sollicite que très rarement l’avis de la CJCE dans la résolution des litiges. Le juge français utilise trop souvent la « théorie de l’acte clair ». Cette théorie lui permet de passer outre l’avis de la CJCE en considérant la clarté dans l’interprétation du droit communautaire alors que ce dernier pose en réalité, problèmes. La possibilité, laissée au juge national, d’interpréter les dispositions communautaires ne constitue-t-elle pas un danger réel ?

Parfois, au contraire, le juge national utilisera avec finesse le mécanisme du renvoi préjudiciel, lui permettant d’obtenir une nouvelle jurisprudence sur un domaine ayant déjà fait l’objet d’un renvoi préjudiciel.

L’interprétation de la juridiction communautaire produit un effet « erga omnès ».

L’utilité du renvoi préjudiciel est d’éviter toute condamnation de la France. Par exemple, il peut arriver que la France soit condamnée pour transposition incorrecte d’une directive, ceci par une interprétation erronée du juge national.

On assiste ces dernières années à une communautarisation c’est-à-dire à une réduction des compétences dévolue à la Cour de justice du fait du renvoi préjudiciel facultatif, renvoi dont les juges nationales n’utilisent que trop peu au nom le plus souvent, de la théorie de l’acte clair.

2/ L’obligation de loyauté

244 RODIÈRE (P.), « Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », Dr. ouvrier, 2000, p. 121.
245 BONNECHÈRE (M.), « De la connaissance et de l’usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », Dr. ouvrier, 2000, p. 89.
246 La décision de la CJCE s’impose à tous, au-delà de l’espèce.
247 RODIÈRE (P.), « Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », Dr. ouvrier, 2000, p. 121.
L’obligation de loyauté s’adressant à l’Etat est inscrite au sein du traité de la Communauté européenne, dans son article 10 : « Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l’exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l’accomplissement de sa mission

Ils s’abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité ».

Il s’agit du principe de bonne foi lié à la règle « pacta sunt servanda » c'est-à-dire que chaque Etat doit respecter les obligations convenues au niveau communautaire. Cette obligation de loyauté s’impose par là même au juge.

Le juge doit agir avec diligence, dans le respect du droit communautaire et de son esprit. L’obligation de loyauté fait également référence à la coopération se traduisant souvent par le renvoi préjudiciel.

Cette obligation consiste à « prendre en compte l’intérêt communautaire, même dans la sphère des compétences proprement nationales, en d’autres termes, de tirer dans son ordre interne, les conséquences de son appartenance à la Communauté »

Le juge français, au nom de la coopération loyale écartera les normes de droit interne contraire au droit communautaire. A ce titre, la jurisprudence Simmenthal se fait l’écho d’un tel principe : les juridictions nationales ont l’obligation d’assurer le plein effet du droit communautaire « en laissant inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure ».

L’obligation de loyauté du juge national se retrouve dans la technique de l’interprétation conforme.

Selon le traité, « les recommandations et les avis ne lient pas ». Pourtant, selon l’arrêt du 13 décembre 1989, rendu par la CJCE, « les juges nationaux sont tenus de prendre les recommandations en considération en vue de la solution des litiges qui leur sont soumis, notamment lorsqu’elles sont de nature à éclairer l’interprétation d’autres dispositions nationales ou communautaires ».


Comment le juge national doit-il appréhender les textes internationaux et en assurer le respect ?

Il s’agit ici de l’expression même de l’obligation de loyauté. En effet il pèse sur le juge national une obligation morale de respecter l’esprit communautaire, respecter l’essence même de la Communauté.

Le juge national doit appliquer le droit communautaire, l’interpréter sans le dénaturer à défaut, il opérera un renvoi préjudiciel.

Cette obligation permet le respect du principe de la primauté du droit communautaire. Le juge national a le devoir de laisser inappliquer toute disposition contraire de la loi nationale que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire avec laquelle elle se trouve en conflit.

Le droit communautaire est un bouleversement profond au sein de notre ordre interne. En effet, il englobe des principes généraux sur lesquels s’opère son développement. La Cour de justice assure le respect des droits fondamentaux de l’Homme\(^2\). C’est ainsi que « l’Union est fondée sur les principes de liberté, de la démocratie, du respect des droits de l’Homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l’Etat de droit, principes qui sont commun aux Etats membres\(^2\) ».

L’obligation de loyauté du juge français s’inscrit dans cette optique du respect de ces principes, le fondement même de la Communauté se référant aux droits fondamentaux.

**B – L’invocabilité des sources communautaires par les parties**

Un droit communautaire dont l’application ne serait pas effective pour les parties est un droit qui ne produit aucun effet concret soit un droit inexistant.

La Cour de justice a consacré le droit au juge. Les particuliers doivent avoir accès aux juridictions étatiques comme interétatiques, sous forme de recours contre l’Etat en cas de transgression du droit communautaire.

1 / La consécration du droit au juge

\(^2\) ROBIN- OLIVIER (S.), « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d’Amsterdam », *Dr. soc.* 1999, p. 612.

Le « droit au juge » est une formule de l’avocat général Darmont dans ses conclusions rendues dans l’affaire *Johnson*\textsuperscript{253}. Elle correspond à l’exigence d’un contrôle juridictionnel effectif en vue d’assurer la garantie des droits issus du droit communautaire. Selon Madame le Professeur Burgorgue – Larsen\textsuperscript{254}, « toute infraction au droit communautaire de la part des autorités nationales doit faire l’objet d’un contrôle juridictionnel ».

En effet, les justiciables ne peuvent être privés, par le seul effet des règles procédurales internes, du droit de faire valoir par voie juridictionnelle, les droits qui leur sont reconnus par le droit communautaire.

Le juge national est investi de la plénitude des compétences lui permettant d’apprécier librement la conformité au droit communautaire de la mesure nationale contestée devant lui, sans qu’une règle ou un principe de droit interne ne puisse l’entraver\textsuperscript{255}.

a- Les protections étatiques du respect du droit communautaire

Le droit au juge consiste pour les Etats membres, à prendre les mesures permettant aux personnes s’estimant lésées par le non respect du droit communautaire, de faire valoir leur droit par voie juridictionnelle\textsuperscript{256}.

Certains principes dégagés par le droit communautaire comme l’égalité de traitement entre travailleurs sans distinction des origines, l’interdiction de discrimination du travailleur étranger, ne peuvent être invoqués que par certains individus : les travailleurs communautaires. Sont considérés ainsi, les salariés ayant migrés pendant leur vie professionnelle au sein de la communauté européenne dans un pays autre que celui d’origine\textsuperscript{257}. Ainsi un salarié français exerçant exclusivement sa profession en France ne peut

\textsuperscript{253} CJCE, arrêt *Johnson*, 15 mai 1986, aff. 222/84, Rec., p. 1651.
\textsuperscript{254} BURGORGUE – LARSEN (L.), Cours de « Droit public de l’Union européenne », Université de Rouen, 2000-2001, p. 94.
\textsuperscript{256} RODIERE (P.), « Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », Dr. ouvrier, 2000, p. 120.
prétendre à la protection conférée par ces principes du droit communautaire, le droit interne s’appliquera.

Il est incontestable, comme le constate le Professeur Kovar, que « l’effectivité du droit communautaire est profondément conditionnée par les voies de droit ouvertes aux individus et par les pouvoirs reconnus aux juridictions nationales258 ».

Est reconnu aux tribunaux étatiques, l’autonomie juridictionnelle et procédurale. Ceci ne doit, en aucun cas, avoir pour effet d’anéantir ou même de réduire la protection juridictionnelle des droits tirés par les particuliers des normes communautaires.

Les conditions imposées par le droit interne ne saurait, de quelque manière que se soit, rendre impossible l’exercice des droits conférés par l’ordre juridique communautaire259.

Au sein d’un procès, les particuliers ont la possibilité d’invoquer le droit communautaire. Cette invocation dépendra principalement du respect des principes de primauté du droit communautaire, d’effet direct. En toute logique, le juge national doit écarter toute disposition interne contraire au droit communautaire260.

Cette protection conférée par le juge national aux justiciables doit être directe, immédiate et effective261. Ce sont les États membres dont il incombe d’assurer aux justiciable une protection effective262 aux droits tirés des normes communautaires.

Parfois, il arrive que le juge invoque seulement le droit national. Que peut faire alors le particulier face à cette omission préjudiciable ?


258 KOVAR (R.), « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire » in Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Institut d’études européennes, Université libre de Bruxelles, Bruxelles : Larcier, 1978, p. 245.


260 CJCE, arrêt Simmenthal, op. cit

261 CJCE, arrêt Société par actions Salgoil c/ Ministère du commerce extérieur de la République italienne, aff. 13/68, Rec., 1968, p. 675.

normes infra constitutionnelles françaises. Le particulier dans ce cas, se réfère indirectement
au droit communautaire en invoquant une norme nationale, la Constitution.

De même, il peut invoquer directement le Traité comportant l’obligation violée. A ce
titre, l’article 300 du traité CE énonce que les accords lient les Etats.

Deux démarches sont ainsi possibles, l’une nationale (la Constitution est invoquée),
l’autre internationale (le traité est directement invoqué en son article 300 par exemple).

Le particulier invoque directement le droit communautaire ne nécessitant pas de
transposition dans le droit interne comme le droit originaire, les règlements communautaires.

En revanche, les directives ne peuvent être invoquées devant une juridiction étatique,
que si le délai de transposition a été violé et ceci qu’envers l’Etat263. Le juge national saisi par
un justiciable qui s’est conformé à une directive non encore transposée, alors qu’existe une
norme interne contraire, devrait faire droit à cette demande en écartant la disposition
nationale, dans la mesure où, la directive était inconditionnelle et suffisamment précise264.
Ainsi, le justiciable pourra se prévaloir de cette directive non transposée envers l’Etat
defaillant265.

Si la directive a été transposée, les justiciables devront se prévaloir des dispositions
législatives et réglementaires de transposition. La norme interne de transposition doit être
interprétée conformément à la directive266.

Le juge national « a l’obligation d’appliquer intégralement le droit communautaire et
de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers 267 ».

Si tout particulier peut invoquer le droit communautaire devant le juge national, il peut
egalement le faire devant le juge communautaire sous certaines conditions. L’accès au droit
communautaire a lieu au niveau national, mais ce droit au juge a également lieu au niveau
communautaire.

b - Les protections interétatiques du respect du droit communautaire

263 Voir précédemment l’effet direct horizontal et vertical.
265 Idem.
266 CJCE, arrêt Von Colson, 10 avril 1984, aff. 14/83, Rec., p. 1891.
α – Devant la Cour de justice des Communautés européennes

En ce qui concerne le recours en manquement, le salarié doit s'adresser à la Commission, gardienne du Traité. Elle veille au respect de l’ordre juridique communautaire. Elle procèdra, dans un premier temps à une enquête. Cette action auprès de la Commission pour le respect des normes communautaire peut aboutir à une condamnation pour manquement, prononcée par la Cour de justice si la Commission décide de poursuivre l’Etat, en entamant une procédure d’infraction.

L’un des exemples les plus significatifs est celui d’une plainte reçue en plusieurs exemplaires au sujet du nombre d’heures de travail par semaine dans les hôpitaux et services assimilés de la Communauté autonome de Galice en Espagne.

Cette procédure a été également utilisée à propos de travailleurs frontaliers, occupés en France, qui s’étaient vu refuser le bénéfice des cartes SNCF de réduction sur les transports ferroviaires, au motif qu’ils ne résidaient pas en France. Cette pratique, contraire à la règle de l’égalité en matière d’avantages sociaux entre les travailleurs migrants communautaires, a été modifiée sous la simple menace d’une procédure d’infraction.

Le dépôt de plainte auprès de la Commission peut être pour l’Etat défaillant une véritable menace d’une éventuelle condamnation dont il préfère éviter. Ainsi, la situation du justiciable sera en conformité avec le droit communautaire avant même la condamnation de cet Etat.

β- Devant la Cour européenne des droits de l’Homme

La Convention européenne des droits de l’homme peut être invoquée à deux niveaux, soit au niveau international, devant la Cour européenne des droits de l’homme, soit au niveau national, devant les juridictions françaises.

268 Art. 284 du TCE
269 Etant donné que le règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 s’applique aux travailleurs frontaliers, la Cour de justice a jugé qu’un Etat ne saurait subordonner l’octroi d’un avantage social à une condition de résidence sur le territoire national (CJCE, Meints, 27 novembre 1997, aff. 57/96, Rec., p. 6689).
270 BONNECHÈRE (M.), « De la connaissance et de l’usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », Dr. ouvrier, 2000, p. 91.
La France a ratifié de nombreuses conventions internationales en matière de protection des travailleurs. Il est possible, que ces dernières ne prévoient pas des mesures permettant de sanctionner leur non application ou leur violation par un recours individuel. Cependant, un tel recours est prévu pour la Convention européenne des droits de l’Homme. La compétence de la Cour européenne s’étend à toutes les affaires concernant l’interprétation et l’application de la Convention européenne des droits de l’Homme. Elle ne peut s’exercer qu’à l’égard des États qui l’ont reconnu comme obligatoire de plein droit, tel est le cas de la France.\(^{271}\)

Le contrôle opéré par la Cour européenne n’a point pour objectif de trancher un litige mais de rappeler éventuellement les États à leurs devoirs, sans rien pouvoir imposer au juge national. Ce principe a été rappelé par la chambre criminelle de la Cour de cassation.\(^{272}\) La Convention est considérée comme respectée lorsque la norme nationale présente une proximité suffisante avec la norme européenne.\(^{273}\)

Pour quelles matières violées, le travailleur pourra-t-il invoquer la Convention européenne ?

La Convention, en son article 4, interdit l’esclavage, le travail forcé ou la servitude. Elle interdit, en son article 8, le non respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance. Cette protection de la vie privée vaut également au travail. A l’article 9 est proclamé la liberté de pensée, de conscience et de religion. Quant à l’article 14, il interdit les discriminations dans la jouissance des droits garantis.

Le travailleur peut également invoquer la Convention devant les juridictions nationales, par exemple, lors d’une discrimination (différence de traitements, discrimination entre hommes et femmes…), pour non respect de sa vie privée au travail (on peut donner comme exemple le respect de la différence sexuelle, la prise en compte de la situation familiale du travailleur), de sa correspondance (respect du courrier électronique au travail), de sa liberté religieuse (respect du culte du salarié).

Des restrictions aux droits proclamés par la Convention peuvent être apportées mais doivent être justifiés par la nécessité de la défense d’un intérêt supérieur et être proportionnel au but poursuivi.

\(^{271}\) \textit{Richevaux (M.), « La Cour Européenne des Droits de l’Homme peut choisir… », Dr. ouvrier, 1989, p. 274.}
La Convention protège ainsi l’individu en tant que travailleur. Dans l’affaire Abraam⁷⁴, l’article 8 de la Convention a été invoqué devant la Cour de cassation pour non respect de la vie privée du salarié par le fait que son employeur le contraignait à travailler à son domicile. La Convention européenne a donc une influence certaine dans le droit interne puisque le juge national s’y réfère explicitement.

En cas de non application de la part de nos tribunaux français de la Convention, le travailleur peut saisir la Cour européenne des droits de l’Homme. La saisine de la Cour européenne par le justiciable doit répondre à certaines conditions de recevabilité. Tout d’abord l’épuisement des voies de recours effectives. Il doit y avoir violation de la Convention c'est-à-dire préjudice personnel et direct. De même, une personne n'ayant pas bénéficié d’un procès équitable dans un délai raisonnable a le droit de saisir la Cour. Le travailleur doit être personnellement lésé dans un domaine intéressant la Convention⁷⁵.

La Cour de cassation affirme que « les décisions rendues par la Cour européenne des droits de l’homme (...) n’ont aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales ».

Comment est-il concevable que l’application et l’interprétation de la convention des droits de l’Homme reste sans effet en droit interne alors que la Convention affirme, dans son préambule, la « nécessaire conception commune des droits de l’homme dont se réclament les gouvernements signataires⁷⁶ » ?

2 / La protection au provisoire

Cette protection au provisoire a été consacrée par la Cour de justice dans l’arrêt Factortame⁷⁷. La Cour a confirmé l’obligation de la part des tribunaux nationaux, d’accorder la protection judiciaire en question à des droits de nature communautaire ayant un effet direct, même si l’existence définitive de tels droits dépendait d’une décision ultérieure de la Cour de Luxembourg⁷⁸.

---

⁷⁴ Ceci a été développé précédemment, p. 88.
⁷⁵ ANCEL (J.P.), « La prise en compte du droit international et communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in Etudes Alain Plantey, p. 67.
⁷⁶ CJCE, arrêt Factortame, 19 juin 1990, aff. C-213/89
⁷⁷ Id., La Cour a considéré que « serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d’un ordre juridique national ou toute pratique, administrative ou judiciaire qui aurait pour effet de diminuer l’efficacité du droit communautaire... ». 104
Le juge du provisoire doit lui aussi faire respecter le principe de primauté. Le justiciable bénéficie donc d’une protection indéniable au niveau de l’applicabilité effective du droit communautaire.

Cette deuxième partie nous permet de démontrer l’influence certaine du droit communautaire au sein du droit interne par une applicabilité effective. Mais, pour une influence pleine et entière du droit communautaire, il est nécessaire qu’existent des « gardes fous ». L’existence de la sanction permet, la plupart du temps d’éviter la violation ou la non application du droit communautaire. Cependant, si l’Etat ne respecte pas les normes communautaires, il sera sanctionné. Une force incontestable est ainsi dévolue au droit communautaire.

Section II – Les moyens existants pour une application effective du droit communautaire

A travers l’étude de la primauté du droit communautaire et de son effet direct, nous avons pu mettre en évidence les difficultés rencontrées à appliquer concrètement ces principes.

Pourquoi de telles difficultés existent au niveau de l’application effective du droit communautaire ?

Une règle est facilement transgressée si aucune sanction dissuasive n’est mise en place à l’encontre de l’Etat désobéissant.

§1. Le fondement du recours en manquement

A – Le principe
L’interprétation du droit communautaire a été principalement précisée grâce aux recours en manquement. Le recours en manquement permet de faire condamner l’État ne respectant pas la transposition des directives européennes dans le délai donné.

L’article 228 du traité de la Communauté européenne dispose : « si la Cour de justice reconnaît qu’un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombe en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l’exécution de l’arrêt de la Cour de justice ». Ne respectant pas l’article 228, l’État engagera sa responsabilité.

Le manquement a un aspect protéiforme. Il se caractérise par de multiples facettes. Ce recours condamne un grand nombre de comportements répréhensibles de l’État.

Il peut tout d’abord s’agir d’une violation de toutes les obligations qui découlent des sources du droit communautaire (droit primaire ou dérivé).

Le manquement peut également découler d’une violation d’une jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

Il peut couvrir des situations variées comme l’adoption d’un texte contraire aux sources du droit communautaire, ou le fait de ne pas adopter un texte, l’adoption d’un texte remplissant imparfaitement les obligations de l’État.

Cela concernera aussi bien un acte positif (adopter un texte contraire au droit communautaire) que passif (ne pas adopter un texte).

La Cour de justice agit ainsi pour permettre le respect du droit communautaire par l’État. La sécurité juridique des individus est ainsi respectée.

Est considéré comme manquement le fait que le Parlement ne modifie pas les dispositions nationales incompatibles avec le droit communautaire dans les délais qui lui sont impartis, la France encourt une condamnation pour manquement.

La condamnation en manquement implique l’exécution de l’arrêt de la Cour dans les délais fixés. A défaut, la Cour de justice peut infliger à l’État condamné, le paiement d’une somme forfaitaire ou d’une astreinte279.

Il est indispensable que la Communauté dispose d’un instrument efficace, sanctionnant le comportement répréhensif des États membres afin d’assurer que ces derniers respectent leurs obligations découlant du droit communautaire280.

279 Article 228 du TCE
Ainsi, pour qu’un Etat soit condamné effectivement au paiement d’une somme d’argent, il doit souvent réitérer son manquement c'est-à-dire réitérer sa volonté de ne point se conformer au droit communautaire.

L’influence du droit communautaire au sein de notre ordre juridique est par la même, malmenée. Si la mise en conformité du droit interne au droit communautaire n’est pas spontanée, la Communauté a cette possibilité de contraindre l'Etat à s’y conforter.

La France est l’un des pays où le recours en manquement est le plus introduit contre lui\textsuperscript{281}.

Ainsi, la France, dans certains domaines du droit du travail se fait l’écho d’une mauvaise élève, en étant condamné pour manquement.

B – Les condamnations répétitives de la France

On peut noter le nombre important de directives communautaires non transposées ou de transposition tardive au sein de notre ordre juridique. Il est rare que les directives soient transposées rapidement. Dans ce cas, la commission a la possibilité de mettre en œuvre la procédure en manquement.

La directive 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 professionnelle et les conditions de travail\textsuperscript{282} devait être transposée par l’Etat français dans un délai de trente mois. La France n’a pas respecté ces délais puisque la transposition est intervenue en 1982-1983 pour les fonctions publiques et 1982 pour le secteur privé. Sur le point de la transposition, la France n’a pas été poursuivie en manquement pour non respect du délai de transposition.

Par le fait, que l’Etat ne respectant pas les délais de transposition, n’est point poursuivi pour manquement, ne serait ce pas une incitation au non respect des délais? Ne vaudrait-il pas mieux une certaine automatique dans l’application de la procédure en manquement ? L’Etat qui systématiquement est inquiété, est un Etat qui redoublerait de vigilance dans le respect des délais de transposition.


\textsuperscript{282} Directive 76/207/ CEE du Conseil du 9 février 1976

107
Concernant la transposition de cette directive, la France fut condamnée en manquement pour ne pas avoir fait une pleine application du droit communautaire. Revenons sur les faits :

La directive 76/207 fut transposée par la loi du 13 juillet 1983 en ce qui concerne la fonction publique. Le principe général de non discrimination y est proclamé. Cependant, l’alinéa 3 de l’article 1 de la loi précise : « Toutefois des recrutements distincts pour les hommes ou les femmes peuvent, exceptionnellement, être prévus lorsque l’appartenance à l’un ou l’autre sexe constitue une condition déterminante de l’exercice des fonctions ». Une liste de métiers pour lequel des recrutements distincts étaient prévus comportait en ce qui concerne l’Education nationale, les professeurs d’éducation physique, instituteurs. Cette liste plutôt surprenante, engendra une mise en demeure de la France par la Commission. La CJCE fut ensuite saisi au nom de la non-conformité de cette liste à la directive communautaire précitée. La CJCE condamna la France en manquement le 30 juin 1988. La Cour dénonce les recrutements distincts en fonction du sexe en ce qui concerne les corps de police nationale et pénitentiaire.

En ce qui concerne le secteur privé, une autre loi du 13 juillet 1983 relative à l’égalité professionnelle énonce également le principe de non discrimination entre hommes et femmes. Il est toutefois, possible de déroger au principe lorsque le sexe est la condition déterminante à l’exercice d’un emploi ou d’une profession. L’article 19 de cette loi prévoyait le maintien d’avantages ouverts aux femmes.

N’était ce point une discrimination des hommes par rapport à la situation plus favorables des femmes ? La directive 76/207 n’était-elle pas transgressée ?

La Cour de justice, par un arrêt du 25 octobre 1988 a condamné la France en manquement pour ne pas avoir pris « dans le délai prescrit toutes les mesures nécessaires pour

283 Condamnation en manquement sur le fondement de l’article 169 du Traité, aujourd’hui article 228 du TCE
284 Loi n° 83-694 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
287 Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l’égalité professionnelle entre hommes et femmes.
288 Nul ne peut prendre en considération du sexe ou de la situation de famille, un ce tain nombre de mesure énumérées à l’article L.123-1 du code du travail.
assurer l’application complète de la directive 76/207… a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu du traité ».

Suite à cette condamnation, la France a modifié l’article 19 de la loi de 1983 par une loi du 10 juillet 1989 en prévoyant un délai de 2 ans pour les négociations et en précisant que les négociations « auront pour objectif l’harmonisation dans le progrès et le respect des droits et garanties acquis par les femmes ».

Ce qui est regrettable dans ces différentes condamnations en manquement est le temps écoulé entre d’une part, la mise en place de la loi de transposition (loi du 13 juillet 1983) et la directive transposée ( loi du 9 février 1976), d’autre part, entre la condamnation en manquement de la France n’ayant pas correctement transposée la directive ( arrêt de la CJCE du 25 octobre 1988) et la modification de la loi de transposition (loi du 10 juillet 1989) pour être enfin conforme à la directive de 1976 ! Treize années auront été nécessaires pour qu’au final la France respecte la directive européenne. Ces délais de conformité et de transposition sont inadmissibles, surtout en ce qui concerne des matières aussi fondamentales que l’égalité entre hommes et femmes.

La France pourrait se voir condamner en manquement par la Cour de justice au sujet de la clause de non régression insérée dans la directive 2000/43. Dans le cas d’une condamnation, la situation serait particulièrement originale puisque la France respecte les dispositions matérielles de la directive, mais ne respecte pas les obligations relatives à la mise en œuvre de celle-ci.

Une fois la condamnation en manquement de la France prononcée, nous avons pu remarquer qu’elle ne respectait pas la sanction communautaire. Etudions à présent, plus en détail, les effets de la condamnation en manquement.

§2. L’effet de la condamnation en manquement de la France

A – La conformité du droit interne français

289 MOZARD (N.), « Droit communautaire- Son usage régressif dans la réforme de la charge de la preuve d’un harcèlement », Semaine sociale, n° 1113, 10 mars 2003, p. 9.

290 Voir précédemment. Selon le droit national, le salarié doit établir les faits laissant supposer le harcèlement, alors que la directive prévoit que le salarié invoque la matérialité des faits, laissant présumer le harcèlement.
La condamnation en manquement d’un Etat membre a pour conséquence que ce dernier se mette en conformité avec l’arrêt de manquement, soit qu’il transpose la directive non encore transposée, soit qu’il mette sa législation en conformité avec la directive mal transposée.

Dans un grand nombre de cas, la France exécutera les arrêts en manquement, même si parfois de nombreuses années s’écoulent entre la condamnation et la conformité du droit interne au droit communautaire.

La France doit se conformer à la jurisprudence de la Cour de justice, ceci sous peine de se voir condamner pour manquement. En ce qui concerne le transfert d’entreprise, après une jurisprudence tumultueuse291, la jurisprudence de nos juridictions française est en conformité avec celle de la Cour de justice, depuis les arrêts de l’Assemblée plénière du 16 mars 1990292.

Cette conformité permet à la France d’éviter une condamnation en manquement. Les juges nationaux doivent respecter cette interprétation communautaire293.

A propos du travail de nuit des femmes, dans un arrêt du 25 juillet 1991294, la Cour de justice condamne la France, sur le fondement de la non-conformité à la directive 76/207. La France, à l’époque interdit le travail de nuit des femmes, or la Communauté le permet au nom de l’égalité de traitement des sexes.


291 Voir précédemment
292 Abandon du lien de droit entre les employeurs successifs, l’entité transférée doit avoir gardé son identité.
293 DJUKIC (O.), « Libre circulation et emploi » in « Le droit social communautaire », Action juridique, numéro spécial, mai 1991, p. 34.
La France, en l’espèce a transposé les dispositions de la directive sur l’égalité de traitement entre hommes et femmes mais n’a point abrogée l’article296 interdisant le travail de nuit des femmes. La situation française apparaît inadmissible, elle est qualifiée de « caricaturale » par certains297. Il s’agit en l’espèce d’un conflit entre une norme communautaire et une norme nationale. La France semble avoir occulté le principe de primauté du droit communautaire.

Cependant, les inspecteurs de travail ne sanctionnaient plus le travail de nuit des femmes. De plus, les juges nationaux devaient prendre en considération la directive et l’arrêt de manquement lorsque qu’un conflit opposait un salarié à l’Etat mais non face à l’employeur, personne privée. Notre ordre juridique comportait donc un vide juridique en la matière puisque l’interdiction du travail de nuit des femmes était maintenue au sein de notre législation, mais les comportements contraires n’étaient point sanctionnés. Qu’attendait la France pour abroger l’article 213-1 du Code du travail et ainsi se mettre en conformité avec le droit communautaire ?

La France s’est récemment mis en conformité avec l’ordre juridique communautaire par la loi n° 2001-397 relative à l’égalité professionnelle298. Le droit français est enfin en conformité avec le droit communautaire, après 26 ans de lutte acharnée entre la France et la Communauté.

B – Pour une procédure plus efficace

La France semble, quelque peu mal mené son rôle dans la transposition des directives. Pour certains, « le respect des engagements communautaires n’est pas, pour un homme politique, un moyen de se mettre en valeur »299. Les mesures prises au niveau communautaire, sont considérées par certain comme manquant d’humanisme, de protection effective du travailleur. Peut-on considérer comme progrès social les mesures communautaires concernant

---

296 Art. 213-1 du Code du travail.
le travail des femmes de nuit, la réduction du congé maternité ou encore le fait de faire travailler les jeunes 300 ?

La réputation de l’État est remise en cause lorsqu’il ne transpose pas les directives en temps ou plus largement qu’il ne respecte pas le droit communautaire. Plus la France sera condamné pour manquement, plus sa crédibilité sera remise en jeu.

Notons, les lenteurs du système. Par exemple, en ce qui concerne le travail de nuit des femmes, 26 ans se sont écoulés entre la conclusion de la directive et la mise en conformité du droit français à celle-ci.

La condamnation pécuniaire de l’État n’intervient qu’en dernier ressort. Elle est parfois inexistante. En ce qui concerne le travail de nuit des femmes, aucune sanction pécuniaire n’est intervenue. Un système où la sanction pécuniaire est pratiquement inexistante ne peut presser l’État à se mettre en conformité, avec le droit communautaire.

Ne pourrait-on pas rendre plus efficace ce système en appliquant à l’État défaillant une condamnation pécuniaire plus systématique ? Le droit communautaire serait certainement mieux respecté et ceci dans de brefs délais.

Si la situation perdure, les condamnations en manquement de la Communauté n’auront pratiquement plus aucune valeur puisqu’elles ne seront pas respectées par les Etats. Une condamnation sans sanction effective (sanction pécuniaire), est une condamnation inexistante.

La logique communautaire dite « des petits pas » où la Communauté devait progressivement se mettre en place, permettant ainsi au plus grand nombre d’Etats d’y adhérer, n’est plus celle d’aujourd’hui.

En effet, la phase de coopération a laissé place à celle de l’intégration. Il s’agit aujourd’hui d’améliorer le système en rendant par exemple, toute leur efficacité aux condamnations en manquement.

300 Id., note 243, p. 97.
CONCLUSION

Il ne s’agira pas de revenir sur chaque point développé au sein de nos parties. Il sera plutôt question d’appréhender cette influence du droit communautaire sur le droit du travail français en ce qui concerne l’avenir.

On s’interrogera sur l’influence prochaine du droit communautaire au sein de notre ordre juridique.

Nous pouvons partir d’un constat : la Communauté n’est pas parvenue à imposer une norme qui pourrait être le droit commun des États membres en matière sociale.

L’élaboration du droit européen, et spécialement d’un droit social communautaire procède d’une confrontation des différents droits nationaux entre eux, dans l’optique de la réalisation d’objectifs spécifiques confiée à la Communauté par les traités constitutifs. Or, il semble que cette confrontation ne connaisse qu’une alternative : soit celle d’une emprise du droit communautaire sur les droits nationaux qui se voient soumis à une uniformisation plutôt autoritaire, soit par un échec du droit communautaire, ne parvenant pas à produire un modèle à partir duquel les droits nationaux pourraient s’harmoniser.

Nous sommes, aujourd’hui, dans une situation où normes communautaires et normes nationales coexistent, dont les unes influencent parfois les autres et vice versa.

Il est aujourd’hui question d’une Constitution européenne à portée générale. Sera ainsi regrouper dans un seul traité ou dans une Constitution européenne « les objectifs, principes et orientations générales, les droits des citoyens, ainsi que le cadre institutionnel ».

Mais, il ne s’agira point d’une simple compilation de textes, l’objectif étant d’aboutir à un droit communautaire vivant. Jean Javiliier s’exprimait en ces termes : « un droit du travail communautaire vivant, c’est en effet tout autre chose qu’un amoncellement de réglementations, qu’une somme de textes et de normes. Il y faut nécessairement un cœur, un esprit, plus encore une âme, entendu comme « pneuma » qui donne souffle à toute institution juridique ».

Le système communautaire sera ainsi plus accessible pour tous les citoyens, l’ordre communautaire s’affirmera plus que jamais, ceci ayant pour conséquence une influence réelle et sans égal sur le droit du travail français et plus largement sur le droit français.

BIBLIOGRAPHIE

§1. Ouvrages généraux

A - Traité et manuels


B – Dictionnaires, encyclopédies et répertoires


§2. Ouvrages spéciaux

A - Monographies et thèses


B - Ouvrages collectifs


C – Mélanges


D – Numéraux spéciaux de revue


§ 3. Articles, études et chroniques


• **BERCUSSON (B.),** « Les temps communautaires », *Dr. soc.* 2000, pp.248-256.

• **BERGÉ (J.S.),** (dir.), « Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres », *Petites affiches*, 3 parties, n°99, n°100, n°101, mai 2003, pp.4-11, p.3-18.


• **BONNECHÈRE (M.),** « L’ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr.ouvrier*, 1988, p.171.

• **BONNECHÈRE (M.),** « Droit international, droit social européen : Réflexion sur quelques enjeux actuels », *Dr.ouvrier*, 1989, pp 249-270.

• **BONNECHÈRE (M.),** « Égalité de traitement en droit communautaire et droit de nuit des femmes », *Dr.ouvrier*, 1991, p.351.


• **BONNECHÈRE (M.),** « Le droit européen peut-il poser les bases d’un droit commun social ? » *Dr.ouvrier*, 1999, pp. 390-407.
• Bonnechère (M.), « De la connaissance et de l’usage du droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social », Dr.ouvrier, mars 2000, pp. 84-94.


• Calvo (J.), « Les directives communautaires non transposées en droit national », Petites affiches, n°80, 6 juillet 1998, pp. 4-9.


• Carpentier (J-L), « Panorama de la jurisprudence de la Cour de justice sur l’égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes légaux de sécurité sociale », Europe, 1995, pp. 1-5.


122


- **GAUDU (F.),** « L’influence du droit communautaire sur la politique de l’emploi », *Dr.soc.* 1993, pp.801-810.

- **GRÉVISSE (S.),** « Le renouveau de la Charte sociale européenne », *Dr.soc.*, pp. 884-896.


- **GRIDEL (J-P.),** « Déclin des spécificités françaises et éventuel retour d’un droit commun européen », *D.* 1999, pp.139-146.

- Jammaud (A.), « Sur l’applicabilité en France des conventions internationales du travail », *Dr.soc.*, 1986, p399


- Langlois (P.), « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Dr.soc.*1993, pp.201-209.


- Lanquetin (M-T.), « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr.soc.* 1999, p 589
• LAROQUE (M.), « L’impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française », *Dr.soc.* 1997, pp.961-968.

• LAULON (S.), « Le dialogue entre juges communautaires et juges nationaux en matière de transfert d’entreprise », *Dr.soc.* 1999, p821


• LYON-CAEN (A.), « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Dr.soc.* 1997, p 68

• LYON-CAEN (A.), « Le financement public d’un plan social est il condamné par le droit communautaire ? » *Dr.soc.* 1997, pp.185-189.

• LYON-CAEN (A.), « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr.soc.* 1997, p. 352.


• LYON-CAEN (G.), « Subsidiarité et droit social européen », *Dr.soc.* 1997, pp. 382-387.


• LYON-CAEN (G.), « Le droit social de la communauté européenne après le traité de Maastricht », *D.* 1993, Chronique, pp.149-152.


• **Martin** (P.), « L’harmonisation sociale en débat », *Dr.soc.* 1997, pp. 303-307.

• **Masse-Desser** (H.) et **Moreau** (M.A.), « A propos du travail de nuit des femmes : nouvelle contribution sur l’application des directives européennes », *Dr.soc.* 1999, p. 391.


• **Meunier-Boffa** (M.), « Le télétravail face au droit du travail », *TPS* août - septembre 2002, pp. 6 à 9.


• **Minet** (M), « le droit communautaire dans la pratique du droit social (Brefs propos sur les apports du droit communautaire en matière de discrimination) », *Dr.ouvrier.* 2000, p 97

• **Moizard** (N.), « Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l’ordre public social français », *Dr.soc.* 1997, p 916.

• **Moizard** (N.), « Droit communautaire- Son usage régressif dans la réforme de la charge de la preuve d’un harcèlement », *Semaine sociale*, n° 1113, mars 2003, pp. 6-9.
• MOREAU-BORREL (M.A.), « La jurisprudence européenne en matière d’égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins », Dr.soc. 1989, p 541


• MOREAU (M.A.), « Tendances du droit social communautaire, ombres et brouillard à Maastricht », Dr.soc. 1994, pp. 80-85.

• MOREAU (M.A.), « Tendances du droit communautaire : des droits sociaux en quête de reconnaissance », Dr.soc. 1994, pp.612-618.

• MOREAU (M-A.), « Le contrôle des directives par la Cour de justice des Communautés Européennes », RJS 1/95, Etudes et doctrine, pp.3-7.

• MOREAU (M.A.), « Actualité jurisprudentielle en droit social », Dr.soc.1995, p 1036

• MOREAU (M. A.), « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », Dr.soc. 1999, p. 53.

• MOREAU (M-A.), « Brèves observations dans une perspective communautaire », Dr.soc. 1999, pp. 454-458.

• MORIZET (J.), « La France et la négociation internationale » in Mélanges Alain Plantey, l’internationalité dans les institutions et le Droit, Paris : éd. Pedone, 1995


PETTITI (C.), « Le travail de nuit des femmes-Aspects nationaux et internationaux », Dr.soc.1988, p. 302.


RAY (J.E.), « A propos de la subsidiarité horizontale », Dr. soc. 1999, pp. 459-466.


ROBIN-OLIVIER (S.), « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d’Amsterdam », Dr.soc. 1999, pp. 609-620.

• RODIÈRE (P), « Le droit communautaire dans la pratique quotidienne du droit social- conclusions du colloque », *Dr.ouvrier*. mars 2000, pp. 120-123.


• SARAMITO (F.), Le droit du travail en question, *Dr.ouvrier*.1986, pp.39-44.


• SIMITIS (S.), « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? » *Dr.soc.* 1997, pp.655-667.


• SPYROPOPOULOS (G.), « Encadrement social de la mondialisation de l’économie », *Dr.soc.* 1996, pp. 545-561.

• STRASSER (P.), « Les comités de groupe européens : une longue gestation… » in *Etudes en hommage à Mme le Professeur Hélène Sinay*, 1994

• TEYSSIÉ (B.), « A propos du droit social européen », *Dr.soc.* 1989, pp.523-525.


• TEYSSIÉ (B.), « Le droit de lock-out », *Dr.soc.* 1994, p. 795.


• VACHET (G.), « L’égalité de traitement entre travailleurs communautaires », *Dr.soc.* 1989, p. 534.


• VAN RAEPENBUSCH (S.), « Tendances récentes de la jurisprudence sociale de la Cour de justice des Communautés européennes, 1928-2003 », *Dr. soc.* 2003, pp. 751-763.

• VERDIER (J.M.) et LYON CAEN (A.), Sur le lock-out et l’accord européen relatif à la politique sociale du 7 février 1992, *Dr.soc.* 1995, p. 49.


• VIGNEAU (C.), « L’accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée », *Dr. soc.* 1999, pp. 928-937.


• VOGEL-POLSKY (E.), « L’acte Unique ouvre t il l’espace social européen ? » *Dr.soc.* 1989, pp.177-189.

• WAQUET (P.), « L’application par le juge français de la directive communautaire du 14 février 1977 », *Dr.soc.* 1995, p.1007.


• [X.], « Dumping sociale, immigration : les vrais-faux défis de l’UE élargie », *Liaisons soc. Europe*, p.1


• [X.], « Transposition des directives par ordonnance », *Liaisons soc. Europe* n°28, 2001, p.2


• [X.], R.J.S 11/02 n°1312, p971, arrêt du 25 juillet 2002.


• [X.], « Les acteurs sociaux doivent aider à anticiper les changements », Liaisons soc. Europe, n°57, 2002, pp.2-3


§ 4. Notes, observations, conclusions et rapports de jurisprudence


TABLE DE JURISPRUDENCE

§ 1. Jurisprudence de la CJCE

- Le contenu du droit communautaire :

  - CJCE, 4 décembre 1974, Van Duyn, n° 41/74, Rec. p. 1337, à propos de la libre circulation des travailleurs
  - CJCE, Rossi, Rec. 1979, p. 831 à propos de la coordination des législations des Etats membres
  - CJCE, 7 décembre 1995, Rockfon, à propos de l’harmonisation partielle
  - CJCE, 12 novembre 1996, Royaume uni c/ Conseil, à propos du principe de spécialité des compétences.

- L’applicabilité du droit communautaire :

  ➢ La primauté du droit communautaire :
• CJCE, Humblet, Rec. 1960, p. 1146, à propos du principe de primauté du droit communautaire.

• CJCE, 15 juillet 1964, Costa c/ E.N.E.L., aff. 6/64, p. 1141, pose le principe de primauté du droit communautaire.


• CJCE, 19 décembre 1968, Société par action Salgoile/ Ministère du commerce extérieur de la République italienne, aff. 13/68, Rec. 1968, p. 661.


➢ Le principe d’effet direct :


• CJCE, 3 avril 1968, Firma Molkerei, aff. 28/67, Rec. 1968.211, p. 228.


• CJCE, 12 décembre 1974, Walrave et Koch, aff. 36/74, Rec., p.1405.

• CJCE, 5 avril 1979, Ratti, aff. 148/78, Rec. 1979, p. 1629.


• CJCE, 10 avril 1984, Von Colson et Kamann, aff. 14/83, Rec., p.1891.

• CJCE, 10 avril 1984, Hartz, aff. 79/83, Rec. p. 1921.
• CJCE, 15 mai 1986, Marguerite Johnson, aff. 222/84, Rec., p. 1651.
• CJCE, 12 juillet 1990, Foster, aff. 188/89, Rec., p. 3313.
• CJCE, 14 juillet 1994, Paola Facini Dori, aff. 91/92 ? Rec., p. 3325.

➢ Le juge et l’interprétation du droit communautaire :
• CJCE, 9 juin 1964, Nouvenmacher, aff. 92/64, Rec. 1964, p. 557.
• CJCE, 8 février 1973, Commission c/ Italie, aff. 30/72, Rec., p. 161.
• CJCE, 9 mars 1978, Simmenthal, aff. 106/77, Rec. 1978, p. 629..
• CJCE, 16 décembre 1993, Wagner Miret, Rec., p. 6911.

➢ Le droit au juge :
• CJCE, 19 décembre 1968, Société par action Salgoil c/ Ministère du commerce extérieur de la République italienne, aff. 13/68, Rec. 1968, p. 661.
• CJCE, 15 mai 1986, Johnson, aff. 222/84, Rec., p. 1651.
• CJCE, 27 novembre 1997, Meints, aff. 57/96, Rec., p. 6689.

➢ Le recours en manquement :


§ 2. Jurisprudences des juridictions françaises

A – Jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation


• Cass. soc., 2 octobre 2001, Abraam, invocation de l’article 8 de la CEDH devant la Cour de cassation au nom du respect de la vie privée.

B – Jurisprudence de l’assemblée plénière


• Cass. Ass. Plénière, 16 mars 1990, Dr. soc. 1990, p. 410, concl. DOUTEMILLE, La Cour de cassation admet qu’une directive soit invoquée indirectement par un particulier dans le but d’éclairer les dispositions du droit national.

C – Jurisprudence du Conseil d’État


LEXIQUE

L’intérêt de ce lexique est de référencer certaines notions importantes, abordées au sein de notre mémoire. Il ne s’agira point de donner une simple définition, obtenue à l’aide d’un lexique juridique, mais de proposer une définition doctrinale, proposée par des auteurs reconnus, ceci en se référant directement à leurs écrits.

- **Clause de non régression ou clause de « standstill »**: préconisée par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, clause qui indique que « la mise en œuvre de la directive ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs »

- **Coordination**: L’ensemble des techniques qui permettent l’application supranationale de normes nationales.

- **Droit communautaire**: L’ensemble des normes élaborées dans le cadre des traités instituant les Communautés européennes, les champs d’application, de compétences étant définis par les traités eux-mêmes.

- **Effet direct**: Invocabilité des normes communautaires en pénétrant dans l’ordre juridique interne sans la nécessité d’intervention. L’effet direct se définit également comme la capacité de certaines dispositions du droit communautaire à engendrer des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder, ou à conférer aux particuliers des droits qu’ils peuvent faire valoir directement devant les juridictions nationales.

---


304 Martin (P.), op.cit. p.614.

305 Rodière (P.), « Construction européenne et droit du travail » in Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen, p.33.

- **Effet direct horizontal**: est le fait pour une directive, mal transposée ou non transposée par un État membre, de s’appliquer directement à des relations juridiques entre particuliers. L’effet direct horizontal des normes communautaires peut être qualifié comme les rapports juridiques interpersonnels entre individus. L’effet direct horizontal n’est pas reconnu puisqu’un particulier ne peut invoquer une directive non transposée à l’encontre d’un autre particulier. Une directive ne peut pas, par elle-même créer des obligations dans le chef d’un particulier et une disposition d’une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l’encontre d’une telle personne.

- **Effet direct vertical**: Les justiciables peuvent être titulaires de droits ou se voir imposer des obligations dont l’origine se trouve dans des normes communautaires s’adressant aux pays membres. Ce phénomène a souvent été qualifié d’effet vertical du droit communautaire pour qualifier les relations juridiques unissant les organes communautaires, les États membres et leurs ressortissants.

- **Harmonisation**: La mise en œuvre de techniques plus souples que celles de l’uniformisation, reposant sur l’élaboration de ce qu’on pourrait appeler une « loi modèle » qui ne serait pas nécessairement obligatoire en elle-même, à laquelle le destinataire de la norme (pouvoirs publics, plus rarement particuliers) sont censés se référer afin de faire converger leurs systèmes, normes ou solutions juridiques.

- **Invocabilité**: (à propos d’une directive): les conditions dans lesquelles une « personne juridique » peut, dans le cadre du système juridique national, se prévaloir de la directive dans ses rapports juridiques avec une autre personne.

---


310 MARTIN (P.), *op. cit.* p. 615.

- **Loyauté (devoir de)**: Obligation de respecter les obligations convenues et de s’abstenir de tout acte visant à réduire à néant l’objet et le but du traité. Ce devoir est lié à l’obligation de bonne foi et au principe *pacta sunt servanda*\(^\text{312}\).

- **Non régression (principe)**: Il est interdit aux États membres de prendre prétexte de la mise en œuvre d’une norme communautaire pour diminuer le niveau existant de protection de droit interne\(^\text{313}\).

- **Ordre public social européen**: Les dispositions nationales peuvent déroger au droit communautaire en vue d’assurer une meilleure protection du travailleur. *A contrario*, l’adoption d’une directive ne doit pas être le prétexte à la mise en place de dispositions nationales moins favorables\(^\text{314}\). Suivant la définition donnée par A. Haurioux, c’est «une organisation de la société eu vue d’assurer la protection du groupe, sa subsistance, la paix dans les relations sociales et la réalisation d’un idéal de civilisation».

- **Protection nationale renforcée (principe communautaire de)**: Les États membres ont la possibilité de maintenir ou d’adopter des dispositions nationales plus favorables aux travailleurs après l’adoption d’une directive. Le renforcement correspond à la possibilité de maintenir ou d’introduire des normes nationales plus favorables aux travailleurs que les prescriptions minimales des directives\(^\text{315}\).

---

\(^\text{312}\) *VAN RAEPENBUSCH* (S.), « Le devoir de loyauté dans l’ordre juridique communautaire, à propos des suites de l’arrêt Van Munster », *Dr. soc.* 1999, p. 908.

\(^\text{313}\) *MOIZARD* (N.), « Droit communautaire – Son usage régressif dans la réforme de la charge de la preuve d’un harcellement », *Semaine sociale*, n° 1113, 10 mars 2003, p. 6.


\(^\text{315}\) *MOIZARD* (N.), « Le principe communautaire de protection nationale renforcée et l’ordre public social français », *Dr. soc.* 1999, p. 916.
• **Primauté du droit communautaire**: L’ordre juridique communautaire l’emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques des États membres. Ainsi, en cas de conflit, les seconds doivent céder devant le premier\(^{316}\).

• **Recours en manquement**: Procédure spécifique eu vue d’assurer le respect par les États membres de leurs obligations communautaires\(^{317}\).

• **Socle de base du travailleur européen**: L’objectif du droit communautaire n’est pas la mise en place d’une réglementation compétente et approfondie des droits et obligations du salarié et de l’employeur. L’enjeu est différent, il consiste à mettre en place un statut de base du travailleur européen c'est-à-dire de déterminer les éléments fondamentaux qui doivent gouverner la relation de travail. Il s’agit de mettre en place un noyau dur de l’harmonisation\(^{318}\). Monsieur le Professeur Pierre Rodière parle de socle social communautaire.

• **Subsidiarité (principe)**: La Communauté n’intervient conformément au principe de subsidiarité que si dans la mesure où les objectifs de l’action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et les collectivités régionales et locales dotées de compétence selon le droit interne des États membres. Selon le Conseil européen, elle permet d’élargir l’action de la Communauté lorsque les circonstances l’exigent et, inversement, de la restreindre ou de l’interrompre lorsqu’elle n’est pas justifiée\(^{319}\).

• **Self-executing** ou auto-exécutoire: Un grand nombre des traités, peuvent pour tout ou partie, produire des effets directs dans l’ordre juridique interne des États\(^{320}\).

---


\(^{318}\) Bossu (B.), *op.cit*, p.112.


• **Uniformisation ou unification** : Une norme ou un ensemble de normes tend à substituer de manière obligatoire dans les ordres juridiques internes une règle commune uniforme aux règles antérieures qui peuvent être divergentes d’un Etat membre à un autre. Également la contrainte juridique exercée sur les droits nationaux par l’application de la norme communautaire\textsuperscript{321}.

La règle qui sera directement applicable dans les ordres juridiques internes ne laissera aucune place aux particularismes juridiques nationaux\textsuperscript{322}.

\textsuperscript{321} Martin (P.), *op. cit. p.613*.

\textsuperscript{322} Bossu (B.), *op. cit. p. 97*. 
TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE......................................................................................................................................................3
REMERCIEMENTS................................................................................................................................................7
TABLE DES ABBREVIATIONS.................................................................................................................................8
§ 1. Abréviations du texte ........................................................................................................................................8
§ 2. Abréviations à caractère bibliographique.....................................................................................................9
§ 3. Abréviations des revues citées........................................................................................................................10
INTRODUCTION....................................................................................................................................................12
PARTIE I : LE CONTENU DU DROIT COMMUNAUTAIRE.................................................................22

LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE N’A PAS POUR AMBITION D’UNIFIER LES DROITS NATIONAUX DES ETATS MEMBRES MAIS DE LES HARMONISER. LES ETATS MEMBRES BÉNÉFICIENT, EN PRINCIPE D’UNE COMPÉTENCE PRÉDOMINANTE EN MATIÈRE SOCIALE. A DÉFAUT D’INTERVENTION DES ETATS MEMBRES, LE DROIT COMMUNAUTAIRE EST COMPÉTENT EN MATIÈRE SOCIALE. L’HARMONISATION EUROPÉENNE DOIT DONC ÊTRE L’ŒUVRE DES POLITIQUES NATIONALES MANIFESTANT LEUR VOLONTÉ D’INTÉGRATION ET NON D’UNE SIMPLE COOPÉRATION. L’ACTION COMMUNAUTAIRE PERMET LA COORDINATION ENTRE LES DIFFÉRENTES LÉGISLATIONS DES ETATS. ..................................................................................................................................................23

CHAPITRE I - LE PARTAGE DES COMPETENCES.........................................................................................24

Section I - Le principe de spécialité....................................................................................................................24
§ 1. Les objectifs de la Communauté..................................................................................................................24
A – Le principe de souveraineté..........................................................................................................................25
1/ Une problématique spécifique à la Communauté........................................................................................25
2/ L’influence du principe de souveraineté sur la Communauté........................................................................26
 a) La compétence de principe ou présumée......................................................................................................26
Section II – L’encadrement des compétences .................................................. 35

§ 1. Le principe de subsidiarité............................................................................ 35
   A – La subsidiarité institutionnelle................................................................. 35
   B – La subsidiarité de l’action communautaire par rapport à celle des partenaires sociaux........................................................................................................ 37

§ 2. Le principe de proportionnalité.................................................................. 40

CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DES COMPETENCES.................................. 42

Section I - L’intégration du droit communautaire en droit interne .............. 42

§ 1. La diversité des principes de protection des normes................................ 42
   A – Présentation des principes...................................................................... 43
      1/ Les prescriptions minimales ...................................................................... 43
      2/ L’ordre public social européen : le jus melius......................................... 43
      3 / La protection nationale renforcée............................................................ 45
      4/ le principe de non régression..................................................................... 45
   B – Des notions apparemment distinctes......................................................... 48

§ 2. La portée limitée des principes.................................................................. 49
   A – Des principes similaires ?........................................................................ 49
      1/ l’objectif commun de ces principes : le progrès social............................ 49
      2/La remise en cause des principes ou la confusion des principes................. 50

   La perception de la notion de progrès joue sur le principe de non régression puisque lorsque l’on parle d’harmonisation dans le progrès, on entend par là, harmonisation non régressive.................................................. 54

Section II - L’utilisation du droit communautaire et ses difficultés ............. 54

§1. Une influence réciproque du droit communautaire et du droit français .................................................. 54
   A – La protection conférée par le droit social français................................ 54
   B – Un droit communautaire, inspirateur....................................................... 58

§ 2. La régression du droit français ?................................................................. 60
   A – Le travail de nuit des femmes................................................................... 60
   B – La santé et la sécurité des travailleurs...................................................... 61
   C – Le licenciement économique.................................................................... 62
PARTIE II : L’APPLICABILITÉ DU DROIT COMMUNAUTAIRE

CHAPITRE I : LA HIERARCHIE DES NORMES

Section I – La primauté du droit communautaire

§1. Fondement de la primauté

A – Présentation du principe

B – L’affirmation de la primauté par la jurisprudence

§ 2. Portée et conséquences

A - L’impossibilité de principe d’établir un droit national contraire au droit communautaire

B – Les conflits de normes nationales et communautaires

1/ Les solutions doctrinales

a) le dualisme

b) Le monisme, solution adoptée par la France

2/ Les solutions jurisprudentielles

a) Les solutions de la CJCE

Dans l’arrêt Simmenthal, la CJCE s’exprime catégoriquement sur la solution à apporter à un tel conflit : « le juge national chargé d’appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l’obligation d’assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu’il ait à demander ou à attendre l’élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel ».

b) Les solutions apportées par la jurisprudence française

a) La jurisprudence de la Cour de cassation

β) La jurisprudence du Conseil d’Etat

Section II – Le principe d’effet direct

§ 1. Fondement

§ 2. Les extensions du principe

A – L’effet direct vertical affirmé

B – L’effet direct horizontal tempéré. ................................................................. 80

CHAPITRE II : L’APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT COMMUNAUTAIRE...87

Section I - Les difficultés rencontrées dans l’application du droit communautaire sur le droit interne.............................................................................................................. 87

A – Le respect des obligations de l’État................................................................ 88

1/ Les engagements de l’État.................................................................................. 88
2/ Le respect du droit communautaire par le législateur...................................... 90

B – Le rôle donné aux partenaires sociaux............................................................ 91

§ 2. Les difficultés afférentes au juge et aux parties ............................................. 93

A – Le juge et l’interprétation du droit communautaire........................................ 93

B – L’invocabilité des sources communautaires par les parties.......................... 98

1 / La consécration du droit au juge........................................................................ 98
a - Les protections étatiques du respect du droit communautaire...................... 99
b - Les protections interétatiques du respect du droit communautaire.............. 101

α – Devant la Cour de justice des Communautés européennes............................ 102
β– Devant la Cour européenne des droits de l’Homme........................................ 102

2 / La protection au provisoire............................................................................. 104

Section II – Les moyens existants pour une application effective du droit communautaire ...................................................................................................................... 105

§1. Le fondement du recours en manquement........................................................ 105

A – Le principe ........................................................................................................ 105

B – Les condamnations répétitives de la France..................................................... 107

§2. L’effet de la condamnation en manquement de la France................................. 109

A – La conformité du droit interne français......................................................... 109

B – Pour une procédure plus efficace................................................................. 111

CONCLUSION......................................................................................................... 113

BIBLIOGRAPHIE...................................................................................................... 115

§1. Ouvrages généraux............................................................................................. 115
A - Traité et manuels.............................................................................................. 115
B – Dictionnaires, encyclopédies et répertoires.................................................... 116

§2. Ouvrages spéciaux............................................................................................. 117
A - Monographies et thèses.................................................................................. 117
B - Ouvrages collectifs.......................................................................................... 117
C – Mélanges.......................................................................................................... 118
D – Numéraux spéciaux de revue.......................................................................... 119

§ 3. Articles, études et chroniques.......................................................................... 119

§ 4. Notes, observations, conclusions et rapports de jurisprudence........................ 134

TABLE DE JURISPRUDENCE............................................................................... 135

148
§ 1. Jurisprudence de la CJCE.......................................................... 135
§ 2. Jurisprudences des juridictions françaises........................................ 138
A – Jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation.............. 138
B – Jurisprudence de l’assemblée plénière.................................................. 138
LEXIQUE......................................................................................... 140
TABLE DES MATIERES...................................................................... 145