

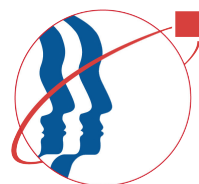
THÈSES

L'influence
des normes
supranationales
sur le droit français
du travail

CHARLES GUYON

Préface de
Bernard Teyssié

PLANÈTE
SOCIAL



L'INFLUENCE DES NORMES
SUPRANATIONALES
SUR LE DROIT FRANÇAIS
DU TRAVAIL

L'INFLUENCE DES NORMES SUPRANATIONALES SUR LE DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL

Charles Guyon
Docteur en droit



Planète Social est un fonds de dotation qui a pour objet principal, d'une part, de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour favoriser le développement économique, social et de l'emploi des entreprises industrielles de toutes tailles au niveau national et international, d'autre part, de favoriser en partenariat avec l'Université, les Grandes Ecoles et la recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie des entreprises.

Avertissement de l'Éditeur

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.



Le logo qui figure sur la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

© Planète Social, 2016
34, av. Charles De Gaulle
92220 Neuilly S/Seine

Cette œuvre est protégée dans toutes ses composantes (y compris le résultat des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la **consolidation** des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de Planète Social. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par Planète Social ou ses ayants droit, est strictement interdite. Planète Social se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

À Bénédicte.

À ma mère,

À mon père,

À mon frère.

Remerciements

Mes profonds remerciements s'adressent :

À Monsieur le Professeur Teyssié pour son attention et sa bienveillance au cours de ce travail.

À Lydie pour sa présence et sa fidélité.

À ma famille et mes amis, du Laboratoire de droit social et d'ailleurs, qui m'ont soutenu durant ces années de recherche.

Liste des abréviations

act.	actualité
adde	ajouter
AFDI	<i>Annuaire français de droit international</i>
aff.	affaire
AJDA	<i>Actualité juridique de droit administratif</i>
al.	alinéa
alii	autres (personnes)
ANI	Accord national interprofessionnel
ann.	annexe
<i>Arch. phil. dr.</i>	<i>Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale</i>
art.	article
BIT	Bureau international du travail
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ., ass. plén.</i>	<i>Bulletin des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ., ch. mixte</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre mixte de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. civ., T. confl.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Tribunal des conflits</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. Joly Sociétés</i>	<i>Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)</i>
c/	contre
CA	Cour d'appel
<i>Cah. Cons. const.</i>	<i>Cahiers du Conseil constitutionnel</i>
<i>Cah. dr. eur.</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
<i>Cah. soc.</i>	<i>Les Cahiers sociaux</i>
Cass. 1 ^{re} civ.	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2 ^e civ.	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 3 ^e civ.	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. ch. réunies	Chambres réunies de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. défense	Code de la défense
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CES	Confédération européenne des syndicats
Cf.	Confer
ch.	chambre
chron.	chronique
CJ	Cour internationale de justice
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COJ	Code de l'organisation judiciaire
comm.	commentaire
Comm. CE	Commission des Communautés européennes
Comp.	comparer
Concl.	conclusions

Cons. const.	Conseil constitutionnel
consid.	considérant
Cons. prud'h.	Conseil de prud'hommes
Const.	Constitution
Cons. UE	Conseil de l'Union européenne
<i>Contra</i>	Opinion ou décision contraire
<i>Contrats, conc. consom.</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
Conv.	Convention
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Conv. OIT	Convention de l'Organisation internationale du travail
CPC	Code de procédure civile
CPJI	Cour permanente de justice internationale
C. trav.	Code du travail
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
D.	Décret
dactyl.	dactylographié(e)
<i>Dalloz actualité</i>	<i>Dalloz actualité</i>
DC	Décision constitutionnelle
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
DGT	Direction générale du travail
Dir.	Directive
Doc. COM	Commission européenne, document communautaire
Doc. fr.	La Documentation française
doctr.	doctrine
DP	<i>Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)</i>
<i>Dr. adm.</i>	<i>Droit administratif</i>
<i>Dr. fisc.</i>	<i>Droit fiscal</i>
<i>Dr. ouvrier</i>	<i>Droit ouvrier</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
éd.	édition
et a.	et autres
et s.	et suivants
fasc.	fascicule
GAJA	<i>Grands arrêts de jurisprudence administrative</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
HALDE	Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
Instr.	Instruction
JCl.	<i>JurisClasseur</i> (Encyclopédie)
JCP A	<i>JurisClasseur Périodique</i> (Semaine juridique), édition Administration et collectivités territoriales
JCP E	<i>JurisClasseur Périodique</i> (Semaine juridique), édition Entreprise et affaires
JCP G	<i>JurisClasseur Périodique</i> (Semaine juridique), édition Générale
JCP S	<i>JurisClasseur Périodique</i> (Semaine juridique), édition Sociale
JDI	<i>Journal de droit international</i> (Clunet)
JLMB	<i>Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles</i>
JO	<i>Journal officiel</i> de la République française
JOAN CR	<i>Journal officiel</i> de l'Assemblée nationale (débats parlementaires et réponses ministérielles à questions orales)
JOCE	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>

JO Sénat CR	<i>Journal officiel</i> du Sénat (débat parlementaires et réponses ministérielles à questions orales)
JOUE	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
JSL	<i>Jurisprudence Sociale Lamy</i>
Jurispr.	Jurisprudence
L.	Loi
<i>Liaisons soc.</i>	<i>Liaisons sociales (quotidien)</i>
<i>Liaisons soc. Europe</i>	<i>Liaisons sociales Europe</i>
LPA	<i>Les Petites affiches</i>
Mél.	<i>Mélanges</i>
n°	numéro
not.	notamment
obs.	observations
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OIT	Organisation internationale du travail
Ord.	Ordonnance
p.	page
Pas.	<i>Pasicrisie belge</i>
PE	Parlement européen
pt	point
préc.	précité
préf.	préface
Prop.	Proposition
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprocher
RCADI	<i>Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye</i>
RCJB	<i>Revue critique de jurisprudence belge</i>
RDC	<i>Revue des contrats</i>
RDLF	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger</i>
RD sanit. soc.	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
RDT	<i>Revue de droit du travail</i>
Rec.	Recueil
Rec. CE	<i>Recueil des arrêts du Conseil d'État</i>
Rec. CJUE	<i>Recueil numérique (général) des arrêts et avis de la Cour de justice de l'Union européenne</i>
rect.	rectification
rééd.	réédition
Règl.	Règlement
Rép. civ. Dalloz	<i>Répertoire civil Dalloz (Encyclopédie)</i>
Rép. Comm.	Réponse de la Commission européenne aux questions écrites
Rép. int. Dalloz	<i>Répertoire international Dalloz (Encyclopédie)</i>
req.	requête
Rés.	Résolution
Rev. crit. DIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RGAR	<i>Revue générale des assurances et des responsabilités</i>
RGDI publ.	<i>Revue générale de droit international public</i>
RJS	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
RRJ	<i>Revue de recherche juridique – Droit prospectif</i>
RPDS	<i>Revue pratique de droit social</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
RTDE	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>

<i>RTDH</i>	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
ss dir.	sous la direction de
Sté	Société
<i>supra</i>	ci-dessus
t.	tome
TA	Tribunal administratif
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
T. confl.	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TGI	Tribunal de grande instance
TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
<i>TPS</i>	<i>Travail et protection sociale</i>
TUE	Traité sur l'Union européenne
V.	Voir
vol.	volume

Préface

L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail... Sur l'échelle de la complexité, le thème peut prétendre aux places les plus élevées. En préciser les contours, déjà, est fort ardu. *Normes...* De quelles normes s'agit-il ? Uniquement de celles forgées par des États ou des groupements d'États ? Également de celles négociées par des organisations professionnelles d'employeurs, voire un employeur, avec des organisations de salariés ou quelque instance de représentation de tous ceux qui œuvrent au sein d'une entreprise ou d'un groupe présent sur le territoire de plusieurs États ? Faut-il ajouter celles façonnées par des juges, *stricto* ou *lato sensu*, dont la compétence s'exerce au-delà des frontières d'un État ? *Normes supranationales...* Elles excèdent, par essence, le cadre national. Mais celles élaborées dans celui de l'Union européenne en relèvent-elles ? Doivent-elles être rangées sous le vocable en débat au même titre que les pactes des Nations Unies ou les conventions de l'Organisation internationale du travail ? Quel sort réserver à celles issues des travaux conduits dans le cercle du Conseil de l'Europe ? Ce sont là questions majeures qui vont au-delà de la seule détermination du périmètre de l'ouvrage consacré par Charles Guyon, dans le champ du droit du travail, à l'influence que la norme venue d'ailleurs exerce sur celle définie par le législateur, le juge, les partenaires sociaux français. Il a tranché, car il le fallait, avec la volonté de convaincre qui est la marque d'une thèse. De celle qu'il nous offre aucun mot n'est à retrancher : la phrase est ciselée, le propos, jamais, ne s'égaré, l'argument qui l'appuie est là, toujours, pour emporter la conviction. Cette rigueur, jointe à un style qui ne s'embarrasse pas plus de circonvolutions qu'il ne se laisse aller aux digressions, sert une œuvre courageuse.

Du courage, il en faut à celui qui s'attache à mesurer et apprécier l'influence d'un ensemble normatif sur un autre. Triompher suppose une parfaite maîtrise des ensembles en concours avant que de pouvoir établir les corrélations utiles, procéder aux comparaisons pertinentes, pousser aux confrontations nécessaires de nature à révéler les jeux d'influences – si le synallagmatisme règne – ou le seul poids de l'un des deux blocs en présence si l'un prime. Et n'est-ce point d'unilatéralisme qu'il s'agit lorsque surgit une norme internationale ? Que ceux qui l'ont élaborée aient, peu ou prou, pris en compte les règles, traditions, cultures nationales n'est pas exclu, même si l'exercice trouve rapidement ses limites lorsque le dispositif à la conception duquel ils sont attelés a vocation à trouver application dans un grand nombre d'États, singulièrement s'ils s'égayent sur plusieurs continents (mais un seul peut suffire pour qu'il puisse être constaté que l'un fait d'un archevêque le deuxième personnage de l'État alors qu'à d'autres, partisans résolu de la séparation de l'Église et de l'État, cette idée est totalement étrangère). S'il est permis de percevoir dans cet effort de compréhension une « influence », il n'est là, en vérité, que prise en compte volontaire de situations juridiques et sociales préexistantes qu'il faut s'attacher à ne pas trop heurter afin que de la norme supranationale adoptée la réception soit assurée sans heurts excessifs susceptibles de provoquer des phénomènes de rejet qui peuvent eux-mêmes conduire un État à dénoncer la convention qu'il avait, naguère,

ratifiée ou à quitter le groupement d'États auquel il avait adhéré. Nulle construction humaine n'est immortelle. Celles qui n'ont pour fondement que la croyance en la force et la pérennité de la norme un jour adoptée le sont moins que toute autre : l'Histoire charrie traités piétinés, alliances rompues, rassemblements brisés. Le sable de la mer ne charrie pas que l'ombre des cathédrales du passé.

L'influence à l'examen de laquelle s'attache Charles Guyon est de nature différente. Elle ne tient pas seulement à l'effet magnétique que la norme supranationale peut exercer sur un droit national dont les artisans s'attachent à se rapprocher, sans qu'ils y soient contraints, pour des raisons qui peuvent tenir à une sincère croyance en sa supériorité, à la volonté de rendre plus aisés des échanges commerciaux, à celle de faciliter l'adhésion à l'organisation internationale à l'origine de la règle prise pour modèle... L'influence qui est au cœur des réflexions de Charles Guyon est celle naissant de la place reconnue par un État à la norme supranationale sur la pyramide normative qu'au fil du temps il a édifiée. Qu'elle soit éminente et son influence, alors, inéluctablement s'exercera. Parce que tel est le cas en France, les règles de droit qui y sont forgées constituent, sous l'angle retenu, un champ d'étude privilégié. Les vecteurs d'influence de la norme internationale sur la norme nationale ne manquent pas : l'article 55 de la Constitution, les impératifs hiérarchiques nés des traités fondateurs de l'Union européenne, la reconnaissance de « l'effet direct » de textes dont certains auraient pu penser qu'ils avaient pour seule vocation de régir des rapports interétatiques, donc qu'il était exclu qu'une personne privée puisse s'en prévaloir pour se soustraire à l'application de la loi nationale, sans oublier la « lumière » que des juges en quête de réécriture de ladite loi découvrent parfois dans la norme jaillie de quelque cercle supranational. Le droit du travail – même s'il n'est pas le seul – est une matière particulièrement propice à l'analyse de cette influence : les traités qui l'abordent, à titre exclusif, principal ou accessoire, sont nombreux ; des normes européennes y trouvent application ; des accords collectifs s'y déploient ; les juges y manifestent une particulière puissance créatrice.

Entre déconstruction et reconstruction, Charles Guyon souligne combien doit être nuancé le jugement porté sur cette influence dont nul aspect n'échappe à son scalpel. Au courage que traduit le champ d'étude retenu, il ajoute celui qu'impose, en des matières où la controverse peut naître promptement entre partisans intransigeants de thèses antagonistes, la volonté de maintenir en permanence le cap de l'analyse scientifique démontrant que les vertus ne sont point toutes l'apanage du même camp. Si l'influence de la norme supranationale sur le droit français du travail peut, dans certains cas, être considérée comme bienfaisante, il en est d'autres dans lesquels il est permis d'être plus circonspect. Au-delà d'effets techniques immédiats sur lesquels les jugements peuvent être partagés, il n'est pas sûr que son irruption ait toujours des conséquences bénéfiques pour les salariés, auxquels elle a souvent l'ambition d'assurer un surcroît de protection, lorsqu'elle met obstacle à l'application de dispositifs conçus pour faciliter leur accès à l'activité à laquelle ils aspirent, ou contribue à créer des charges et contraintes qui, affaiblissant les entreprises, emportent destruction d'emplois. Il n'est pas non plus avéré que son irruption apporte un puissant concours à la sécurité juridique à laquelle chacun prétend aspirer, singulièrement lorsqu'elle sert à fonder la non-application de la loi natio-

nale – portant au passage un coup supplémentaire à l'autorité de ceux qui l'ont forgée – ou la destruction d'accords, y compris en des circonstances où ils avaient reçu l'onction des pouvoirs publics.

Conduisant sans faillir l'étude entreprise, Charles Guyon offre à chacun – et non point seulement à ceux qui se préoccupent du jeu des normes qui gouvernent les relations de travail – une œuvre forte. Chacun y trouvera matière à réflexion, proposition et action. Nul n'y demeurera indifférent...

Bernard TEYSSIÉ

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Président honoraire de l'Université

Sommaire

Remerciements.....	IX
Liste des abréviations.....	XI
Préface.....	XV
Introduction.....	1

PREMIÈRE PARTIE

LA DÉSORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL

Titre 1 : LA DÉSORGANISATION DU MODÈLE FRANÇAIS DU TRAVAIL.....	15
Chapitre 1 : LE DÉCLIN DE L'AUTORITÉ DE LA LOI EN DROIT DU TRAVAIL.....	17
Chapitre 2 : LE DÉCLIN DE LA STABILITÉ DE LA LOI EN DROIT DU TRAVAIL.....	35
Titre 2 : LA DÉSORGANISATION DE LA NORME FRANÇAISE DU TRAVAIL.....	45
Chapitre 1 : L'ORIGINE DE LA DÉSORGANISATION DE LA NORME FRANÇAISE DU TRAVAIL.....	47
Chapitre 2 : LE TRAITEMENT DE LA DÉSORGANISATION DE LA NORME FRANÇAISE DU TRAVAIL.....	67

DEUXIÈME PARTIE

LA RÉORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL

Titre 1 : LA RÉORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL PAR LA HIÉRARCHISATION DES NORMES.....	113
Chapitre 1 : LA PLACE DE LA LOI SUPRANATIONALE DANS LA HIÉRARCHIE.....	115
Chapitre 2 : LA PLACE DU CONTRAT SUPRANATIONAL DANS LA HIÉRARCHIE.....	151
Titre 2 : LA RÉORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL PAR L'INTERPRÉTATION DES NORMES.....	185
Chapitre 1 : LA DÉFINITION DES NORMES, INSTRUMENT DE L'INTERPRÉTATION.....	187
Chapitre 2 : LA CONCILIATION DES NORMES, MOTEUR DE L'INTERPRÉTATION.....	243
Conclusion générale.....	273
Bibliographie.....	275
Index alphabétique.....	303

Introduction

1. – **Paradoxe.** Le 30 octobre 2014, à Paris, le président du MEDEF émet le vœu que soit dénoncée la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail⁽¹⁾. Quelques jours auparavant, à Londres, le Premier ministre britannique propose d'adopter une loi privant de portée les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme⁽²⁾. Au printemps 2015, l'« eurobaromètre » révèle que seulement 40 % des citoyens de l'Union européenne lui font « confiance »... contre 82 % en 1992⁽³⁾. La modification de la version initiale de la directive « Bolkestein »⁽⁴⁾ n'a pas fait disparaître le spectre du « plombier polonais »⁽⁵⁾... qu'entretiennent les derniers élargissements de l'Union⁽⁶⁾. De manière paradoxale, si les critiques émises sont si vives et les doutes aussi forts c'est que, des normes supranationales (I), l'influence n'a jamais été aussi forte (II), spécialement sur le droit français du travail (III).

I. – Des normes supranationales

2. – La notion d'influence, caractérisant le pouvoir exercé par un agent sur un sujet qui l'a accepté, apparaît en filigrane dans la définition (A) et l'identification des normes supranationales (B).

A. – Définition des normes supranationales

3. – **Normes... sources...** voilà deux termes qui sont parfois utilisés indistinctement pour embrasser l'ensemble du *corpus* normatif, d'origine « législative » (le droit dérivé, les engagements internationaux), « jurisprudentielle » (les arrêts des cours européennes et internationales), « para-juridictionnelle » (les déclarations d'organes et comités non juridictionnels) et « conventionnelle » (les accords des organisations syndicales et groupes de dimension transnationale). Ils désignent alors les « actes dont la fonction est d'élaborer les règles du droit »⁽⁷⁾. L'emploi du mot « normes » s'impose toutefois en ce qu'il désigne des prescriptions posant une règle de conduite⁽⁸⁾ : elles ont vocation à « donner à ceux à qui elles sont adressées la marge du possible à l'intérieur de laquelle doivent se tenir leurs agissements, leurs faits et gestes »⁽⁹⁾. Seule la norme, contrairement à la source qui l'abrite, peut

(1) L'Opinion 30 oct. 2014.

(2) *Le Monde* 10 oct. 2014.

(3) [Http://ec.europa.eu/public_opinion/index_fr.htm](http://ec.europa.eu/public_opinion/index_fr.htm).

(4) Dir. n° 2006/123/CE, 12 déc. 2006, relative aux services dans le marché intérieur : JOCE n° L 376, 27 déc. 2006, p. 36.

(5) V. not. J.-Ph. Lhernould, *La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational des travailleurs. Le plombier polonais est-il mort ?* : Dr. soc. 2005, p. 1191.

(6) V. not. J.-Ph. Lhernould, *L'Europe sociale après l'élargissement* : Dr. soc. 2004, p. 771. – G. Spyropoulos, *L'avenir incertain du modèle social européen dans une Europe élargie* : Dr. soc. 2005, p. 603. – F. Gaudu, *Libéralisation des marchés et droit du travail* : Dr. soc. 2006, p. 505. – C. Aubin, *À la recherche du modèle social européen* : Dr. soc. 2008, p. 484. – E. Dockès, *L'Europe antisociale* : RDT 2009, p. 145. – J.-Ph. Lhernould, *La Cour de justice de l'UE est-elle antisociale ?* : RJS 7/2010, p. 507. – M. Del Sol, M. Le Barbier-Le Bris et E. Lafuma, *Faut-il réviser la directive détachement ?* : RDT 2012, p. 262.

(7) G. Lyon-Caen, *L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces)* : Dr. soc. 2001, p. 1031.

(8) H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 1 ; *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 2^e éd. 1962 ; Bruylant-LGDJ, 2010, p. 13.

(9) P. Amssek, *Les fonctions normatives ou catégories modales*, in *L'architecture du droit : Mél. en l'honneur de M. Troper*, Economica, 2006, p. 51, spéc. p. 52.

orienter les comportements de ses destinataires. Le terme a en outre l'avantage de laisser deviner que trancher la question de l'articulation des normes supranationales et de celles formulées dans le cadre national est lourd d'enjeux de pouvoir.

4. – Supranationales... ce terme ne se confond ni avec celui de « supra-légales », ce qui laisse hors de son champ les normes d'origine privée, ni avec celui d'« internationales » qui exclut la norme transnationale forgée dans un cadre « régional ». L'expression « supra-étatique »⁽¹⁰⁾ peut séduire en ce qu'elle traduit clairement l'opposition avec les normes d'origine interne ; elle doit cependant être écartée, la référence « étatique » n'étant pas toujours pertinente. Une référence aux normes « transnationales »⁽¹¹⁾ serait davantage justifiée. Elle est extrêmement proche de celle opérée aux normes « supranationales », ces deux termes ayant l'un et l'autre des racines latines riches d'un « au-delà »⁽¹²⁾, en l'occurrence des normes forgées dans un cadre national. L'emploi du terme « supranational » présente toutefois l'avantage d'être porteur du second sens attribué à sa racine latine : « au-dessus »... qui renvoie, ici encore, à un enjeu de pouvoir.

B. – Identification des normes supranationales

5. – Normes internationales. Dans le paysage juridique international, les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) occupent une place singulière⁽¹³⁾. Élaborées par la Conférence internationale du travail, elles peuvent être adoptées sans que tous les États à qui elles sont adressées y soient favorables⁽¹⁴⁾. Tracer les frontières des compétences de cette organisation était donc impératif. Les combats menés pour la restreindre devant la Cour permanente de justice internationale furent tous perdus⁽¹⁵⁾. À l'OIT fut reconnue compétence pour traiter du travail dans l'agriculture⁽¹⁶⁾, des moyens et méthodes de production dès lors qu'ils ont des conséquences sur les conditions de travail⁽¹⁷⁾, du travail des non-salariés⁽¹⁸⁾ et de celui des travailleurs non manuels⁽¹⁹⁾. Reste cependant qu'une fois une convention adoptée, les États demeurent libres de ne pas la ratifier... et qu'une fois une convention ratifiée, sa méconnaissance n'expose guère le « contrevenant » à des sanctions en provenance de l'OIT⁽²⁰⁾.

6. – Normes du Conseil de l'Europe. Les auteurs de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les États qui l'ont ratifiée

(10) G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 29^e éd. 2015, p. 33.

(11) B. Teyssié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014.

(12) A. Rey (ss dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.

(13) V. not. J.-M. Servais, *Le droit international du travail en mouvement : déploiement et approches nouvelles : Dr. soc.* 1991, p. 447.

(14) Les autres instruments internationaux intéressant la matière sociale sont signés directement par les États et non par une organisation tripartite, qu'il s'agisse de conventions bilatérales ou multilatérales, à l'image de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux et de la Convention de New York sur les droits de l'enfant.

(15) Sur le sujet, V. not. N. Valticos, *Droit international du travail*, in G.-H. Camerlynck, *Droit du travail*, Dalloz, 2^e éd. 1983, n^{os} 232 et s., p. 184 et s.

(16) CPJl, 12 août 1922, avis consultatif n^o 2 : Série B, n^{os} 2 et 3, p. 9.

(17) CPJl, 12 août 1922, avis consultatif n^o 3 : Série B, n^{os} 2 et 3, p. 49.

(18) CPJl, 23 juill. 1926, avis consultatif n^o 13 : Série B, n^o 13, p. 6.

(19) CPJl, 15 nov. 1932, avis consultatif n^o 50 : Série A/B, n^o 50, p. 365.

(20) V. not. S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris et M. Del Sol, *Droit social européen et international*, PUF, 2^e éd. 2013, p. 14 et s.

n'avaient probablement pas envisagé que le droit à la vie serait invoqué pour fonder l'obligation des États, en cas d'accident du travail mortel, de mener d'office une enquête effective⁽²¹⁾. Seuls deux articles concernent les relations de travail, celui relatif à la liberté syndicale et celui portant interdiction du travail forcé. À ce champ normatif est dévolue la Charte sociale européenne⁽²²⁾, dont le contrôle ne relève pas de la Cour européenne des droits de l'homme mais du Comité européen des droits sociaux, saisi sur la base de réclamations collectives⁽²³⁾ et aux pouvoirs sensiblement plus limités. La Cour européenne s'en est toutefois progressivement emparée⁽²⁴⁾ en se fondant sur le principe d'indivisibilité des droits de l'homme⁽²⁵⁾ qui lui permet d'étendre l'application des droits civils et politiques aux relations de travail⁽²⁶⁾. L'emprise exercée par le juge européen sur ce segment de la vie sociale est exaltée par le déploiement de « l'interprétation évolutive », l'évolution s'opérant « à la lumière des conceptions actuelles »⁽²⁷⁾ et donnant, au fil des arrêts de la Cour, tout son sens à la formule inscrite dans le préambule de la Convention selon laquelle le but de ce texte – et, à travers lui, du Conseil de l'Europe – est le « développement » des droits de l'homme... au risque d'oublier que ce même texte précise que les États se sont résolus à ne prendre que « les premières mesures » propres à assurer la garantie des droits fondamentaux visés. À prendre trop de liberté avec les dispositions de la Convention, la Cour s'expose à affaiblir son autorité. Qu'elle manipule à son gré le recours au « dénominateur commun » aux droits internes propre à fixer les frontières de l'interprétation évolutive et la marge d'appréciation qu'elle reconnaît aux États lorsqu'ils portent atteinte aux droits et libertés protégés par la Convention est, à cet égard, lourd de dangers.

7. – Normes de l'Union européenne. L'harmonisation des normes applicables aux relations de travail était loin d'être au cœur des préoccupations des rédacteurs du traité de Rome⁽²⁸⁾. Si, dans les années 1970, quelques directives sont prises en ce sens,

- (21) CEDH, 9 mai 2006, req. n° 44872/98, *Pereira Henriques c/ Luxembourg* : JCP S 2006, 1480, note J. Cavallini.
- (22) V. not. N. Valticos, *La Charte sociale européenne, sa structure, son contenu, le contrôle de son application* : Dr. soc. 1963, p. 466. – P. Laroque, *La Charte sociale européenne* : Dr. soc. 1979, p. 100. – S. Grévisse, *Le renouveau de la Charte sociale européenne* : Dr. soc. 2000, p. 884. – J.-F. Akandji-Kombé et S. Leclerc, *La Charte sociale européenne*, Bruylant, 2001.
- (23) Charte sociale européenne, art. D ; Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives. – V. not. J.-F. Akandji-Kombé, *L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives* : Dr. soc. 2000, p. 888 ; *La France devant le Comité européen des droits sociaux* : Dr. soc. 2001, p. 977 ; *La procédure de réclamation collective dans la Charte sociale européenne, Chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux* : RTDH 2001, p. 1035. – J.-M. Belorgey, *La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux* : RD. sanit. soc. 2007, p. 226. – F. Sudre, *Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives* : RGDI publ. 1996, p. 715.
- (24) Sur le sujet, V. not. M. Bonnechère, *Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen ?* : Europe 2000, chron. 7. – J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux* : D. 2009, p. 739 ; *Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte* : RDT 2008, p. 16 ; *L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité* : D. 2005, jurispr. p. 36.
- (25) CEDH, 9 oct. 1979, req. n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*, série A, n° 32 : JDI 1982, p. 187, chron. P. Rolland.
- (26) F. Sudre, *La « perméabilité » de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux*, in *Pouvoir et Liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 467. – J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *La jurisprudence sociale de la Cour EDH : bilan et perspectives* : Dr. soc. 2010, p. 883. – J. Mouly, *Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'Homme* : Dr. soc. 2002, p. 799.
- (27) CEDH, 6 nov. 1980, req. n° 7367/76, *Guzzardi c/ Italie*, § 95, série A, n° 39. – CEDH, 23 mars 1995, req. n° 15318/89, *Loizidou c/ Turquie*, § 71 : Rec. CEDH 1998, IV ; D. 1996, somm. p. 2, obs. S. Perez.
- (28) Sur l'histoire du développement du droit social de l'Union européenne, V. not. M. Schmitt, *Droit du travail de l'Union européenne*, Larcier, 2012, p. 11 et s. – F. Kessler et J.-Ph. Lhernould, *Droit social et politiques sociales communautaires*, éd. Liaisons, 2003, p. 51 et s.

elles apparaissent parfois comme l'accessoire de la réalisation du marché commun. Avec les années 1990, le champ des politiques sociales est en revanche directement abordé, les initiatives prises en ce sens s'accompagnant de la reconnaissance du rôle des partenaires sociaux dans le processus normatif. Soumises, au gré des contentieux, à la Cour de justice, les règles édictées ont parfois été sensiblement « enrichies » par celle-ci au nom de la quête de l'effet utile de la norme édictée au point de lui donner une ampleur que ses auteurs n'avaient pas toujours mesurée. Mieux encore, elle n'hésite pas à façonner des notions dont les textes renvoyaient la définition aux États et à traiter de questions placées par les traités hors du champ de compétence des organes « législatifs » de l'Union, à commencer par le droit de grève.

Si le droit européen du travail a connu une phase d'expansion « législative » et jurisprudentielle, elle a, aujourd'hui, pris fin. Les indices en ce sens ne manquent pas : 1) les directives adoptées en matière sociale se bornent souvent à appliquer, réviser ou « codifier » des directives existantes ; 2) le dialogue social européen ne manifeste guère de vigueur, que ce soit au niveau interprofessionnel⁽²⁹⁾ ou professionnel⁽³⁰⁾ ; 3) la Commission peine à trouver des terrains d'entente avec le Conseil (ce que révèle l'échec de la révision de la directive n° 2003/88)⁽³¹⁾ et, au-delà, avec les États dont il est la traduction institutionnelle (ce qu'illustre le retrait de la proposition de règlement relatif au droit de grève⁽³²⁾, douze parlements nationaux l'ayant estimé contraire au principe de subsidiarité)⁽³³⁾, mais aussi avec les partenaires sociaux (dont témoigne son refus de présenter une proposition de directive permettant de transposer trois accords sectoriels signés en 2012)⁽³⁴⁾ ; 4) le message « confus »⁽³⁵⁾ délivré par le pouvoir politique sur la place du droit économique et du droit social dans la construction européenne conduit la Cour de justice à décider elle-même de leur articulation⁽³⁶⁾ ; 5) la Cour ne confère qu'une portée réduite à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁽³⁷⁾ et ne reconnaît qu'avec parcimonie l'existence de principes généraux du droit de l'Union européenne⁽³⁸⁾,

(29) V. not. J.-Ph. Lhernould, *La nouvelle directive CE européen : une victoire française... quelle victoire ?* : RJS 2/2009, p. 102.

(30) *La Commission européenne tente de réanimer le dialogue social* : Liaisons soc. Europe 2015, n° 372.

(31) V. not. J.-Ph. Lhernould, *Révision de la directive temps de travail : chronique d'un échec, quel échec ?* : RJS 7/2009, p. 523. – *Deux options pour réviser la directive sur le temps de travail* : Liaisons soc. Europe 2011, n° 267, p. 1.

(32) Cons. UE, Prop. de règlement relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services : Doc. COM (2012), 130 final, 21 mars 2012.

(33) V. not. S. Laulom, *Le détachement des travailleurs dans le cadre de la libre prestation de services* : *Semaine sociale Lamy* 21 juill. 2014, suppl., n° 1640, p. 56.

(34) *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 339, p. 4.

(35) J.-Ph. Lhernould, *La résistible ascension de la norme européenne* : JCP S 2015, 1249, spéc. n° 6. – J. Cavallini, *La formation de la norme européenne en matière de conflits collectifs*, in B. Teyssié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 191, spéc. n° 40.

(36) V. not. N. Moizard, *La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un noyau dur protecteur ?* : *Dr. soc.* 2008, p. 866. – S. Laulom, *Une nouvelle affaire de dumping social ou le plombier polonais n'était pas un mythe*, note ss CJCE, 3 avr. 2008 : *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1350, p. 12. – J.-Ph. Lhernould, *Illécitité d'une clause sociale dans un appel d'offres : le pot de terre contre le pot de fer ?* : RJS 7/2008, p. 601. – J. Cavallini, *Le détachement de salariés au sein de l'UE ou la prééminence du juge* : JCP S 2007, 1741.

(37) V. not. É. Carpano et E. Mazuyer, *La représentation des travailleurs à l'épreuve de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : précisions sur l'invocabilité horizontale du droit de l'Union* : RDT 2014, p. 312. – P. Rodière, *Un droit, un principe, finalement rien ? Sur l'arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014, Association de médiation sociale* : *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11. – J.-Ph. Tricoit, *Mise en place des IRP : des exclusions de l'effectif de l'entreprise à l'épreuve du droit européen* : JCP S 2012, 1301.

(38) V. not. J. Icard, *De l'impuissance du droit social européen. À propos des règles de calcul des effectifs* : *Dr. soc.* 2014, p. 408. – B. Bertrand, *Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne* : RFDA 2013, p. 1217.

ruinant les espoirs de certains qui pensaient trouver là le moyen de faire progresser la « justiciabilité » des droits sociaux fondamentaux que la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, qui y est consacrée, ne peut assurer à défaut d'avoir force contraignante⁽³⁹⁾.

Si cet « essoufflement » contribue à souligner les progrès naguère accomplis, il révèle aussi que « législateur » et juge européen ont conscience que la crise économique dans laquelle sont plongés, à des degrés divers, les États de l'Union n'est pas propice au déploiement de projets ambitieux en matière sociale. Au demeurant, le *corpus* normatif déjà élaboré ne manque pas d'ampleur et continue à marquer de son influence les normes forgées dans le cadre national...

II. – L'influence des normes supranationales

8. – Autorité persuasive. Souvent mobilisée pour évoquer l'emprise des normes supranationales sur le droit national⁽⁴⁰⁾, l'influence désigne une action, exercée sur quelqu'un ou quelque chose⁽⁴¹⁾, susceptible de degrés selon que l'agent est lui-même une personne ou une chose. Dans le second cas, l'influence est neutre. Elle est synonyme d'empreinte⁽⁴²⁾, d'apport⁽⁴³⁾, d'impact⁽⁴⁴⁾. Dans le premier, elle repose sur le pouvoir exercé par une personne sur une autre. Elle est synonyme d'ascendant et d'autorité⁽⁴⁵⁾. Ainsi en est-il lorsque sont examinés les rapports croisés qu'entretiennent normes nationales et supranationales⁽⁴⁶⁾, donc par métonymie, leurs auteurs. Progressive⁽⁴⁷⁾, inscrite dans le temps⁽⁴⁸⁾, l'influence s'exerce jusqu'à ce que l'œuvre à la réalisation de laquelle s'attache la norme supranationale soit

(39) V. not. P. Pochet, *Le premier rapport sur l'application de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs* : Dr. soc. 1993, p. 1 ; *L'actualité du droit du travail communautaire, la mise en œuvre de la charte de 1989* : Dr. soc. 1993, p. 695.

(40) V. not. M. Schmitt, *L'influence du droit de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi* : RD sanit. soc. 2014, p. 454. – P. Rodière, *L'influence du droit communautaire et du droit international* : Dr. soc. 2008, p. 895. – S. Robin-Olivier, *L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur le droit social français* : Bull. dr. comp. travail et Sécurité sociale 2003, p. 149. – S. Hennion, *L'influence du droit social communautaire sur le droit interne* : Dr. soc. 1992, p. 736. – A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse, ss dir. L. Leveneur, Dalloz, 2002. – L'influence est aussi mobilisée, plus généralement, pour caractériser les rapports entretenus entre deux corps de règles juridiques : V. not. O. de Schutter, *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss (ss dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 189.

(41) L'influence désigne, à l'origine, le « flux provenant des astres et agissant sur les hommes et les choses », par emprunt au latin médiéval *influentia*, dérivé de *influere*, qui en latin classique signifie « couler (dans, sur) ». Ce sens, depuis le XVIII^e siècle, n'est que rarement retenu (A. Rey [ss dir.], *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010).

(42) *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2008.

(43) V. not. J.-M. Verdier, *L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail*, in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 51.

(44) P. Fieschi-Vivet, *L'impact de la communauté européenne sur le droit du travail français* : RJS 10/1990, chron. p. 503. – Adde, dans le champ de la protection sociale, M. Laroque, *L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française* : Dr. soc. 1997, p. 961.

(45) *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, Le Robert, 2008.

(46) V. not. Conseil d'État, *L'influence internationale du droit français*, Doc. fr., coll. « Les études du Conseil d'État », 2001. – J.-B. Blaise, *Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence* : France, in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées, Études en hommage à Louis Dubouis*, Doc. fr., 2000, p. 31. – J.-C. Bonichot, *L'influence des droits nationaux sur l'élaboration de la norme jurisprudentielle communautaire* : Justice et Cassation 2009, p. 233.

(47) A. Rey (ss dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.

(48) V. not. J. Richard de La Tour, *Le droit du travail dans le droit de l'Union européenne* : *Semaine sociale Lamy* 2011, suppl., n° 1508, p. 131, spéc. p. 133. – M. Del Sol, *Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne* : Dr. soc. 2014, p. 627.

achevée. « Volontairement subie »⁽⁴⁹⁾, elle est porteuse d'ambivalence, le sujet acceptant de se soumettre à son emprise : le pouvoir reconnu aux constructeurs des normes supranationales est admis par leurs destinataires. « Juridique » (A), « dialectique » (B) et « éthique » (C), l'influence revêt de multiples visages.

A. – L'influence « juridique »

9. – **Séparation.** La France est souvent présentée comme un État moniste, alors même que, du point de vue du droit international, il n'y a pas de monisme à l'état pur, confondant l'ordre juridique international et les ordres nationaux, pour la raison que la constitution de chaque État crée une barrière entre le droit interne, autonome, et le droit international, qui lui est extérieur⁽⁵⁰⁾. Monisme et dualisme ne sont que l'expression de choix constitutionnels relativement à la manière de recevoir la norme supranationale. La Constitution française est d'inspiration moniste puisqu'elle opère une incorporation automatique des normes supranationales dans le *corpus* national dès lors qu'elles ont été ratifiées, ce qui n'est pas le cas en Grande-Bretagne⁽⁵¹⁾, en Italie ou en Allemagne⁽⁵²⁾. La norme supranationale ne peut, seule, imposer sa primauté à la norme nationale. Les éventuelles proclamations contraires⁽⁵³⁾ n'y changent rien.

10. – **Sanction.** La violation d'une norme supranationale ne peut être sanctionnée (et sous réserve que l'organe de contrôle en ait le pouvoir) que par le jeu d'amendes ou l'ouverture donnée au paiement d'une indemnité aux personnes qui en furent victimes. L'État qui en accepte le risque peut persister dans la méconnaissance de la norme transgressée... même si l'« harmonieuse unité du droit »⁽⁵⁴⁾ s'en trouve compromise. La primauté de la norme supranationale n'emporte pas, en soi, son application⁽⁵⁵⁾. Des considérations empruntées au respect du principe de séparation des pouvoirs et à la sauvegarde de la prévisibilité du droit, donc à l'impératif de sécurité juridique, sont de nature à y mettre obstacle. Ainsi, le procureur général Matter en 1932 avait-il pu défendre l'idée selon laquelle doit être appliquée la loi plutôt que le traité naguère conclu, peu important qu'elle s'en écarte⁽⁵⁶⁾. La prescription était d'importance en un temps où ni les normes supranationales (faute de le pouvoir) ni le constituant français (faute de le prévoir) n'imposaient la reconnaissance d'un quelconque effet direct de la norme édictée hors du cadre national.

(49) *Trésor de la Langue française*, en accès libre sur www.cnrtl.fr.

(50) R. Rivier, *Droit international public*, PUF, 2^e éd. 2013, n° 619, p. 517, et n° 624, p. 523. – A. Pellet, *Vous avez dit « monisme » ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française*, in *L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Economica, 2006, p. 827.

(51) V. not. H. Fox, P. Gardner et Ch. Wickremasinghe, *United Kingdom*, in P.-M. Eisemann (ss dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national, Étude de la pratique en Europe*, Kluwer, 1996, p. 495. – J. Duthéil de La Rochère, *Le droit international fait-il partie du droit anglais ?*, in *Le droit international : unité et diversité : Mélanges offerts à P. Reuter*, Pedone, 1981, p. 244.

(52) R. Rivier, *Droit international public*, PUF, 2^e éd. 2013, n° 625, p. 524.

(53) CJCE, 5 févr. 1963, aff. C-26/62, *Van Gend en Loos* : *Rec. CJCE* 1963, I, p. 3. – CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ ENEL* : *Rec. CJCE* 1964, I, p. 1141. – CJCE, 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Simmenthal* : *Rec. CJCE* 1978, I, p. 629. – V. not. L.-J. Constantinesco, *La spécificité du droit communautaire* : RTDE 1966, p. 14. – Adde, s'agissant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : F. Lazaud, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, ss dir. J.-F. Flauss, PUAM, 2006, t. II. – E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, p. 340. – J. Velu, *À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours*, in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 527.

(54) H. Kelsen, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public* : RCADI 1926, IV, p. 280.

(55) R. Rivier, *Droit international public*, PUF, 2^e éd. 2013, n° 619, p. 517.

(56) *Concl. Proc. gén. sur Cass. civ.*, 22 déc. 1931 : DP 1932, 1, p. 131, spéc. p. 134.

B. – L'influence « dialectique »

11. – **Persuasion.** À la réception de la norme supranationale dans le cercle national, l'outil de la persuasion est nécessaire, celle selon laquelle la raison supranationale serait la meilleure⁽⁵⁷⁾. Le charme opère alors progressivement. En France, abandonnant la « doctrine Matter »⁽⁵⁸⁾, le juge, avec le relais du Conseil constitutionnel⁽⁵⁹⁾, a fini par admettre l'effet direct d'un nombre croissant de normes supranationales, écartant ainsi la norme nationale contraire. Mais le charme n'opère pas toujours. Ainsi, au Royaume-Uni, le juge ne peut-il exclure l'application de la loi britannique alors même qu'elle lui apparaîtrait contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽⁶⁰⁾.

12. – **Altération.** Trop sensible au charme de la raison supranationale, le juge national change de maître. Il devient la bouche de la loi supranationale⁽⁶¹⁾ avec le risque qu'il devienne l'instrument d'un affaiblissement supplémentaire de l'autorité de la loi et d'une érosion accélérée du principe de sécurité juridique. À l'équilibre même des pouvoirs dans la Cité il peut être porté atteinte lorsqu'au citoyen il sera reproché d'avoir appliqué la loi adoptée par le Parlement.

C. – L'influence « éthique »

13. – **Appropriation.** Le pouvoir de séduction des normes supranationales n'atteint pas seulement les autorités publiques. En marge du droit international institutionnel prend forme, depuis le milieu des années 1990, un droit international « conventionnel » – qui « contractualise » parfois des pans importants du premier – né sur la base d'accords de droit privé conclus par des entreprises ou groupes de dimension transnationale avec des organisations syndicales européennes ou internationales ou avec des instances transnationales de représentation du personnel⁽⁶²⁾. Manifestant l'attachement de leurs signataires à un certain nombre de valeurs, ils sont nourris de références aux droits fondamentaux des travailleurs et à des principes éthiques⁽⁶³⁾. Outils de communication, ils peuvent aussi contribuer à

(57) V. not. D. Simon, *Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ?*, in *L'Europe et le droit : Mél. en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 481, spéc. p. 484. – E. Debout et B. Nabil, *L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne : RFDA 2010*, p. 1021.

(58) Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Sté cafés Jacques Vabre* : *Bull. civ.* 1975, ch. mixte, n° 4 ; *D.* 1975, p. 497, concl. A. Touffait ; *AJDA* 1975, p. 134. – CE, 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo* : *Rec. CE* 1989, p. 190 ; *D.* 1990, p. 135, note P. Sabourin et p. 57, chron. R. Kovar.

(59) Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* : *JO* 13 mai 2010.

(60) Human Rights Act, art. 4, § 6. – V. not. P.-M. Mabaka, *L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique* : *RTDH* 2000, p. 11.

(61) Ce qui n'exclut pas que le juge français résiste parfois à certaines solutions jurisprudentielles supranationales. Ainsi la chambre sociale de la Cour de cassation persiste-t-elle à exiger, pour caractériser le transfert d'entreprise, contrairement à la Cour de justice, l'existence d'éléments matériels, même dans les entreprises « de main-d'œuvre » (Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-42.615, *Féd. nationale Léo Lagrange c/ M. R.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 151 ; *JCP S* 2009, 1391 ; *RJS* 10/2009, n° 769. – Cass. soc., 25 avr. 2007, n° 04-47.710, *M. H. c/ Sté PCTS [Hôtel Première Classe]* : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1314, p. 12, note J.-Ph. Lhernould).

(62) V. not. B. Teyssié, *Négociation. Convention et accord collectif. Négociation transnationale* : *JCl. Travail Traité*, Fasc. 1-39, spéc. n° 26. – *Adde S. Izard, Les accords d'entreprise ou de groupe à caractère transnational*, thèse dactyl., ss dir. B. Teyssié, Paris II, 2011.

(63) V. not. C. Sachs-Durand, *Commentaire de l'accord France Télécom du 21 décembre 2006 sur les droits sociaux fondamentaux* : *RDT* 2007, p. 107.

l'application d'un corps de règles homogènes dans l'ensemble des pays où l'entreprise ou le groupe exerce son activité.

14. – Harmonisation. Souvent conclus comme des outils d'harmonisation des règles en vigueur dans les diverses implantations de l'entreprise ou du groupe, les accords signés, faute de s'inscrire dans un cadre juridique précis, suscitent bien des interrogations lorsque vient le temps de mesurer leur autorité. Les transposer, État par État, par voie d'accords locaux permet de lever nombre d'incertitudes mais ne peut guère être jugé satisfaisant. Partir en quête d'une *lex socialia* ou, dans le périmètre de l'Union européenne, d'un régime spécifique serait, à tous égards, préférable. Mais le chemin est semé d'embûches...

III. – L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail

15. – Irradiation. L'ensemble des branches du droit privé français subit l'influence des normes supranationales. Le droit civil⁽⁶⁴⁾ y est fortement exposé, qu'il s'agisse de filiation, avec la gestation pour autrui, d'état civil, avec le transsexualisme, de respect de la vie privée ou de protection du consommateur. Le droit pénal⁽⁶⁵⁾ n'y échappe pas : outils de renseignement et d'investigation, garde à vue, déroulement du procès, voies de recours, modalités d'exécution des peines en offrent autant d'illustrations. Il n'est donc pas étonnant que le droit du travail y soit soumis, les instruments européens et internationaux étant nombreux à s'en préoccuper⁽⁶⁶⁾ avec l'actif concours d'organes de contrôle parfois fort « créatifs », que ce soit hors du cercle national – la Cour européenne des droits de l'homme ayant usé du terrain des relations de travail pour bâtir la théorie de l'invocabilité horizontale de la Convention⁽⁶⁷⁾ – ou dans le cadre étatique. Les nombreux contentieux que suscitent les relations de travail donnent aux juridictions judiciaires – civiles et pénales – et aux juridictions administratives l'occasion de démontrer régulièrement combien elles sont réceptives au contrôle de « conventionnalité »⁽⁶⁸⁾. Les notions (A), les méthodes (B) et les comportements (C) en sont modifiés.

A. – L'influence sur les notions

16. – Condamnation. Sur la conformité du droit français du travail aux normes supranationales l'incertitude règne avec une intensité accrue chaque fois que le juge transforme les préceptes généraux inscrits dans un texte européen ou international

(64) V. not. A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse, ss dir. L. Leveneur, Dalloz, 2002.

(65) V. not. F. Ost, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme*, in Y. Cartuyvels et alii (ss dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Facultés universitaires Saint Louis, Bruylant, 2007, p. 6. – B. Bouloc, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, in *Droit pénal, droit européen* : Mélanges offerts à G. Levasseur, Litec, 1992, p. 103.

(66) V. not. J.-Ph. Tricoit, *La chambre sociale de la Cour de cassation face à la prolifération des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux* : Dr. soc. 2012, p. 178. – J.-F. Akandji-Kombé, *Le droit social : droit national, international ou européen ?* : Semaine sociale Lamy 2011, suppl., n° 1508, p. 119.

(67) A. Seifert, *L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé* : RTDE 2012, p. 801.

(68) J.-F. Akandji-Kombé, *De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne* : Dr. soc. 2012, p. 1014. – Adde, J. Mouly et J.-P. Marguénaud, *La chambre sociale de la Cour de cassation : pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France* : JCP S 2009, 1001.

en autant de règles de droit dont il impose le respect⁽⁶⁹⁾. Des standards sont sollicités pour exclure l'application de lois rétroactives déclarées contraires au droit à un procès *équitable*, ou condamner, faute de répondre à l'exigence d'impartialité, la composition de juridictions ; le droit à une rémunération *équitable* fut mobilisé pour critiquer le mécanisme des forfaits-jours ; le droit à une durée *raisonnable* de travail l'a été en matière d'astreinte ; l'absence de caractère *raisonnable* de la durée de la période « d'essai » a conduit à la censure du contrat « nouvelles embauches » ; la *liberté syndicale* impose que les militaires puissent constituer des organisations placées sous cette bannière ou y adhérer. Des normes « techniques », plus précises que les droits fondamentaux, peuvent aussi contribuer à la censure de la norme nationale. Le droit français des congés payés, modifié sur plusieurs points par l'effet de la directive n° 2003/88, offre témoignage d'un processus de « déconstruction » et de « reconstruction » sur lequel bien des jugements peuvent être portés, y compris celui qui entend l'analyse en une technique particulièrement aboutie de rénovation du *corpus* normatif⁽⁷⁰⁾.

17. – **Rénovation.** La diffusion des normes supranationales dans le cercle national peut constituer un facteur de rénovation des normes forgées en son sein. Le propos peut trouver à s'appliquer sur des points particuliers : exécution d'une décision de justice comportant une dimension internationale⁽⁷¹⁾, protection des salariés occupés au chargement ou au déchargement de bateaux⁽⁷²⁾, motivation du licenciement, etc. Au-delà, la norme supranationale peut être mobilisée au service d'opérations qui échappent largement à l'emprise de la règle nationale, telles les cessions d'entreprises à caractère transfrontalier⁽⁷³⁾.

B. – L'influence sur les méthodes

18. – **Invocation.** Le principal défi auquel sont confrontés les destinataires des normes supranationales est de maîtriser les différentes modalités selon lesquelles elles peuvent être invoquées⁽⁷⁴⁾, à commencer par celle passant par la reconnaissance de leur effet direct, porteuse du risque que le citoyen soit condamné pour avoir respecté une loi censurée en raison de sa non-conformité à une norme supranationale. Le juge joue ici un rôle clé : il définit les critères de l'effet direct, fixe les règles d'articulation des engagements internationaux de la France⁽⁷⁵⁾, détermine le régime de responsabilité de l'État en raison de l'adoption de lois « inconvencionnelles », donne ouverture

(69) V. not. M. Bonnechère, *Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen ? : Europe 2000*, chron. 7. – A. Linden, *Garantie des droits fondamentaux du salarié : éléments de jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation : Dr. ouvrier 2011*, p. 73.

(70) V. not. J.-Ph. Lhermould, *L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE : Dr. soc. 2010*, p. 893.

(71) Cass. soc., 14 janv. 1987, n° 84-40.144, SA *Kepler c/ M. C.* : Bull. civ. 1987, V, n° 19, p. 10. – Cass. soc., 17 oct. 1997, n° 94-45.445, M. S. c/ *Sté Himolla* : Bull. civ. 1997, V, n° 456, p. 325 ; JCP G 1998, IV, 1303.

(72) Cass. soc., 6 juin 1973, n° 72-40.602, M. L. c/ *CCI de Paris* : Bull. civ. 1973, V, n° 371, p. 335.

(73) P. Morvan, *La norme transnationale dans le droit des restructurations*, in B. Teysié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 172, spéc. n° 305, p. 186.

(74) V. not. J.-F. Akandji-Kombé, *De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne : Dr. soc. 2012*, p. 1014. – A. Jeammaud, *Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail : Dr. soc. 1986*, p. 399.

(75) V. not. S. Laulom, *L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 : RDT 2011*, p. 298. – D. Alland, *Le juge interne et les « conflits de traités »*

à l'interprétation du droit national « à la lumière » d'une norme supranationale, spécialement d'une directive. Des « torsions » peuvent ainsi être infligées au droit français du travail, emportant ou susceptibles d'emporter reconstruction de pans majeurs tels ceux relatifs au temps de travail ou à l'information et à la consultation des représentants du personnel.

C. – L'influence sur les comportements

19. – L'influence des normes supranationales dépend de la volonté de leurs destinataires de les respecter. Le propos vaut pour le législateur et le juge. Mais il vaut aussi, dans le champ des relations de travail, pour l'employeur.

20. – **Législateur.** La multiplication des normes supranationales impose au législateur la vigilance⁽⁷⁶⁾. Que la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi⁽⁷⁷⁾ qualifie d'économique le motif de licenciement du salarié réfractaire à l'accord de maintien de l'emploi révèle qu'il en a conscience. L'enjeu est d'importance. Les mésaventures qui ont frappé l'ordonnance portant création du contrat « nouvelles embauches » suffisent à le démontrer. « Sauver » un texte dont la contrariété à une norme supranationale a été établie est un exercice juridiquement et politiquement difficile même si, au prix de certaines modifications, un tel « sauvetage » est parfois concevable.

21. – **Préteur.** Le pouvoir que confère au juge français le contrôle de « conventionnalité » des lois est grand, d'autant que la vigueur avec laquelle il est déployé dépend de sa seule volonté. Il lui impose de mesurer la responsabilité qui, à cet instant, lui incombe⁽⁷⁸⁾ : en censurant la loi, il affaiblit l'autorité du Parlement et, si elle a déjà reçu de nombreuses applications, il expose tous ceux qui se sont engagés dans cette voie à être condamnés pour avoir mis en œuvre un texte pourtant publié au *Journal officiel*. Devant exercer son office « pénétré de l'esprit des lois »⁽⁷⁹⁾ nationales... et supranationales⁽⁸⁰⁾, le juge est placé dans une situation délicate. Il doit, à

internationaux : RFDA 2012, p. 26. – M. Gautier, *Les conflits entre conventions internationales devant le juge administratif français* : Dr. adm. 2002, chron. 9.

(76) V. not. D. Baugard, *Le droit international et européen dans le processus : prévenir les risques d'inconventionnalité*, in G. Couturier et J.-F. Akandji-Kombé (ss dir.), *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi, le passage de l'accord à la loi*, Les rencontres sociales de la Sorbonne, vol. 1, IRJS éd., 2013, p. 27.

(77) L. n° 2013-504, 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi : JO 16 juin 2013. – V. not. B. Teyssié, *Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 : vers un nouveau droit du travail ?* : JCP S 2013, 1257.

(78) La Cour de cassation, dans son rapport annuel de 2006, consacre son étude à son rôle dans « la construction juridique européenne ». Celui-ci, nous dit-elle, y est « décisif » (Cour de cassation, Rapport annuel 2006, *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Doc. fr., p. 77, spéc. p. 97).

(79) J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse, an IX.

(80) V. not. F. Grévisse et J.-C. Bonichot, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres*, in *L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à J. Boulois*, Dalloz, 1991, p. 297. – A. Barav, *La plénitude du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit : Mélanges en hommage à J. Boulois*, Dalloz, 1991, p. 2. – O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, thèse, ss dir. J.-C. Gautron, Dalloz, 2001. – F. Chaltiel, *L'application du droit communautaire par le juge national, in 50 ans de droit communautaire : Mélanges en hommage à G. Isaac*, t. 2, PU Sciences Sociales Toulouse, 2004, p. 834. – S. El Boudouhi, *Le juge interne, juge du droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne* : RFDA 2014, p. 371. – La capacité du juge qui exerce ses fonctions dans le périmètre d'un État à défendre les intérêts nationaux et supranationaux n'est pas une exacte déclinaison de la théorie du « dédoublement fonctionnel » développée par le professeur Georges Scelle, car le juge n'agit pas à la fois dans l'ordre international et dans l'ordre national mais uniquement au sein de celui-ci (G. Scelle, *Règles générales du droit de la Paix* : RCADI 1933, IV, p. 331, spéc. p. 368, écrivant que « dans l'ordre interétatique (...) les gens et gouvernants étatiques (...) sont investis d'un double rôle. Ils sont agents

tout le moins, se garder d'interpréter une norme supranationale dans une mesure que le juge supranational ne lui impose pas.

Interpréter la loi française à l'aune d'une norme supranationale à laquelle il donne une portée inédite est un exercice qu'il lui faut bannir. Il peut avoir des conséquences que le juge peine lui-même à mesurer. L'obligation de sécurité « de résultat », que la Cour de cassation fonde sur la directive n° 89/391/CEE alors que la Cour de justice de l'Union européenne n'impose pas cette interprétation en fournit une forte illustration. En interprétant la norme supranationale, le juge finit par fixer lui-même l'étendue des obligations mises à la charge de l'État qui en est destinataire. De ce pouvoir, il importe que soit fait un usage mesuré, toujours à la lumière de l'impact, sur les normes nationales et l'organisation, voire l'équilibre de la Cité, de la solution retenue.

22. – **Employeur.** S'il est désormais acquis que celui qui veut s'informer de l'état des normes applicables aux relations de travail ne doit pas se contenter de la lecture du *Journal officiel* mais doit aussi se préoccuper de l'état de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation, il reste parfois à le convaincre de s'intéresser à la substance des normes supranationales susceptibles de trouver application dans ce champ disciplinaire, y compris celles forgées par les juges dont elles relèvent au premier chef⁽⁸¹⁾. Il n'est pas sûr que les employeurs soient toujours attentifs, au risque de quelques mésaventures lorsque surgit un contentieux, même si, peu à peu, leur regard se porte vers Genève, Bruxelles, Luxembourg ou Strasbourg.

23. – **Plan.** L'influence exercée par les normes supranationales sur le droit français du travail emporte un « mouvement de déconstruction-reconstruction » qui est un classique de « l'histoire sociale »⁽⁸²⁾. S'il se traduit d'abord par une désorganisation du *corpus* normatif (Première partie) de nature à engendrer quelque inquiétude tant il peut être source d'insécurité, l'acquis, y compris législatif, pouvant être détruit sans que les acteurs de la vie sociale, à commencer par les entreprises, aient eu pleinement conscience de sa fragilité, il emporte aussi, au second degré, une réorganisation (Deuxième partie) qui, au gré des circonstances, servies avec plus ou moins de talent par ceux qui ont la charge d'y procéder, peut être synonyme de rénovation.

et gouvernants nationaux lorsqu'ils fonctionnent dans l'ordre juridique étatique ; ils sont agents et gouvernants internationaux lorsqu'ils agissent dans l'ordre juridique international. C'est ce que nous appellerons la loi fondamentale du doublement fonctionnel »).

(81) V. not. M. Bonnechère, *La production des cours européennes en droit social : éléments de réflexion : Dr. ouvrier* 2008, p. 553.

(82) G. Lyon-Caen, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995, p. 9.

LA DÉSORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL

24. – **Le donné.** Une loi peut être brisée en raison de sa contrariété à un texte supranational alors même qu'il est loin d'être acquis qu'il enferme des règles suffisamment précises pour être directement invoquées dans le cadre d'un procès : la « censure » des dispositions relatives au contrat « nouvelles embauches » l'a vigoureusement démontré. Alors que seules nourrissaient le contentieux, ou presque, des conventions internationales à l'objet technique, relatives notamment à la détermination des juridictions compétentes lorsque le litige a un caractère transnational, l'ensemble du droit européen et international alimente désormais de manière croissante la réflexion des plaideurs (la recherche des arguments les plus forts l'impose), des magistrats (leur statut de juge de la conventionnalité l'exige), du législateur (le respect des traités dont il a autorisé la ratification l'ordonne) et de la doctrine (en quête de compréhension d'un phénomène sur lequel tous les auteurs sont loin de jeter le même regard).

Au demeurant, l'influence des normes supranationales n'a pas uniquement des raisons d'ordre juridique. Elle participe aussi, et surtout, d'une entreprise de persuasion qui conduit les autorités nationales en charge de l'édiction des normes à perdre la maîtrise de leur œuvre.

25. – **Le (dé)construit.** L'essor des normes supranationales entraîne une désorganisation du droit français du travail. Leur diffusion doit être maîtrisée ; elle implique de ne jamais sacrifier l'orthodoxie juridique et la prévisibilité du droit sur l'autel de l'effet utile de la norme européenne ou internationale. Le respect de cette exigence conditionne l'adhésion des autorités nationales et, derrière elles, des citoyens aux projets d'harmonisation des règles qui les gouvernent.

L'ampleur du processus de transformation du droit français du travail doit d'abord être mesurée au niveau macro-juridique : quelle désorganisation subit le modèle juridique sur lequel le droit français du travail est fondé (Titre 1) ? À un niveau micro-juridique, quelle est celle que subissent les normes qui le composent (Titre 2) ?

LA DÉSORGANISATION DU MODÈLE FRANÇAIS DU TRAVAIL

26. – Les rédacteurs du Code civil étaient animés par la volonté de rendre le peuple heureux par ses lois, ce qui suppose, selon Cambacérès⁽¹⁾, leur fermeté et leur stabilité. La diffusion des normes supranationales consume progressivement ces qualités. Tous les compartiments du droit privé sont concernés. Le droit du travail est particulièrement affecté tant les sources européennes et internationales sont, en ce domaine, nombreuses et souvent invoquées dans les prétoires. Le modèle juridique français a été bâti sur la base d'une loi souveraine et d'un strict partage des pouvoirs entre le législateur et le juge. La force des normes supranationales et de leurs interprètes a été de convaincre les autorités nationales à consentir à des abandons successifs de souveraineté et d'user largement du contrôle de conventionnalité pour détruire l'œuvre du Parlement.

L'autorité de la loi, condition de son respect, est affaiblie. Elle ne garantit plus aux citoyens qui l'ont observée qu'elle leur sera appliquée lorsque viendra le temps du procès. L'intérêt général dont elle assure l'expression risque alors de céder au profit de droits subjectifs. Incapable de préserver l'autorité de son œuvre, le législateur est aussi privé du pouvoir d'en maîtriser le sens. La quantité des normes supranationales, jointe à la diversité des organes autorisés à en apprécier la portée, rend incertaine son interprétation, d'autant qu'elle est, au fil du temps, susceptible de varier selon le juge, national ou supranational, qui est appelé à en connaître. Or, l'autorité (Chapitre 1) et la stabilité de la loi (Chapitre 2) constituent la clé de son assimilation par le corps social.

(1) P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, p. 109.

LE DÉCLIN DE L'AUTORITÉ DE LA LOI EN DROIT DU TRAVAIL

27. – Sous l'influence des normes supranationales, le pouvoir normatif du législateur s'affaiblit (Section 1), phénomène aggravé par la « montée en puissance » du juge en tant que « diseur de normes » (Section 2).

S E C T I O N 1

L'affaiblissement de l'autorité de la loi

28. – À l'affaiblissement de l'autorité de la loi, les autorités nationales ont puissamment contribué (§ 1)... avec l'actif concours du juge supranational (§ 2).

§ 1. – Consentement à l'affaiblissement de l'autorité de la loi

29. – Une partie de la doctrine (I), le juge (II) et le constituant (III) ont, par leurs efforts conjugués, contribué à l'affaiblissement de l'autorité de la loi.

I. – La doctrine

30. – **Critique de la loi nationale.** L'autorité de la loi repose de moins en moins sur son ancienneté et sur la légitimité de ses auteurs⁽¹⁾ ; elle tient désormais à sa capacité à convaincre ses destinataires qu'elle leur est profitable⁽²⁾. Parallèlement à l'accroissement des critiques adressées par la doctrine, dans la suite des travaux de Gény⁽³⁾, à la qualité de la loi⁽⁴⁾, s'est développée l'idée qu'elle était insuffisante : l'accès à des

(1) G. Burdeau, *Le déclin de la loi* : Arch. phil. dr. 1963, p. 37.

(2) Le propos n'est pas propre à la loi. Selon Max Weber, les fondements de l'autorité ont varié au fil du temps : elle repose de moins en moins sur la légitimité « ancestrale », liée à la force du passé, voire sur la légitimité « charismatique », liée à la force d'un individu, mais puise dans la légitimité « légale rationnelle », tirée de la démonstration concrète de sa compétence par la personne ou l'objet dont l'autorité est évaluée (M. Weber, *Économie et société*, chap. III, Plon, 1992).

(3) F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, t. 1, LGDJ, 1932, n° 46 à 49.

(4) Sur ce constat, V. not. F. Terré, *La crise de la loi* : Arch. phil. dr. 1980, p. 17.

droits subjectifs nouveaux⁽⁵⁾, y compris sur les terres du droit du travail⁽⁶⁾, passerait par le jeu de normes supranationales.

31. – Éloge de la loi supranationale. Les normes supranationales reçoivent un accueil favorable d'une large part de la doctrine⁽⁷⁾, exprimant le regret que les libertés et droits fondamentaux ne connaissent pas de plus amples développements. Alors que cette catégorie de normes, dont il n'est guère possible de donner une définition unitaire⁽⁸⁾, était essentiellement destinée à protéger les individus contre l'action arbitraire de l'État⁽⁹⁾, la doctrine y puise les fondements permettant d'asseoir les prétentions des plaideurs en jouant du fait que personne n'est, en soi, opposé aux solutions fondées sur les valeurs fondamentales, comme le droit au respect de la vie privée⁽¹⁰⁾ ou à des conditions de travail justes et équitables⁽¹¹⁾.

II. – Le juge

32. – Invitation spéciale. Condamner la capacité du juge français de contrôler la conventionnalité des lois n'est ni sérieusement envisageable, ni souhaitable. Mais la manière d'opérer ce contrôle peut évoluer. L'article 55 de la Constitution fonde la primauté des traités internationaux sur les lois internes, non la façon de l'assurer. La Cour de cassation appliquait autrefois la « doctrine Matter », du nom du procureur général qui l'a formulée⁽¹²⁾. Lorsque le traité était postérieur à l'adoption d'une loi contraire à ses dispositions, la cour faisait prévaloir celui-ci au motif qu'il avait implicitement abrogé celle-là⁽¹³⁾. Cette règle n'a pas disparu⁽¹⁴⁾. En revanche, lorsque le traité était contraire à une loi postérieure, la cour faisait prévaloir cette dernière car elle ne se reconnaissait ni le pouvoir d'aller contre la volonté du législateur⁽¹⁵⁾, ni celui de dénoncer l'inconstitutionnalité de son œuvre. Ces limites furent successivement levées lorsque le Conseil constitutionnel, dans l'arrêt *IVG*⁽¹⁶⁾, refusant d'exercer le contrôle

(5) V. not. A. Sayag, *Essai sur le besoin créateur de droit*, thèse, ss dir. J. Carboneau, LGD, 1969.

(6) V. not., relevant cet état, J.-F. Cesaro, *Réception de la loi applicable : applicabilité de la norme supranationale dans l'ordre interne français*, in B. Teyssié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 245.

(7) V. not., relevant cet état, J.-F. Cesaro, *Réception de la loi applicable : applicabilité de la norme supranationale dans l'ordre interne français*, préc. – Y. Lequette, *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, LexisNexis, 2004, p. 171, spéc. p. 187. – Ph. Francescakis, *Remarques critiques sur le rôle de la Constitution dans le conflit entre le traité et la loi interne devant les tribunaux judiciaires* : *Rev. crit. DIP* 1969, p. 425.

(8) V. not. X. Dupré de Boulois, *Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé* : *JCP G* 2007, I, 211, spéc. n° 35. – M.-L. Pavia, *Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental* : *LPA* 6 mai 1994, n° 54, p. 6.

(9) V. not. P. Imbert, *Les droits des pauvres, pauvres droits ?* : *RDJ* 1989, p. 3.

(10) Conv. EDH, art. 8.

(11) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 31. – Charte sociale européenne, art. 2.

(12) *Concl. Proc. gén. sur Cass. civ.*, 22 déc. 1931 : *DP* 1932, I, p. 131, spéc. p. 134.

(13) *Cass. soc.*, 18 mai 1971, n° 70-60.056 : *Bull. civ.* 1971, V, n° 367, arrêt dans lequel la Cour de cassation, saisie à propos de l'éligibilité au comité d'entreprise de ressortissants algériens, décida d'appliquer l'article 7 de la déclaration de principes du 19 mars 1962 relative à la coopération économique et financière entre la France et l'Algérie, énonçant que les ressortissants algériens, notamment les travailleurs, avaient les « mêmes droits que les nationaux français, à l'exception des droits politiques », et d'écarter les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 22 février 1945 modifié par la loi du 16 mai 1946 qui disposait que « seuls sont éligibles au comité d'entreprise les électeurs de nationalité française ».

(14) V. not. *Cass. soc.*, 14 janv. 1987, n° 84-40.144, *SA Kepler c/ M. C.* : *Bull. civ.* 1987, V, n° 19. – *Cass. soc.*, 16 févr. 1987, n° 83-43.460, *SA IRS c/ M. C.* : *Bull. civ.* 1987, V, n° 77.

(15) Était indifférent le défaut d'équité qu'une telle solution pouvait abriter : « à cette place [celle du procureur auprès de la Cour de cassation], on conclut, non comme on désire, mais comme l'on doit, sous la dictée de la loi » (*concl. préc.*, p. 139).

(16) *Cons. const.*, 15 janv. 1975, n° 74-54 DC, *Interruption volontaire de grossesse* : *JO* 16 févr. 1975 ; *Rec. Cons. const.* 1975, p. 19 ; *AJDA* 1975, p. 134, note J. Rivero ; *D.* 1975, jurispr. p. 529, note L. Hamon ; *JDI* 1975, p. 349, note D. Ruzie ; *RDJ* 1975, p. 185, note L. Favoreu et L. Philip.

de conventionnalité, décida qu'il ne se confondait pas avec celui de constitutionnalité, et que la Cour de cassation, dans l'arrêt *Jacques Vabre*⁽¹⁷⁾, écarta du litige la loi contraire au traité de Rome auquel elle était postérieure. Ces décisions sont parfois présentées comme fondant l'invitation faite au juge ordinaire à opérer le contrôle de conventionnalité et manifestant l'acceptation de ce dernier. Une telle lecture est erronée, car la décision du Conseil constitutionnel se bornait à manifester le respect qu'il attachait à la Constitution⁽¹⁸⁾ ; au demeurant, si invitation implicite il y avait, elle ne pouvait être que limitée au droit de l'Union européenne⁽¹⁹⁾. Cette raison décida la Cour de cassation puis le Conseil d'État⁽²⁰⁾ à s'appuyer, pour fonder le contrôle évoqué, à la fois sur l'article 55 de la Constitution et sur le caractère particulier de l'ordre juridique communautaire, directement applicable aux ressortissants des États membres et obligatoire à l'égard des juges nationaux⁽²¹⁾.

33. – Acceptation générale. Mais le juge français, contrairement à son homologue britannique⁽²²⁾, ne s'en tint pas à cette position, procédant au contrôle de la conformité de la norme nationale à des textes supranationaux extérieurs au droit de l'Union européenne. Rien, pourtant, ne l'y oblige : le droit international impose sa primauté dans l'ordre international mais ne définit pas lui-même les conditions de sa primauté dans l'ordre interne, qu'il incombe à chaque État de régler⁽²³⁾. Il n'appartenait pas au juge ordinaire d'en décider. Le Conseil constitutionnel lui reconnaît cependant aujourd'hui le pouvoir d'opérer un contrôle de conventionnalité⁽²⁴⁾... dont il s'était déjà emparé. Les conventions de l'Organisation internationale du travail, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Charte sociale européenne, les pactes de l'Organisation des Nations unies et autres traités nourrissent donc désormais le contentieux social. En refuser, à certaines conditions, l'application directe ne priverait pas de portée l'article 55 de la Constitution. Dans l'ordre externe, la primauté serait toujours assurée, l'État français étant susceptible d'engager, sur ce terrain, sa responsabilité ; dans l'ordre interne, appliquer la loi nationale, même inconventionnelle, que le justiciable

(17) Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13.556, *Sté cafés Jacques Vabre* : *Bull. civ.* 1975, ch. mixte, n° 4 ; *D.* 1975, p. 497, concl. A. Touffait ; *AJDA* 1975, p. 134, note J. Rivero ; *RDP* 1975, p. 1335, chron. L. Favoreu et L. Philip ; *RTDE* 1975, p. 49, note M. Lagrange ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 347, note J. Foyer et D. Holleaux.

(18) F.-J. Jeantet, *La Cour de cassation et l'ordre juridique communautaire* : *JCP G* 1975, I, p. 2743. – J. Foyer et D. Holleaux, note ss Cass. ch. mixte, 24 mai 1975 : *Rev. crit. DIP* 1976, p. 347. – J.-F. Cesaro, *L'articulation de la norme interne et de la norme internationale*, in B. Teysse (ss dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 225, spéc. n° 391, p. 233.

(19) V. not. J.-S. Bergé, *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013, n° 186, p. 210.

(20) CE, 20 oct. 1989, n° 108243, *Nicolo* : *Rec. CE* 1989, p. 190 ; *D.* 1990, p. 135, note P. Sabourin et p. 57, chron. R. Kovar.

(21) La formule est issue de la jurisprudence de la Cour de justice : CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ Enel* : *Rec. CJCE* 1964, I, p. 1141. – CJCE, 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Simmmenthal* : *Rec. CJCE* 1978, I, p. 629, décidant que « 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 » (pt 26).

(22) Human Rights Act, art. 4, § 6, décidant que si le juge peut, formellement, déclarer incompatible avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la norme nationale qu'il doit appliquer, il ne peut en revanche substituer celle-ci à celle-là. – V. not. P.-M. Mabaka, *L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique* : *RTDH* 2000, p. 11.

(23) V. not. CII, 27 juin 2001, *LaGrand (Allemagne c/ États-Unis d'Amérique)* : *Rec. CIJ* 2001, p. 466, remarquant qu'« il n'existe rien dans l'objet du droit international, dans son mode opératoire ou dans l'organisation de la société internationale en États souverains qui interdise aux États agissant ensemble de faire de leurs propres sujets les destinataires des règles qu'ils incluent dans le traité ». À l'inverse, rien ne les y oblige. – Adde R. Rivier, *Droit international public*, PUF, 2^e éd. 2013, p. 517 et s. – D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, p. 241.

(24) Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* : *JO* 13 mai 2010.

a respectée assurerait la prévisibilité du *corpus* normatif et préserverait l'autorité du législateur. Le citoyen auquel n'ont pas été appliquées les règles qu'abrite le traité pourrait engager la responsabilité de l'État et obtenir réparation de son préjudice, seule obligation qu'impose la Cour européenne des droits de l'homme à l'État qu'elle condamne⁽²⁵⁾. S'engager dans cette voie n'implique pas de renoncer au contrôle de conventionnalité, mais de contenir la reconnaissance de l'effet direct des normes supranationales. La loi ne doit être écartée du litige que lorsque la précision des termes du traité révèle avec clarté qu'il a été violé, ce qui exclut les normes abritant des standards et des règles floues, sauf, dans ce dernier cas, lorsque le juge supranational en a précisé le sens en les interprétant, révélant ainsi la non-conformité de la règle nationale⁽²⁶⁾. Cette voie n'est pas celle qu'a toujours choisi d'emprunter le juge français, mais rien ne l'empêche d'y revenir.

III. – Le constituant

34. – **Infirmité.** La Cour européenne des droits de l'homme⁽²⁷⁾ et la Cour de justice de l'Union européenne⁽²⁸⁾ affirment la primauté des normes dont elles assurent le respect sur l'ensemble des règles nationales, y compris constitutionnelles, mais cette hiérarchie ne s'impose pas dans l'ordre interne : la Constitution y demeure la norme suprême⁽²⁹⁾. L'intégration de l'ordre juridique de l'Union européenne dans l'ordre juridique français, impliquant notamment l'obligation de transposer les directives, trouve son fondement dans l'article 88-1 de la Constitution ; le constituant est donc libre, s'il le souhaite, d'y déroger. Malgré le rang occupé par la Constitution dans la hiérarchie des normes, il est apparu qu'elle était moins bien protégée que le traité auquel pouvait être confrontée la loi dans le cadre d'un contrôle effectué par voie d'exception. La création de la question prioritaire de constitutionnalité est inspirée par la volonté de corriger ce défaut⁽³⁰⁾... tout en conduisant à un affaiblisse-

(25) Conv. EDH, art. 41. – La lettre de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'impose pas l'intégration de ce texte en droit interne et la Cour européenne des droits de l'homme n'a développé aucune doctrine sur l'applicabilité directe. De cette dernière, elle ne suggère la reconnaissance que de manière implicite, donc sans base solide : elle décide que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation » (V. not. CEDH, 27 nov. 2008, req. n° 36391/02, *Salduz* : Rec. CEDH 2008, V ; AJDA 2009, 872, chron. J.-F. Flauss. – CEDH, 13 oct. 2009, req. n° 7377/03, *Dayanan* : D. 2009, p. 2897, note J.-F. Renucci). La Cour de cassation a repris à son compte cette formulation (Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, *M^{me} X c/ Préfet du Rhône* : Bull. civ. 2011, ass. plén., n° 1 [et n° 10-30.313 : Bull. civ. 2011, ass. plén., n° 3 ; n° 10-30.316 : Bull. civ. 2011, ass. plén., n° 4 ; n° 10-30.242 : Bull. civ. 2011, ass. plén., n° 2] ; RTD civ. 2011, p. 725, note J.-P. Marguénaud ; D. 2011, p. 805, note S. Détraz).

(26) Il est aussi proposé qu'en dehors des cas où l'incompatibilité de la loi nationale avec une norme internationale aurait déjà été précisée par la Cour européenne des droits de l'homme ou une juridiction internationale, un recours préjudiciel devant un Conseil constitutionnel à compétence élargie devrait être imposé (B. Teyssié, *L'impératif de sécurité juridique*, in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 985, spéc. p. 1005 ; *Corpus juris*, in *Le discours et le code*, Litec, 2004, p. 52. – Rapp. X. Lagarde, *Jurisprudence et insécurité juridique* : D. 2006, chron. p. 684, n° 17).
(27) CEDH, 29 oct. 1992, req. n°s 14234/88 et 14235/88, *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*, série A, n° 246.

(28) CJCE, 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* : Rec. CJCE 1970, I, p. 1125. – CJCE, 11 janv. 2000, aff. C-285/98, *Kreil* : Rec. CJCE 2000, I, p. 69.

(29) Cass. ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, *Fraise* : Bull. civ. 2000, ass. plén., n° 4 ; RDP 2000, 1037, note X. Prétot ; Europe 2000, chron. 8, A. Rigaux et D. Simon ; D. 2000, jurispr. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux ; RTD civ. 2000, p. 672, chron. R. Libchaber. – CE, 30 oct. 1998, n°s 200286 et 200287, *Sarran, Levacher et a.* : Rec. CE 1998, p. 368 ; RFDA 1998, p. 1081, concl. C. Maugüe et p. 1094, note D. Alland ; RDP 1999, p. 919, note J.-F. Flauss ; RFDA 1999, p. 57, note L. Dubouis. – Cons. const., 27 juin 2006, n° 2006-540 DC : Rec. Cons. const. 2006, p. 88. – Sur le sujet, V. not. V. not. P. Cassia, *Le droit communautaire dans et sous la Constitution française* : RTDE 2007, p. 378.

(30) V. not. E. Balladur, *Une V^e République plus démocratique*. – Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, Doc. fr., 2008, p. 169. – D. de Béchillon, *Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême*, in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 109, spéc. p. 117.

ment supplémentaire de la loi, exposée à être écartée des années après son entrée en vigueur et alors qu'elle a déjà connu de multiples applications.

35. – Contrariété. La conformité de la loi à la Constitution⁽³¹⁾ n'exclut pas sa contrariété aux normes supranationales⁽³²⁾. Ainsi, alors que le Conseil constitutionnel⁽³³⁾ a admis la constitutionnalité de la loi ayant étendu le dispositif du forfait en jours à des salariés non-cadres, le Comité européen des droits sociaux⁽³⁴⁾ a décidé que, faute de garanties suffisantes, ce texte violait la Charte sociale européenne protégeant le droit à une durée raisonnable de travail⁽³⁵⁾. De même, alors que le Conseil constitutionnel⁽³⁶⁾ a admis la constitutionnalité de l'article L. 1111-3 du Code du travail, excluant des effectifs les titulaires de « contrats aidés », la Cour de justice de l'Union européenne a conclu à sa contrariété avec l'article 3, § 1 de la directive n° 2002/14 relative à l'information et à la consultation des travailleurs⁽³⁷⁾. Ultime illustration : alors que le Conseil constitutionnel avait admis la constitutionnalité de l'ordonnance créant le contrat « nouvelles embauches »⁽³⁸⁾, la Cour de cassation⁽³⁹⁾, à la différence du Conseil d'État⁽⁴⁰⁾, la censura sur le fondement de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail⁽⁴¹⁾. La concurrence des contrôles⁽⁴²⁾ affaiblit, au bout du compte, l'autorité de la loi. Suffirait-il, pour réduire

(31) Sur la constitutionnalisation du droit du travail, V. not. Ph. Florès, *La chambre sociale et la question prioritaire de constitutionnalité : de la distorsion entre l'image doctrinale et la réalité juridictionnelle* : Dr. soc. 2014, p. 308. – V. Benaud, *Question prioritaire de constitutionnalité et contentieux du travail. Mode d'emploi critique* : RJS 5/2010, p. 339 ; Le Conseil constitutionnel, *la Cour de cassation et les questions prioritaires de constitutionnalité relatives au droit du travail* : Dr. soc. 2011, p. 141 ; *Vers un renouvellement du droit constitutionnel du travail par les « décisions QPC » ?* : Dr. soc. 2011, p. 1011 ; *Faut-il (encore) soulever des QPC en droit du travail ?* : Dr. soc. 2012, p. 458 ; *La QPC a-t-elle changé le visage du droit constitutionnel du travail ?* : Dr. soc. 2014, p. 317. – A. Bugada, *La QPC et le droit constitutionnel du contrat de travail* : JCP S 2011, 1265. – J.-F. Cesaro, *La QPC sociale, l'Eldorado des causes perdues ?* : JCP S 2011, 1266. – A. Teissier, *La QPC sociale : vers de nouvelles stratégies judiciaires ?* : JCP S 2011, 1267. – Ch. Radé, *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ?* : Dr. soc. 2010, p. 873. – G. Jolivet, *Les relations de travail à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité* : JCP S 2010, 1353. – J.-F. Akandji-Kombé, *Question prioritaire de constitutionnalité et droit social* : RDT 2010, p. 618. – X. Prétot, *La question prioritaire de constitutionnalité : premières réflexions* : JCP S 2010, 1023. – F. Petit, *La constitutionnalisation du droit du travail* : JCP S 2010, 1352.

(32) Cons. const., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, *Loi relative à l'ouverture à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne* : JO 13 mai 2010. – Adde CEDH, 28 oct. 1999, req. n°s 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et a. c/ France*, § 59 : Rec. CEDH 1999, VII ; RTD civ. 2000, p. 436, note J.-P. Marguénaud ; JCP G 2000, I, 202, note F. Sudre.

(33) Cons. const., 29 juill. 2005, n° 2005-523 DC : JO 3 août 2005.

(34) CEDS, 23 juin 2010, réclamations n° 55/2009, *CGT c/ Gouvernement de la France* et n° 56/2009, *CFE-CCG c/ Gouvernement de la France*. – V. not. M. Morand, *Les forfaits-jours et la Charte sociale européenne* : JCP S 2011, 1225. – J.-Ph. Lhernould, *Le forfait-jours va-t-il devoir céder face à la pression européenne ?* : Liaisons soc. Europe 2011, n° 279, p. 5.

(35) La position du Comité européen des droits sociaux s'est depuis atténuée : V. *Le Comité européen des droits sociaux accepte le forfait jour* : Liaisons soc. Europe 2015, n° 370, p. 1.

(36) Cons. const., 29 avr. 2011, n° 2011-122 QPC.

(37) CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Assoc. de médiation sociale (AMS)* : Rec. CJUE 2014 ; *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11, note P. Rodière ; *Europe* 2014, comm. 112, note D. Simon ; *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 345, obs. J.-Ph. Lhernould ; JCP S 2014, 1140, note R. Milchior et E. Pujol. – Adde Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 11-21.609, *Assoc. de médiation sociale (AMS) c/ Union locale des syndicats CGT Quartiers Nord et a.* : Bull. civ. 2014, V, n° 193 ; JCP S 2014, 1429, note Y. Pagnerre.

(38) Const. const., 22 juill. 2005, n° 2005-521 DC, *Loi habilitant le Gouvernement à prendre, par ordonnance, des mesures d'urgence pour l'emploi*.

(39) Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, *M. S c/ M^{me} L.* : Bull. civ. 2008, V, n° 146 ; JCP S 2008, 1548, note F. Dumont ; RDT 2008, p. 504, avis J. Duplat ; RJS 10/2008, p. 775, rapp. J.-M. Béraud.

(40) CE, 19 oct. 2005, n° 283471, *Confédération Générale du Travail et a.* : RJS 12/2005, n° 1240 ; JCP S 2005, 1317, note R. Vatinet.

(41) Conv. OIT n° 158, 22 juin 1982 sur le licenciement art. 2, § 2, b).

(42) Sur l'articulation entre les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité en droit du travail, V. not. J. Mouly, *QPC et « QCC » en droit du travail : concurrence ou complémentarité ?* : Dr. soc. 2013, p. 573. – J.-F. Akandji-Kombé, *Droit constitutionnel, droit international et droit européen des droits de l'homme : concurrence, confusion, complémentarité ?* : Dr. soc. 2014, p. 301. – J. Cavallini, *La question prioritaire de constitutionnalité aux prises avec le droit de l'Union européenne*, in B. Teyssié (ss dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 259. – O. Dutheillet

les divergences, que le Conseil constitutionnel accepte de contrôler la conformité de la loi avec les engagements internationaux de la France ? Il n'est pas sûr, toutefois, que l'arme soit adaptée, le conflit naissant rarement de la contradiction de la Constitution avec une norme supranationale mais avec l'interprétation qu'en tiennent les juges dont la compétence s'exerce dans l'ordre international.

§ 2. – Encouragement à l'affaiblissement de l'autorité de la loi

36. – En ratifiant les traités et en y greffant parfois un système de contrôle opéré par des juges supranationaux, les États ont consenti à un amoindrissement de leur souveraineté. Les instruments mis en place pour protéger leur compétence sont loin de toujours donner les résultats espérés.

37. – **Subsidiarité.** Lorsqu'en 1993, la Cour de justice des Communautés européennes décide, qu'« en l'état actuel du droit communautaire, la politique sociale relève d'une manière prépondérante du domaine de la compétence des États membres »⁽⁴³⁾, elle laisse déjà percevoir, sur la question visée, un déclin des compétences étatiques. L'inscription dans les traités du principe de subsidiarité⁽⁴⁴⁾ ne la freine guère. La lecture qui en est retenue par la Cour de justice ouvre davantage les portes à l'action européenne qu'elle ne les ferme lorsqu'elle énonce que l'harmonisation « suppose nécessairement une action d'envergure communautaire »⁽⁴⁵⁾. Dès lors que l'harmonisation requiert, par nature, une action conduite au niveau de l'Union⁽⁴⁶⁾, le principe de subsidiarité est évincé, toute harmonisation spontanée est condamnée. La législation nationale n'est là que pour compléter et renforcer l'action de l'Union, et non l'inverse⁽⁴⁷⁾.

38. – **Incompétence.** La dilatation des compétences de l'Union européenne en droit social ne paraît pas avoir de freins. Alors qu'est reconnue aux États

de Lamothe, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in *Juger l'administration, administrer la justice* : Mél. en l'honneur de D. Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 315.

(43) CJCE, 19 mars 1993, avis n° 2/91, § 30 : *Rec. CJCE* 1993, I, p. 1061 ; *RTDE* 1993, p. 545. – *Adde* CJCE, 28 févr. 1991, aff. C-312/89, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c/ Conforama e.a.* : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 997 et CJCE, 23 nov. 1989, aff. C-145/88, *Torfaen Borough Council c/ B & Q plc.* : *Rec. CJCE* 1989, I, p. 3851, décidant, à propos du choix du dimanche pour le repos hebdomadaire, que « les réglementations nationales (...) constituent l'expression de choix politique et économique en ce qu'elles visent à mesurer une répartition des heures de travail et de repos adaptées aux particularités socioculturelles nationales ou régionales dont l'appréciation appartient, dans l'état actuel du droit communautaire, aux États membres ».

(44) TFUE, art. 5, § 3 (« L'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent être réalisés de manière suffisante par les États membres (...) mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union »).

(45) CJCE, 12 nov. 1996, aff. C-84/94, *Royaume-Uni c/ Conseil*, pt 47 : *Rec. CJCE* 1996, I, p. 5755 ; *Europe* janv. 1997, p. 7, arrêt relatif au recours en annulation diligenté par le Royaume-Uni mettant en cause la directive n° 93/104/CE du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

(46) Dans ses domaines de compétences, l'Union est toujours fondée à intervenir si la réalisation du marché intérieur le justifie (CJCE, 9 oct. 2001, aff. C-377/98, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, pt 27 : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 7079. – CJCE, 10 déc. 2002, aff. C-491/01, *British American Tobacco [Investments] et Imperial Tobacco*, pts 180 à 182 : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 11453. – CJCE, 22 mai 2003, aff. C-103/01, *Commission c/ Allemagne*, pt 47 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 5369). La référence à la réalisation du marché intérieur ainsi qu'à l'insuffisance de l'action des États figure dans les considérants des principales directives.

(47) TFUE, art. 153, §1, aux termes duquel « l'Union soutient et complète l'action des États membres » dans le domaine de la politique sociale. – Pour une vive critique du principe de subsidiarité, V. not. G. Davis, *Subsidiarity, the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time* : *Common Market Law Review* 2006-43, p. 63.

une compétence réservée en matière de rémunération, de droit d'association, de droit de grève et de droit de *lock-out*⁽⁴⁸⁾, les décisions prises dans ces divers domaines doivent, selon la Cour, respecter les libertés de circulation⁽⁴⁹⁾. Or, en plaçant par exemple l'exercice du droit de grève dans la dépendance des libertés économiques de circulation, la Cour peut en façonner indirectement le régime⁽⁵⁰⁾.

39. – Renvoi. L'harmonisation des droits nationaux suppose que les États retiennent la même définition des notions qui participent du *corpus* normatif européen, conformément à l'interprétation qui en est retenue par la Cour de justice de l'Union européenne⁽⁵¹⁾. Ainsi en est-il notamment des notions de « licenciement »⁽⁵²⁾ et d'« établissement »⁽⁵³⁾ au sens de la directive n° 98/59⁽⁵⁴⁾ ou

(48) TFUE, art. 153, § 4 et 5.

(49) CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-157/99, *Smits et Peerbooms* : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 5473.

(50) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *International Transport workers' Federation et a. c/ Viking Line ABP et a.* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 10779 ; *JCP S* 2008, 1086, note J. Cavallini ; *RJS* 3/2008, p. 182, chron. H. Tissandier. – CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 11767 ; *RTDE* 2008, p. 47, note P. Rodière ; *JCP S* 2008, 1087, note J. Cavallini ; *RJS* 3/2008, p. 179, chron. E. Lafuma ; *RJS* 07/2008, p. 601, chron. J.-Ph. Lhernould.

(51) CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-55/02, *Commission c/ Portugal*, pt 45 : *Rec. CJCE* 2004, I, p. 9387. – CJCE, 19 sept. 2000, aff. C-287/98, *Linstor*, pt 43 : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 6917. – CJCE, 11 mars 2003, aff. C-40/01, *Anslu*, pt 26 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 2439. – CJCE, 18 janv. 1984, aff. C-327/82, *Ekro*, pt 11 : *Rec. CJCE* 1984, I, p. 107.

(52) CJCE, 12 oct. 2004, préc., pts 44 et 49. La notion de licenciement « doit être interprétée en ce sens qu'elle englobe toute cessation du contrat de travail non voulue par le travailleur, et donc sans son consentement. Elle n'exige pas que les causes sous-jacentes correspondent à la volonté de l'employeur » (pt 50). Le licenciement résulte donc de la volonté de rompre exprimée par l'employeur qui ne rencontre pas l'acquiescement du salarié (V. not. P. Rodière, *La volonté des parties dans la définition du licenciement collectif dans le droit de l'Union européenne* : *Dr. soc.* 2010, p. 1025). La décision de l'employeur peut être purement formelle et résulter de circonstances qui lui sont extérieures (CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-55/02, *Commission c/ Portugal* : *Rec. CJCE* 2004, I, p. 9387) ou exprimer une volonté qui n'est pas la sienne, telle celle d'une société dont il est la filiale, et qui s'impose à lui (CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08, *Akavan* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 8163 ; *RJS* 12/2009, p. 789, note F. Kessler ; *JCP S* 2009, 1493, note E. Jeansen). La cessation des contrats de travail en raison du décès de l'employeur n'est pas qualifiée de licenciement collectif au sens de la directive n° 98/59 (CJUE, 10 déc. 2009, aff. C-323/08, *Rodríguez Mayor e.a.* : *Rec. CJUE* 2009, I, p. 11621 ; *JCP S* 2010, 1057, note F. Dumont). Le régime des « accords de maintien de l'emploi » pourrait être affecté. L'article L. 5125-2, alinéa 3 du Code du travail dispose que lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application de l'accord à leur contrat de travail, leur licenciement est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique et repose sur une cause réelle et sérieuse. Sont paralysées les règles du licenciement collectif. Elles pourraient partiellement ressurgir en raison de l'application de la directive n° 98/59. Le juge national pourrait ainsi décider que l'employeur doit, lorsque le nombre de licenciements est au moins égal à dix sur une même période de trente jours, informer et consulter les représentants des travailleurs sur les possibilités d'éviter les licenciements ou d'en réduire le nombre ainsi que sur les possibilités d'en atténuer les conséquences. En revanche, il n'a pas à établir un plan de sauvegarde de l'emploi car la directive ne l'impose pas. Cependant, la directive n'étant pas d'effet direct horizontal, le juge ne pourrait pas imposer ces solutions dans les contentieux entre personnes privées. Ces incertitudes (auxquelles s'ajoute la question de l'impossibilité pour le juge de contrôler la cause réelle et sérieuse du licenciement, qui serait certainement contraire à plusieurs textes supranationaux – Conv. EDH, art. 6 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47. – Conv. OIT n° 158, art. 8, § 1 et 9, § 1. – La figure du licenciement *sui generis* constitue un « motif valable (...) fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise » au sens de la convention OIT n° 158. Le juge doit pouvoir en contrôler l'existence), expliquent qu'à peine plus de dix accords de maintien de l'emploi ont été signés depuis 2013. Sur le sujet, V. not. J. Daniel, *L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité* : *JCP S* 2014, 1187. – P. Morvan, *Le droit des licenciements pour motif économique retouché par la loi du 6 août 2015* : *JCP S* 2015, 1320. – G. Loiseau, *Les accords de maintien de l'emploi* : *JCP S* 2013, 1260. – A. Fabre, *Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation* : *RDT* 2013, p. 184. – G. Couturier, *Accords de maintien de l'emploi* : *Dr. soc.* 2013, p. 805.

(53) CJCE, 15 févr. 2007, aff. C-270/05, *Athinaiki Chartopoiia*, pts 23 et 27 : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 1499 (« Aux fins de l'application de la directive 98/59, peut ainsi notamment constituer un "établissement", dans le cadre d'une entreprise, une entité distincte, présentant une certaine permanence et stabilité, qui est affectée à l'exécution d'une ou de plusieurs tâches déterminées et qui dispose d'un ensemble de travailleurs ainsi que de moyens techniques et d'une certaine structure organisationnelle permettant l'accomplissement de ces tâches »).

(54) Dir. n° 98/59/CE, 20 juill. 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs : *JOCE* n° L 225, 12 août 1998, p. 16, abrogeant et remplaçant la directive n° 92/56/CEE : *JOCE* n° L 245, 26 août 1992, p. 3.

d'« autonomie »⁽⁵⁵⁾ de l'entité économique au sens de la directive n° 2001/23⁽⁵⁶⁾. Mais, même lorsque les textes ont procédé à des renvois aux conceptions nationales, la Cour de justice intervient chaque fois que sont en jeu « des règles de droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescriptions protectrices minimales »⁽⁵⁷⁾. Ainsi, et alors que la directive n° 2003/88/CE qualifie de temps de travail toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, « conformément aux législations et/ou pratiques nationales »⁽⁵⁸⁾, la Cour de justice décide que sa définition ne saurait varier selon les États, sauf à remettre en cause l'uniformité de la protection des travailleurs⁽⁵⁹⁾. La réalisation du but recherché, louable⁽⁶⁰⁾, conduit à une interprétation *contra legem* de la directive. Les aires d'autonomie réservées à la loi nationale déclinent. Les solutions qu'elle abrite peuvent être condamnées : tel fut le cas, en ce qui concerne la législation française, des astreintes effectuées sur le lieu de travail⁽⁶¹⁾, du système des équivalences⁽⁶²⁾ ou encore de la qualification des temps de déplacement des travailleurs itinérants pour se rendre de leur domicile à leur lieu de travail⁽⁶³⁾. Il n'est pas certain que la Cour continue à l'avenir à limiter son action aux règles revêtant une « importance particulière » ; elle pourrait décider que le renvoi au droit interne ne peut se concevoir quelque explicite que soit le texte. Seules certaines notions, en raison de la difficulté que suscite leur définition uniforme, comme celle de « représentant des travailleurs »⁽⁶⁴⁾, demeureront laissées à l'appréciation des États.

La Cour européenne des droits de l'homme retient la même approche⁽⁶⁵⁾. Pour réduire les zones d'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des

(55) CJUE, 29 juill. 2010, aff. C-151/09, *UGT-FSP*, pts 38 et 43 : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 7591 (« Appliqué à une entité économique, [le terme d'autonomie] signifie les pouvoirs, accordés aux responsables de cette entité, d'organiser, de manière relativement libre et indépendante, le travail au sein de ladite entité dans la poursuite de l'activité économique qui lui est propre et, plus particulièrement, les pouvoirs de donner des ordres et des instructions, de distribuer des tâches aux travailleurs subordonnés relevant de l'entité en cause ainsi que de décider de l'emploi des moyens matériels mis à sa disposition, ceci sans intervention directe de la part d'autres structures d'organisation de l'employeur »).

(56) Dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, relative « au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements » : *JOCE* n° L 82, 22 mars 2001, p. 16, abrogeant et remplaçant la directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998 : *JOCE* n° L 201, 17 juill. 1998, p. 88, qui modifiait elle-même la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977 : *JOCE* n° L 61, 5 mars 1977, p. 26.

(57) La clause 2, § 1, de la directive n° 1999/70/CE du 29 juin 1999 mettant en œuvre l'accord-cadre européen sur le travail à durée déterminée définit la notion de « travailleur » par renvoi aux droits nationaux. Pourtant, la Cour de justice, au nom de l'effet utile de la directive et selon le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination, adopte une définition autonome des travailleurs comme étant les personnes « fournissant des prestations rémunérées dans le cadre d'une relation d'emploi à durée déterminée les liant à leur employeur » (CJCE, 13 sept. 2007, aff. C-307/05, *Del Cerro Alonso*, pts 27 à 29 : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 7109).

(58) Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 2, § 1 : *JOUE* n° L 299, 18 nov. 2003, p. 9, « recodifiant » la directive n° 93/104/CE du 23 novembre 1993 : *JOCE* n° L 307, 13 déc. 1993, p. 18.

(59) CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, pts 48 et 50 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 8389 ; *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1138, p. 6, note M. Morand ; *RJS* 12/2003, p. 942, chron. J.-Ph. Lhernould ; *Dr. soc.* 2004, p. 142, obs. F. Morel. – CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-303/98, *Simap*, pts 47 et 50 : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 7963 ; *RJS* 1/2001, n° 139.

(60) J. Cavallini, *Les méthodes en droit européen du travail*, in B. Teyssié (ss dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, *Economica*, 2011, p. 279, spéc. n° 493, p. 307.

(61) CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, préc. – CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-303/98, *Simap*, préc.

(62) CJCE, 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, *Dellas e.a.*, pt 59 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 10253 ; *JCP S* 2006, 1002, note J. Cavallini ; *RDT* 2006, p. 33, note M. Véricel.

(63) CJUE, 10 sept. 2015, aff. C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* : *Rec. CJUE* 2015.

(64) CJCE, 8 juin 1994, aff. C-383/92, *Commission c/ Royaume-Uni* : *Rec. CJCE* 1994, I, p. 2479.

(65) V. F. Sudre, *Le recours aux « notions autonomes »*, in F. Sudre (ss dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 93.

droits de l'homme et des libertés fondamentales, garant de l'effectivité du droit à un procès équitable, elle a eu recours à une interprétation autonome de la notion de « droits et obligations de caractère civil »⁽⁶⁶⁾. La technique déployée étend substantiellement le champ d'application des dispositions de la Convention. Le droit du travail n'est pas épargné. Procédant à une interprétation autonome du droit de propriété, la Cour qualifie de droit patrimonial une allocation de fin de droits refusée à un chômeur turc en raison de sa nationalité⁽⁶⁷⁾, ouvrant la voie à l'application de l'article 14 de la Convention, prohibant les discriminations, combiné à l'article 1^{er} du protocole n° 1 relatif au droit au respect des biens⁽⁶⁸⁾. De même, admet-elle que le salarié peut nourrir l'« espérance légitime » d'un rappel de salaires, espérance portée au rang de « bien »⁽⁶⁹⁾. De larges pans du droit du travail français sont susceptibles d'être contrôlés selon cette méthode, qui transforme la Cour en juridiction sociale⁽⁷⁰⁾.

40. – Consensus. Les États ont fait de la Cour européenne des droits de l'homme l'unique interprète de la Convention⁽⁷¹⁾. De cet « instrument vivant », la Cour réalise une lecture évolutive, selon une méthode qu'elle a elle-même énoncée : « la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »⁽⁷²⁾, ce qui permet de tenir compte des dynamiques à l'œuvre, que ce soit en matière politique, sociale, juridique ou culturelle⁽⁷³⁾. Les partisans de l'interprétation évolutive fondent souvent celle-ci sur le préambule de la Convention aux termes duquel le but du Conseil de l'Europe est le « développement » des droits de l'homme. Mais une partie du préambule est souvent passée sous silence, celle où il est écrit que les États se sont résolus à ne prendre que « les premières mesures » propres à assurer la garantie de certains droits fondamentaux. Désormais acquise, la méthode évolutive doit être clairement délimitée⁽⁷⁴⁾. Pour la Cour,

(66) CEDH, 28 juin 1978, req. n° 6232/73, *König c/ Allemagne*, série A, n° 27 ; *Cah. dr. eur.* 1979, p. 474, chron. G. Cohen-Jonathan.

(67) CEDH, 16 sept. 1996, req. n° 17371/90, *Gaygusuz c/ Autriche* : *Rec. CEDH* 1996, IV ; D. 1998, p. 438, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

(68) Hors du champ de la discrimination, la Cour européenne a mobilisé l'article 1^{er} du protocole n° 1 pour décider que des rappels de salaire peuvent constituer une « espérance légitime » ayant le caractère d'un « bien » au sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1 (CEDH, 9 janv. 2007, req. n° 31501/03, *Aubert et a. c/ France et a.* : *Dr. ouvrier* 2007, p. 195). L'arrêt *Arnolin c/ France* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le même jour aboutit à la même conclusion sur le fondement de l'article 6 de la Convention.

(69) CEDH, 9 janv. 2007, *Aubert et a. c/ France*, préc.

(70) Les États ont refusé de créer une Cour européenne qui aurait été aux droits économiques et sociaux ce qu'elle est aux droits civils et politiques. Ils se sont également opposés à faire des dispositions de la Charte sociale européenne un protocole additionnel à la Convention. Exclusion faite de la liberté syndicale et de l'interdiction du travail forcé, le texte de la Convention ne garantit pas les droits sociaux. La Cour le rappelle elle-même (V. not. CEDH, 9 juill. 2002, req. n° 42197/98, *Salvetti c/ Italie*). Sur le sujet, V. not. M. Bonnechère, *Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen* : *Europe* 2000, chron. 7. – J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux* : D. 2009, p. 739 ; *Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre encore en demi-teinte* : *RDT* 2008, p. 16. – F. Sudre, *La « perméabilité » de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux*, in *Pouvoir et Liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 467.

(71) Et de ses protocoles. Conv. 11 nov. 1950, art. 19 et 32.

(72) CEDH, 6 nov. 1980, req. n° 7367/76, *Guzzardi c/ Italie*, § 95, série A, n° 39. Cet arrêt synthétise les formulations antérieurement utilisées par les arrêts *Tyrer* (CEDH, 25 avr. 1978, req. n° 5856/72, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, § 31, série A, n° 25), *Airey* (CEDH, 9 oct. 1979, req. n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*, série A, n° 32) ou *Marckx* (CEDH, 13 juin 1979, req. n° 6833/74, *Marckx c/ Belgique*, série A, n° 31). – V., pour un arrêt plus récent : CEDH, 23 mars 1995, req. n° 15318/89, *Loizidou c/ Turquie*, § 71, série A, n° 310 ; D. 1996, somm. 2, note S. Perez. – V. aussi CEDH, 28 mai 2002, req. n° 46295/99, *Stafford c/ Royaume-Uni*, § 68 : *Rec. CEDH* 2002, IV.

(73) J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme. Contentieux européen*, LGDJ, 4^e éd. 2010, p. 16.

(74) V. not. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^e éd. 2015, n° 154 et s., p. 232 et s., relevant que l'enrichissement du contenu de la Convention est nécessaire « afin de préserver de tout

l'interprétation n'est évolutive que parce qu'elle peut se réclamer d'une évolution commune des droits internes. Son caractère consensuel légitime la démarche progressiste du juge. L'interprétation évolutive est parfois qualifiée de « dynamisme interprétatif »⁽⁷⁵⁾. L'expression est contestable : le dynamisme doit être législatif, non d'ordre juridictionnel⁽⁷⁶⁾. L'évolution des droits inscrits dans la Convention doit, en outre, être l'écho des pratiques nationales. La Cour en est l'observateur et l'interprète⁽⁷⁷⁾. Or, le résultat auquel parvient le juge européen est moins le produit d'une interprétation de la Convention appuyée sur l'évolution commune des systèmes juridiques nationaux que d'une démarche « constructive »⁽⁷⁸⁾. Le développement du concept de vie privée, en droit du travail, procède du seul choix du juge. Pour étendre l'application de l'article 8 de la Convention, garantissant le respect de la vie privée, aux activités professionnelles, la Cour affirme qu'« interpréter les mots vie privée et domicile comme incluant certains locaux ou activités professionnels ou commerciaux [répond] à l'objet et au but essentiels de l'article 8 : prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics »⁽⁷⁹⁾. Nul recours n'est opéré à des principes juridiques communs⁽⁸⁰⁾ ni à la nécessité d'interpréter la Convention à la lumière des conditions qui prévalent aujourd'hui : le juge européen procède par voie d'affirmation. Dans l'arrêt *Demir et Baykara*, la Cour européenne fait état d'un consensus pour juger que « le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du "droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts" énoncé à l'article 11 de la Convention »⁽⁸¹⁾ ; ce revirement explicite de jurisprudence⁽⁸²⁾ est justifié par « l'évolution perceptible en la matière tant en

anachronisme ». – V. aussi, F. Sudre, *Interprétation consensuelle et interprétation évolutive*, in F. Sudre (ss dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 41. – Ph. Malaurie, *La CEDH et le droit civil français* : JCP G 2002, I, 143, n° 9.

(75) F. Sudre, *À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme* : JCP G 2001, chron. 335, p. 1365.

(76) F. Matscher, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne*, in F. Sudre (ss dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 15, spéc. p. 22.

(77) CEDH, 23 juill. 1968, req. n°s 1474/62 et s., *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, § 10, série A, n° 6 ; AFDI 1968, p. 201, obs. R. Pelloux, affirmant que la Cour « ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention ». – *Adde* CEDH, 7 déc. 1976, req. n° 5493/72, *Handyside c/ Royaume-Uni*, série A, n° 24 ; *Cah. dr. eur.* 1978, p. 350, chron. G. Cohen-Jonathan ; *JDI* 1978, p. 706, note P. Rolland.

(78) V. not. F. Tulkens, *Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, in C. Grewe et F. Benoit-Rohmer, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, PU Strasbourg, 2003, p. 117, spéc. p. 123. – J. Mouly et J.-P. Marguénaud, *Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire* : D. 2011, p. 1637, spéc. p. 1642, remarquant que certains arrêts de la Cour européenne « peuvent donner l'impression irritante que la Cour modifie son mode de raisonnement en fonction de l'intérêt qu'elle a déjà choisi de faire triompher (...) ». – V. aussi, sur le sujet, F. Ost, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in M. Delmas-Marty, *Raisonner la raison d'État*, PUF, 1989, p. 405. – J.-P. Costa, *Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales* : RTDH 2004, p. 101.

(79) CEDH, 16 déc. 1992, req. n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*, § 31, série A, n° 251 ; RTDH 1993, p. 410, chron. P. Lambert et F. Rigaux.

(80) L'exercice de droit comparé est limité : la Cour énonce que « quant au mot "home", figurant dans le texte anglais de l'article 8, on admet dans certains États contractants, dont l'Allemagne, qu'il s'étend aux locaux professionnels. Une telle interprétation cadre d'ailleurs pleinement avec la version française : le terme de "domicile" a une connotation plus large que "home" et peut englober, par exemple, le bureau d'un membre d'une profession libérale » (§ 30).

(81) CEDH, 12 nov. 2008, req. n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, § 154 ; *Rec. CEDH* 2008, V. – V. not. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux* : D. 2009, p. 739.

(82) CEDH, 21 nov. 2006, req. n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie* ; *Rec. CEDH* 2008, V ; JCP S 2006, 2012, note J. Cavallini, décidant que « la négociation collective n'[est] pas indispensable à la jouissance effective de la liberté syndicale ».

droit international que dans les systèmes juridiques nationaux »⁽⁸³⁾... alors qu'aucune évolution sensible n'est intervenue, hormis la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour privilégie une lecture finaliste plutôt que l'intérêt des États⁽⁸⁴⁾, prenant ainsi le risque de heurter frontalement plusieurs législations nationales et de nourrir la critique selon laquelle elle s'aventure sur un terrain qui n'est pas le sien, celui de la politique législative⁽⁸⁵⁾. En manipulant à son gré le recours au « dénominateur commun » aux droits internes, elle est génératrice d'insécurité. La méthode consensuelle devrait être rigoureusement appliquée : il en va, entre autres, de l'autorité de la jurisprudence de la Cour.

41. – **Conclusion de section.** En 1932, le procureur Matter, alors que sa préférence personnelle allait vers l'application du traité, s'exprimait ainsi : « On conclut, non comme on désire, mais comme l'on doit, sous la dictée de la loi »⁽⁸⁶⁾. Cinquante ans plus tard, y fait écho l'opinion dissidente d'un juge à la Cour européenne des droits de l'homme : « Aussi critiquable que le traitement subi par les requérants puisse être au regard de la raison et de l'équité, la situation adéquate ne réside pas dans une interprétation extensive de [l'article 11], mais dans des garanties contre le licenciement pour refus de s'affilier à un syndicat, c'est-à-dire dans la sauvegarde du droit à la sécurité de l'emploi en pareil cas. Mais ce droit ne figure point parmi ceux reconnus par la Convention »⁽⁸⁷⁾. Ni l'un ni l'autre n'ont été entendus.

SECTION 2

L'altération de l'autorité de la loi

42. – La diffusion des normes supranationales en droit du travail accélère le processus d'émancipation du juge vis-à-vis du législateur. Les droits fondamentaux européens emportent un recul de la construction législative (§ 1) au profit du précédent jurisprudentiel (§ 2). Le pouvoir normatif est progressivement partagé.

§ 1. – Recul de la loi

43. – **Maîtrise de la loi nationale ?** Le législateur national a perdu la maîtrise de la loi à laquelle, par son vote, il donne vie. Le juge peut refuser d'en faire application en raison de sa contrariété avec quelque norme supranationale. Le

(83) CEDH, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, préc., § 153. La Cour européenne a depuis lors confirmé sa solution : CEDH, 21 avr. 2009, req. n° 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen c/ Turquie* : RJS 11/2009, p. 736, note M. Schmitt. – CEDH, 30 juill. 2009, req. n° 67336/01, *Danilenkov et a. c/ Russia* : Rec. CEDH 2009, III.

(84) CEDH, 23 juill. 1968, req. n°s 1474/62 et s., *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » c/ Belgique*, § 5, série A, n° 6 ; AFDI 1968, p. 201, obs. R. Pelloux, décidant que « la Convention implique (...) un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l'homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers ».

(85) J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^e éd. 2010, n° 20, p. 34 ; *Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens* : JCP G 2007, Actualités, Livres propos, n° 20.

(86) Concl. Proc. gén. sur Cass. civ., 22 déc. 1931 : DP 1932, 1, 131.

(87) Opinion dissidente de M. le juge Sorensen sur CEDH, 13 août 1981, req. n°s 7601/76 et 7806/77, *Young, James et Webster*, série A, n° 44.

législateur n'a d'autre moyen de réduire ce risque que de tenir le plus grand compte, au temps de son élaboration, de la présence de pareille norme et de l'interprétation qui en est retenue. Ainsi lui faut-il prendre garde, sauf impérieux motif d'intérêt général, de ne pas s'immiscer dans l'administration de la justice pour influencer sur le dénouement d'un litige, une telle ingérence heurtant à la fois « le principe de prééminence du droit » et « la notion de procès équitable », garantis par l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽⁸⁸⁾. Du risque encouru, illustration fut offerte par le contentieux de l'application dans le temps de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000⁽⁸⁹⁾. Elle avait validé, suite à sa censure par la Cour de cassation⁽⁹⁰⁾, le dispositif permettant à des conventions collectives agréées de rémunérer, selon un système d'équivalence, les heures de permanence nocturne effectuées en chambre de veille par les salariés du secteur social et médico-social⁽⁹¹⁾. Un impérieux motif d'intérêt général justifiait-il cette immixtion ? La pièce s'est déroulée en cinq actes : 1) la chambre sociale de la Cour de cassation a exclu l'existence d'un tel motif⁽⁹²⁾ ; 2) l'assemblée plénière l'a retenu⁽⁹³⁾ ; 3) la Cour européenne des droits de l'homme l'a rejeté⁽⁹⁴⁾ ; 4) la chambre sociale a pu à nouveau l'exclure et refuser d'appliquer la loi aux litiges nés avant son entrée en vigueur⁽⁹⁵⁾ ; 5) dans une affaire similaire, abandonnant toute distinction liée à l'introduction de l'instance avant ou après la loi nouvelle et mobilisant à cet effet le droit au respect des biens, la même formation de la Cour de cassation a étendu le champ de son contrôle de la conformité de la loi aux exigences européennes⁽⁹⁶⁾. Le contrôle de l'application de la loi dans le temps sur le fondement de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est empreint de la même philosophie que celle qui,

(88) CEDH, 28 oct. 1999, req. n°s 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et a. c/ France* : *Rec. CEDH* 1999, VII ; *RTD civ.* 2000, p. 436, note J.-P. Marguénaud ; *JCP G* 2000, I, 202, note F. Sudre. – CEDH, 6 oct. 2005, req. n° 1513/03, *Draon et Maurice* : *Rec. CEDH* 2009, IX ; *RTD civ.* 2005, p. 798, note T. Revet.

(89) L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, dite loi « Aubry II », art. 29 : *JO* 20 janv. 2000.

(90) Cass. soc., 29 juin 1999, n°s 97-41.567, 97-44.382 et 97-45.376, *Assoc. départementale des pupilles de l'enseignement public (ADPEPI) de l'Indre c/ M. A.* : *Bull. civ.* 1999, V, n° 307 ; *RJS* 8-9/1999, n° 1069. La Cour de cassation considère que seul un accord collectif étendu ou un accord d'entreprise peut valablement créer un régime d'équivalence ; or, l'agrément n'est pas l'extension. Elle décide donc d'assimiler toutes les heures de surveillance nocturne à des heures de travail effectif pour leur paiement.

(91) L. n° 75-535, 30 juin 1975, relative aux institutions sociales et médico-sociales, art. 16 : *JO* 1^{er} juill. 1975.

(92) Cass. soc., 24 avr. 2001, n° 00-44.148, *Assoc. « Être enfant au Chesnay » c/ M. T.* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 130 ; *RJS* 7/2001, n° 866 ; *Dr. soc.* 2001, p. 583, concl. S. Kehrig et p. 723, note J.-Ph. Lhernould.

(93) Cass. ass. plén., 24 janv. 2003, n° 01-41.757, *M^{me} A. c/ Assoc. Promotion des handicapés du Loiret (APHL)* : *Bull. civ.* 2003, ass. plén., n° 3 ; *D.* 2003, p. 1648, note S. Picard-Pioux.

(94) CEDH, 9 janv. 2007, req. n°s 31501/03 et s., *Aubert et a. c/ France*, § 83 et 84 et req. n°s 20127/03 et s., *Arnolin et a. c/ France*, § 76 et 82 : *RDC* 2007, p. 477, note A. Debet.

(95) Cass. soc., 13 juin 2007, n°s 06-40.823 à n° 06-40.830, *Addou et a. c/ Assoc. Adultes enfants inadaptés mentaux (Foyer Huart)* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 99 ; *D.* 2007, p. 2439, note C. Pérès.

(96) Cass. soc., 24 nov. 2010, n°s 08-44.181 et s., *Sulpice c/ Assoc. Saint-Martin* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 268 ; *JCP G* 2011, 63, note M. Mekki ; *JCP S* 2011, 1078, note E. Jeansen. La loi du 17 janvier 2003 contrait les effets d'un arrêt du 4 juin 2002 imposant le versement d'un complément de salaire à des salariés. Se prévalant de cette solution jurisprudentielle, certains salariés avaient introduit une action en justice postérieurement à l'adoption de la loi. Censurant l'arrêt de la cour d'appel ayant rejeté leur demande, la Cour de cassation, le 24 novembre 2010, après avoir relevé que celle-ci portait sur des rappels de salaire antérieurs à la loi (et même antérieurs à l'arrêt de la Cour de cassation qui en avait reconnu l'existence) décida qu'il appartenait aux juges du fond « de vérifier si l'application rétroactive de cette loi respectait un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ».

au XIX^e siècle, guidait la théorie des droits acquis, conduisant au triomphe des droits subjectifs au détriment du droit objectif, donc de l'intérêt général. Comment s'extraire de cette difficulté ? Abandonner la définition de l'intérêt général aux juges national et supranational est inconcevable : ce rôle revient au législateur et à lui seul⁽⁹⁷⁾. Leur interdire de contrôler l'emploi qu'en fait celui-ci n'est pas non plus envisageable : outre que chaque État pourrait s'abriter derrière l'intérêt général (à l'instar de l'ordre public)⁽⁹⁸⁾ pour se dérober à ses obligations internationales, l'objectif d'harmonisation serait considérablement contrarié. Il n'est, en vérité, qu'un chemin : que chacun respecte les compétences de l'autre, en d'autres termes que soit strictement appliqué le principe de la séparation des pouvoirs. Le juge national doit éviter toute interprétation susceptible de contrarier l'œuvre du législateur dès lors qu'elle n'a pas été condamnée par le « juge supranational » compétent ; le législateur doit lui-même tenir compte des analyses retenues par ce même juge.

44. – Maîtrise de la loi supranationale ? L'exercice peut se révéler difficile, les juridictions supranationales avançant dans la direction qu'elles déterminent sans se préoccuper nécessairement de l'état des normes nationales. Ainsi, avec les arrêts *Viking* et *Laval*⁽⁹⁹⁾, la Cour de justice de l'Union européenne a retenu une conception du droit de grève fondée sur le primat des libertés de circulation. À supposer qu'un État souhaite contrecarrer cette jurisprudence, il lui faudrait obtenir une modification du droit de l'Union, ce qui, en pratique, est à peu près inenvisageable, singulièrement si cette modification passe par une révision des traités. Mais l'adoption de quelque règlement ou directive destiné à infléchir le cours de la jurisprudence n'est pas plus aisée. L'échec de la proposition de règlement « Monti II »⁽¹⁰⁰⁾, comme de la proposition de protocole social élaborée par la Confédération européenne des syndicats⁽¹⁰¹⁾ le démontre.

(97) DDHC, 1789, art. 6 : « La loi est l'expression de la volonté générale ». – Sur le sujet, V. not. V. B. Matthieu, *Le rôle du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général* : Arch. phil. dr. 2006, p. 41, spéc. p. 44.

(98) L'article 45, § 3, du traité de Rome admet qu'à la liberté de circulation des salariés des limites puissent être apportées par chaque État membre de l'Union européenne au nom de l'ordre public, de la sécurité publique ou de la santé publique. La Cour de justice adopte une voie médiane : elle décide que les États demeurent libres, en principe, de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public, mais elle se réserve d'en contrôler la conformité aux principes du droit de l'Union (CJCE, 28 oct. 1975, aff. C-36/75, *Rutili* : Rec. CJCE 1975, I, p. 1219 ; RTDE 1976, p. 135, note G. Lyon-Caen). « Une situation hybride est donc créée dans laquelle coexistent des définitions nationales de l'ordre public et l'esquisse d'un concept européen dessiné par la Cour par touches successives » (B. Teyssié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, spéc. n° 310, p. 145).

(99) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking Line (International Transport workers' Union)*, pts 44 à 46 : Rec. CJCE 2007, I, p. 10779. – CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri*, pts 91 à 94 : Rec. CJCE 2007, I, p. 11767 ; RTDE 2008, p. 47, note P. Rodière ; Dr. soc. 2008, p. 210, note P. Chaumette ; *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1335, p. 8, note S. Laulom.

(100) Cons. UE, Prop. de règlement relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services : Doc. COM (2012), 130 final, 21 mars 2012. En deçà des espérances d'une partie de la doctrine plaidant pour l'abandon par la Cour de justice du contrôle de proportionnalité de l'atteinte portée par la grève aux libertés du traité, la proposition codifiait la jurisprudence de la Cour : il appartenait toujours au juge national de vérifier qu'une grève entravant une liberté de circulation est légitime, efficace et proportionnée (consid. 7). Des modifications étaient toutefois réalisées : les États étaient autorisés à mettre en place des mécanismes de règlement des différends en cas de conflits sociaux transnationaux sur la base de ceux institués par les partenaires sociaux, invités à conclure des accords collectifs à ce sujet. La proposition fut finalement retirée. Sur le sujet, V. not. J. Cavallini, *La formation de la norme européenne en matière de conflits collectifs*, in B. Teyssié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 191, spéc. n° 334, p. 205.

(101) V. not. M. Del Sol, M. Le Barbier-Le Bris et E. Lafuma, *Faut-il réviser la directive détachement ?* : RDT 2012, p. 26.

§ 2. – Promotion de la jurisprudence

45. – La Cour européenne des droits de l'homme⁽¹⁰²⁾ et la Cour de justice de l'Union européenne⁽¹⁰³⁾, sans hésiter à recourir à la technique du précédent, parfois en s'appuyant sur les décisions de l'autre composante de ce tandem, forgent un corps de normes prétorienne qui pèsent d'un grand poids sur les analyses du juge national. Ainsi en est-il de celles du juge français, qu'il se réfère à l'interprétation adoptée par le juge supranational dans une « affaire française » ou se prévale directement de l'autorité des arrêts rendus à Strasbourg ou Luxembourg.

46. – **Effet relatif du précédent jurisprudentiel.** Que le juge français fonde l'analyse qu'il retient d'une norme supranationale sur l'interprétation qu'en a donnée le juge supranational compétent semble *a priori* légitime, notamment lorsqu'elle a été fixée par la Cour de justice de l'Union européenne. Le droit de l'Union européenne s'intégrant, en vertu de la Constitution, directement dans l'ordre juridique interne, le juge national est tenu d'appliquer les textes d'où il est né et, le cas échéant, les interprétations privilégiées par la Cour de justice. Se multiplient les cas dans lesquels la Cour de cassation reconnaît que la Cour de justice de l'Union européenne « a dit pour droit » que le texte européen doit recevoir telle interprétation, avant de la reprendre à son compte. Cette soumission aux analyses retenues peut être observée dans des champs multiples du droit du travail : transfert d'entreprise⁽¹⁰⁴⁾, discrimination en raison de l'orientation sexuelle⁽¹⁰⁵⁾, égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi⁽¹⁰⁶⁾ et de rémunération⁽¹⁰⁷⁾, droit à l'information et à la consultation des travailleurs⁽¹⁰⁸⁾, droit au congé annuel payé⁽¹⁰⁹⁾, protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur⁽¹¹⁰⁾, durées maximales du travail⁽¹¹¹⁾, rémunérations dans le cadre d'un système d'équivalence⁽¹¹²⁾, liberté de circulation des travailleurs⁽¹¹³⁾, détermination de la juridiction compétente en matière de contrats individuels de travail⁽¹¹⁴⁾. Le lien établi entre le texte et son inter-

(102) V. not. CEDH, 18 janv. 2001, req. n° 27238/95, *Chapman c/ Royaume-Uni*, § 70 : *Rec. CEDH* 2001, I ; D. 2002, p. 2758, note D. Fiorina ; *RTDH* 2001, p. 999, note F. Benoît-Rohmer.

(103) V. not. CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark (Ring et Werge)* : *Rec. CJUE* 2013 ; *JCP S* 2013, 1238, note J. Cavallini.

(104) Cass. soc., 15 nov. 2011, n° 10-23.609, *Sté CGBI c/ Comité d'entreprise de la Sté CGBI* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 264 ; *RJS* 2/2012, n° 156.

(105) Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 10-18.341, *M. H. c/ Sté Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 194 et Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 12-20.864, *M^{me} G. c/ Éts Unité réseau gaz Paris et a.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 195 ; *JCP S* 2015, 1048, note E. Jeansen.

(106) Cass. soc., 16 juill. 1998, n° 90-41.231, *CNAVTS c/ M. T.* : *Bull. civ.* 1998, V, n° 392 ; *RJS* 10/1998, n° 1171.

(107) Cass. soc., 21 mars 2000, n° 98-45.485 et 98-45.490, *M. D. et a. c/ SA Renault* : *Bull. civ.* 2000, V, n° 110 ; *RJS* 5/2000, n° 536.

(108) Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 11-21.609, *Assoc. de médiation sociale (AMS) c/ Union locale des syndicats CGT Quartiers Nord et a.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 193 ; *JCP S* 2014, 1429, note Y. Pagnerre.

(109) Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 08-44.834, *Dominguez c/ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 204 ; *RJS* 10/2012, n° 811. – Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070, *Sté X. c/ M. L.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 272 ; *RJS* 2/2014, n° 142 ; *JCP S* 2014, 1111, note G. Vachet.

(110) Cass. soc., 11 avr. 2012, n° 09-68.553, *M. A. c/ Sté Vancraeynest* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 123 ; *RJS* 6/2012, n° 557. – Cass. soc., 21 sept. 2011, n° 08-41.512, *M. D. c/ M. W. ès qual.* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 194 ; *RJS* 2/2010, n° 186. – Cass. soc., 20 janv. 1998, n° 93-43.577 : *Bull. civ.* 1998, V, n° 25 ; *Dr. soc.* 1998, p. 298.

(111) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.743, *M. S. c/ Assoc. nationale de réadaptation sociale (ANRS)* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 184 ; *RJS* 10/2011, n° 804.

(112) Cass. soc., 7 déc. 2010, n° 09-42.712 et s., *Sté Bron ambulances c/ M. O.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 279 ; *RJS* 3/2011, n° 239.

(113) Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 07-42.023, *Sté Olympique lyonnais c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 217 ; *RJS* 12/2010, n° 967.

(114) Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 04-44.713, *Sté Laboratoires Glaxosmithkline France c/ M. R.* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 248. – Cass. soc., 14 juin 1989, n° 85-40.348, *Sté Six Constructions Ltd c/ M. H.* : *Bull. civ.* 1989, V, n° 444.

prétation est parfois tel que certains juges du fond vont jusqu'à invoquer, de manière fort contestable, « une violation des dispositions de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne »⁽¹¹⁵⁾.

Est plus discutable l'invocation par le juge national des décisions par lesquelles la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée sur quelque norme édictée par l'État dont il relève⁽¹¹⁶⁾. L'obligation de l'État de respecter la décision européenne ne lui impose que de réparer le préjudice né de l'application d'une loi inconstitutionnelle, au détriment de ses ressortissants. Rien n'impose au juge interne d'appliquer directement le texte européen tel qu'interprété par la Cour. S'il y a lieu de modifier la loi nationale, elle doit l'être par le législateur. Il est libre de maintenir, s'il le souhaite, une loi contraire au droit du Conseil de l'Europe. À cette liberté, aucun juge ne devrait apporter de limite.

47. – Effet erga omnes du précédent jurisprudentiel. Tout système juridique cohérent requiert une application uniforme de ses normes. Les cours européennes ont progressivement attribué à leur jurisprudence un effet *erga omnes*. S'impose cependant une distinction entre celle de la Cour de justice de l'Union européenne et celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Le juge français doit, en vertu du principe de primauté et d'immédiateté du droit de l'Union européenne, respecter l'ensemble des arrêts rendus par la Cour de Luxembourg – sur recours préjudiciel en interprétation⁽¹¹⁷⁾ ou en appréciation de validité⁽¹¹⁸⁾ –, même à l'endroit d'États étrangers, sous réserve que la solution soit transposable en droit interne⁽¹¹⁹⁾... même si la Cour de cassation ne se réfère que rarement à un arrêt nommément désigné⁽¹²⁰⁾, préférant viser le texte européen tel qu'interprété par la Cour de justice.

(115) CA Versailles, 31 oct. 2012, n° 11/01514.

(116) Cass. soc., 13 juin 2007, n°s 05-45.694 et 05-45.696, *APAEI du Bocage Virois et de la Suisse normande* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 99 ; D. 2007, p. 2439, note C. Pérès ; *RTD civ.* 2007, p. 536, note P. Deumier ; *JCP S* 2009, 1001, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud.

(117) TFUE, art. 280.

(118) TFUE, art. 267.

(119) CJCE, 27 mars 1963, aff. C-28/62, *Da Costa* : *Rec. CJCE* 1963, I, p. 59. – CJCE, 6 oct. 1982, aff. C-283/81, *CILFIT* : *Rec. CJCE* 1982, I, p. 3415. La Cour souligne « l'autorité de l'interprétation donnée » par elle dans ses décisions, de nature à conduire les juges nationaux à la suivre, en évitant de pratiquer d'inutiles renvois préjudiciels lorsqu'est en cause un acte de l'Union européenne déjà interprété par la Cour de justice. – La Cour de cassation admet que « la réponse donnée par la Cour de justice (...) à une question préjudicielle posée par une juridiction nationale, en application de l'article 177 du Traité CEE [nouvel article 267 TFUE], a une portée telle qu'une juridiction nationale, saisie d'une question similaire, peut s'y référer » (Cass. crim., 5 déc. 1983, n° 82-92.275, 1^{re} esp. : *Bull. crim.* 1983, n° 325 ; D. 1984, 217, note J. Cosson).

(120) V. not. Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 12-14.070, *Sté X. c/ M. L.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 272 ; *Dr. soc.* 2014, p. 94, obs. J. Mouly ; *RJS* 2/2014, n° 142, arrêt relatif au paiement de l'indemnité compensatrice de congés payés auquel s'opposait l'employeur au motif que le salarié disposait d'un salaire forfaitaire incluant les congés payés. – Cass. soc., 3 juin 2003, n° 01-41.697, *AGS c/ M. S.* : *Bull. civ.* 2003, V, n° 183 ; *RJS* 8-9/2003, n° 1020, arrêt relatif à l'identification de l'institution compétente pour le paiement des créances des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur lorsque ceux-ci exerçaient leur activité salariée dans un État membre pour le compte de la succursale d'une société constituée selon le droit d'un autre État membre. – Cass. soc., 11 avr. 2012, n°s 11-17.096 et 11-17.097, *Sté Avient Ltd c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 119 ; *RJS* 6/2012, n° 585, arrêt relatif à l'interprétation du critère du pays où le travailleur « accomplit habituellement son travail » et au critère du siège de « l'établissement qui a embauché le travailleur », pour l'identification de la loi applicable au contrat de travail au sens de la convention de Rome. – Cass. soc., 11 avr. 2012, n° 11-21.609, *Assoc. de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 122 ; *RJS* 6/2012, n° 601, arrêt relatif à la reconnaissance de l'applicabilité directe des principes généraux du droit tels que précisés par une directive de l'Union européenne. – Cass. soc., 15 nov. 2011, n° 10-23.609, *Sté CGBI c/ Comité d'entreprise de la Sté CGBI* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 264 ; *RJS* 2/2012, n° 156, arrêt relatif à la définition de l'entité économique transférée conservant son autonomie au sens de la directive n° 2001/23.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas, en revanche, le pouvoir de secréter des normes directement applicables au sein des ordres juridiques internes⁽¹²¹⁾. Mais en imposant aux États de respecter l'ensemble de ses décisions sous la menace de sanctions⁽¹²²⁾, elle oblige indirectement le juge national à observer sa jurisprudence. À défaut pour lui d'écarter la loi inconventionnelle, la responsabilité de l'État est susceptible d'être engagée⁽¹²³⁾. Le risque a probablement encouragé la Cour de cassation à reconnaître, en 2011, l'effet *erga omnes* des solutions adoptées par le juge européen, dont elle sous-entend aussi l'applicabilité directe horizontale⁽¹²⁴⁾. Cette solution porte une grave atteinte à la séparation des pouvoirs, le juge fixant lui-même les conditions auxquelles la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'applique en droit interne alors que ce rôle incombe au constituant. L'invocation de la jurisprudence supranationale témoigne de la reconnaissance par la Cour de cassation du « précédent supra-étatique »⁽¹²⁵⁾. La formule par elle retenue est néanmoins trop vague pour être pleinement opérationnelle : encore faut-il qu'existe une « véritable jurisprudence » de la Cour européenne sur le sujet en cause⁽¹²⁶⁾. En outre, la Cour de cassation ne considère pas (pas encore ?) que les moyens pris de la violation de la Convention soient d'ordre public, ce qui imposerait au juge de les relever d'office⁽¹²⁷⁾. Enfin, les arrêts qui ont reconnu avec éclat l'autorité de la chose interprétée aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont intervenus dans un contexte de conflit ouvert entre la Cour de cassation et le législateur⁽¹²⁸⁾. L'autorité de la chose interprétée

(121) Comp. A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse, ss dir. L. Leveneur, Dalloz, 2002, n° 34-42, notant que lorsque les États non-parties aux litiges respectent l'arrêt de la Cour européenne, ils ne font qu'exécuter de bonne foi l'obligation générale qu'ils ont souscrite en vertu de l'article 1 de la Convention, celle d'assurer à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés garantis, tels qu'énoncés dans la Convention et tels qu'interprétés par la Cour européenne. – Sur le sujet, V. not. F. Lazaud, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, ss dir. J.-F. Flauss, PUAM, 2006, t. II. – E. Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1999, p. 340 et s. – J. Velu, *À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours*, in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 527.

(122) V. not. CEDH, 27 nov. 2008, req. n° 36391/02, *Salduz* : *Rec. CEDH* 2008, V ; AJDA 2009, p. 872, chron. J.-F. Flauss. – CEDH, 13 oct. 2009, req. n° 7377/03, *Dayanan* : D. 2000, p. 2897, note J.-F. Renucci. – *Adde* CEDH, 22 avr. 1993, req. n° 15070/89, *Modinos c/ Chypre*, § 21, arrêt dans lequel la Cour fait état, dans un premier temps, de la prohibition de l'homosexualité dans le Code pénal chypriote puis constate que, « malgré l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni* rendu le 22 octobre 1981 par la Cour européenne, la Cour suprême de Chypre a considéré que les articles en cause ne violent ni la Convention, ni la Constitution ».

(123) V. not. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11^e éd. 2012, spéc. n° 454, p. 864, notant que « le mécanisme du recours individuel acquiert une puissance unificatrice [qui] pousse l'État à s'aligner sur l'ordre public européen des droits de l'homme ».

(124) Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, n° 10-17.049, *M^{me} X. c/ Préfet du Rhône* : *Bull. civ.* 2011, ass. plén., n° 1 (et n° 10-30.313 : *Bull. civ.* 2011, ass. plén., n° 3 ; n° 10-30.316 : *Bull. civ.* 2011, ass. plén., n° 4 ; n° 10-30.242 : *Bull. civ.* 2011, ass. plén., n° 2) ; *RTD civ.* 2011, p. 725, note J.-P. Marguénaud ; D. 2011, p. 805, note S. Détraz, décidant que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ».

(125) P.-Y. Gautier, *Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 327, spéc. p. 336.

(126) V. not. J.-P. Marguénaud, *La reconnaissance par l'assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril* : *RTD civ.* 2011, p. 725. – F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11^e éd. 2012, n° 454, p. 861.

(127) Sur les moyens d'ordre public, V. not. L. Cadet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2^e éd. 2010, n° 228, p. 779 et les réf. citées.

(128) Cass. soc., 13 juin 2007, n° 05-45.694 et 05-45.696, *Assoc. APAEI du Bocage Virois et de la Suisse Normande c/ M^{me} E. et a.* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 99 ; *JCP S* 2007, act. 289 ; *RTD civ.* 2007, p. 536, note P. Deumier ; D. 2007, p. 2439, note C. Pérès. – Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, préc.

ne saurait, en revanche, être reconnue aux « décisions » du Comité européen des droits sociaux⁽¹²⁹⁾, lesquelles ne sont, en réalité, que des avis à destination du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

48. – Conclusion de section. Nul législateur ne peut efficacement briser l'œuvre du juge de la conventionnalité. Les limites classiques au pouvoir du juge s'effritent tant au niveau national qu'eupéen, alors que sa légitimité, fondée sur sa compétence technique, est loin d'avoir la force de celle du Parlement, issu du suffrage universel. La Cour de cassation rend-elle encore ses arrêts « au nom du peuple français » lorsque ce dernier est écarté de la production normative ?

49. – Conclusion de chapitre. La confiscation du pouvoir législatif par le juge de la conventionnalité aurait pu mériter une réaction du constituant. Tel n'a pas été le cas, du moins en France, le juge national étant laissé libre de s'affranchir de l'autorité de la loi pour se soumettre à celle des juridictions européennes. Changeant de maître, il cesse d'être la « bouche de la loi nationale » pour devenir aussi celle de la « loi supranationale », contribuant au passage à aggraver l'instabilité qui frappe trop souvent la norme sociale⁽¹³⁰⁾.

(129) Selon le Comité, « les autorités nationales compétentes – qu'il s'agisse d'instances législatives, réglementaires ou judiciaires – sont tenues d'intervenir pour faire annuler ou interdire l'application » des dispositions de droit interne contraires à la Charte, ajoutant « qu'il incombe aux juridictions nationales de se prononcer à ce sujet à la lumière des principes qu'il a dégagés en la matière et, le cas échéant, au législateur de les mettre à même d'en tirer les conséquences en ce qui concerne la conformité à la Charte et la légalité des dispositions incriminées » (CEDS, 22 mai 2013, réclamation n° 12/2002, *Confédération des entreprises suédoises c/ la Suède*).

(130) V. not. B. Teyssié, *Sur la sécurité juridique en droit du travail* : *Dr. soc.* 2006, p. 699 ; *La loi en droit du travail*, in C. Puigelier (ss dir.), *La loi. Bilan et perspectives*, Economica, 2005, p. 161.

LE DÉCLIN DE LA STABILITÉ DE LA LOI EN DROIT DU TRAVAIL

50. – La loi s’inscrit dans la durée : acte de prévision, elle aspire à la permanence. L’idée que le changement est présumé porteur de désordre, et non de progrès, est ancienne. Il fallait, à Athènes, que l’auteur d’une loi nouvelle fasse la preuve de la bonté de son initiative, sous peine de châtement. Il revient à présent aux juges, à Paris, à Strasbourg, à Luxembourg de convaincre les destinataires des règles qu’ils édictent du caractère acceptable de celles-ci. L’exercice n’est pas toujours réussi : la compétition à laquelle se livrent les juges de la conventionnalité amenuise la stabilité de la loi, d’autant que les valeurs qui les animent n’étant pas toujours les mêmes, les interprétations qu’ils en retiennent sont susceptibles de variations (Section 1). Le juge national, gardien du sens des lois nationales et supranationales, en quête d’équilibre entre exigences contraires, peut être conduit à « instrumentaliser » les normes soumises à son appréciation (Section 2).

S E C T I O N 1

L’interprétation de la loi

51. – La construction du droit français du travail est pour une large part d’origine prétorienne⁽¹⁾, singulièrement en raison de la nécessité dans laquelle est placé le juge non seulement d’éclairer et de préciser le sens et la portée de la loi nationale, considérée en tant que telle, mais aussi de tenir compte des effets susceptibles de s’attacher aux normes européennes ou internationales traitant de questions identiques, similaires ou voisines de celles abordées par le texte législatif soumis à son appréciation.

(1) Sur ce thème, V. not. C. Wolmark, *La définition prétorienne, étude en droit du travail*, thèse, ss dir. G. Borenfreund, Dalloz, 2007. – J.-Y. Frouin, *Une construction prétorienne en droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l’entreprise*, thèse dactyl, ss dir. B. Teyssié, Paris 2, 2009. – J.-Y. Frouin, *Raisons de la construction prétorienne du droit du travail* : JCP S 2009, 1516. – C. Charbonneau, *La contribution de la Cour de cassation à l’élaboration de la norme*, Bibliothèque de l’Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, 2011. – B. Bossu, *Les situations de fait et l’évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation* : Dr. ouvrier 1999, p. 94. – J.-P. Laborde, *La considération du fait par le droit du travail*, in *Mél. H. Blaise*, Economica, 1995, p. 277.

La diversité des interprétations que la norme légale est ainsi susceptible de recevoir est de nature à en affecter la stabilité (§ 1), ce qui n'est pas sans conséquences (§ 2).

§ 1. – Caractères de l'interprétation

52. – **Variété.** La « texture ouverte »⁽²⁾ des droits proclamés par les textes supranationaux autorise des lectures, donc des interprétations variées. Aux divergences susceptibles d'apparaître dans l'ordre interne s'ajoutent celles constatées entre les ordres juridiques supranationaux. L'appréhension du temps de travail illustre ce phénomène. De cette expression, la Cour de justice de l'Union européenne et le Comité européen des droits sociaux ne retiennent pas la même définition ; aux normes qui sont appelées à gouverner le temps, considéré comme « temps de travail », un dessin différent est parfois donné⁽³⁾. La loi, pour être dotée du « brevet de conventionnalité », doit se conformer à chacune des interprétations dégagées au niveau européen. Pour l'appréciation du système du forfait-jours, la Cour de cassation convoque non moins de sept textes supranationaux⁽⁴⁾. Les divergences précédemment relevées accentuent l'indétermination du sens à donner à la loi nationale. La règle de droit est dévaluée⁽⁵⁾ ; sa stabilité est altérée⁽⁶⁾ ; le désordre juridique est accru⁽⁷⁾. La Cour de cassation en est consciente. Après avoir invoqué avec force la Charte sociale européenne au visa de l'un de ses arrêts⁽⁸⁾, elle y fait depuis une référence plus ténue⁽⁹⁾. Sans doute souhaite-t-elle éviter l'irruption d'un corps nouveau de principes et de règles couvrant un large pan du droit du travail⁽¹⁰⁾, susceptibles d'interprétations multiples... et évolutives.

(2) H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd. 1976, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 143.

(3) La directive n° 2003/88/CE du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, définit le temps de travail comme « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de ses activités et de ses fonctions ». Pour la Cour de justice, le facteur déterminant est constitué par l'obligation d'être physiquement présent sur le lieu de travail. La période de repos étant celle qui n'est pas du temps de travail, la période d'astreinte sera assimilée à du temps de repos si le salarié n'est pas présent sur le lieu de travail (CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-303/98, *Simap* : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 7963 ; *Dr. soc.* 2001, p. 76, obs. J. Barthélémy. – CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, pt 51 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 8389 ; *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1138, p. 6, note M. Morand ; *RJS* 12/2003, p. 942, chron. J.-Ph. Lhernould ; *Dr. soc.* 2004, p. 142, obs. F. Morel. – V. aussi, sur certains régimes d'équivalence français, CJCE, 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, *Dellas e.a.* : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 10253 ; *JCP S* 2006, 1002, note J. Cavallini ; *RDT* 2006, p. 33, note M. Véricel). Or, selon le Comité européen des droits sociaux, l'assimilation des périodes d'astreinte au temps de repos peut constituer une violation du droit à une durée raisonnable du travail prévu par l'article 2, § 1 de la Charte sociale européenne (CEDS, déc. 23 juin 2010, réclamation n° 56/2009).

(4) *Cass. soc.*, 29 juin 2011, n° 09-71.107, X... c/ Sté Y... : *Bull. civ.* 2011, V, n° 191 ; *RJS* 8-9/2011, n° 696, note F. Favennec-Héry ; *JCP S* 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé ; *JCP S* 2011, 1333, étude M. Morand ; *RDT* 2011, p. 486, note E. Mazuyer ; *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1499, p. 5, note M.-F. Mazars et Ph. Florès.

(5) J.-P. Henry, *Vers la fin de l'État de droit* : *RDP* 1977, p. 1211.

(6) J. Chevallier, *Les enjeux de la déréglementation* : *RDP* 1987, p. 292.

(7) A. Decocq, *Le désordre juridique français*, in Jean Foyer, auteur et législateur, *leges tulit, jura docuit, Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 147, spéc. p. 150.

(8) *Cass. soc.*, 14 avr. 2010, n° 09-60.426 et 09-60.429, *Sté SDMO Industries c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 100 ; *RJS* 6/2010, n° 529 ; *JCP S* 2010, 1269, note B. Gauriau ; *RDT* 2010, p. 374, note J.-F. Akandji-Kombé. La Cour de cassation a directement invoqué la Charte sociale européenne dans d'autres arrêts, mais non publiés au bulletin : *Cass. soc.*, 1^{er} déc. 2010, n° 10-60.117, *Assoc. de gestion des actions en faveur des personnes âgées c/ Union locale Force ouvrière Aix-en-Provence*, non publié au bulletin ; *JurisData* n° 2010-022634. – *Cass. soc.*, 16 févr. 2011, n° 10-60.189 et 10-60.191, *Sté Robert Bosch France c/ M. G. et a.*, non publié au bulletin. – *Cass. soc.*, 23 mars 2011, n° 10-60.185, *GIE c/ Chaumont et a.*, non publié au bulletin ; *JurisData* n° 2011-004272. Dans ces arrêts, le juge retient une solution identique à celle qu'il avait auparavant adoptée dans des arrêts publiés, dans des termes similaires à ceux employés dans l'arrêt du 14 avril 2010.

(9) *Cass. soc.*, 29 juin 2011, préc.

(10) J.-F. Akandji-Kombé, *Le forfait en jours n'est pas sorti de la zone de turbulence. À propos de l'arrêt du 29 juin 2011* : *JCP S* 2011, 1332.

53. – **Variabilité.** Les normes européennes et internationales étant souvent susceptibles de plusieurs interprétations, le « brevet de conventionnalité » d'une loi peut à tout moment lui être retiré. Le risque que l'interprétation varie⁽¹¹⁾ est accru par le nombre des interprètes : chaque juge, national ou « supranational », peut écarter l'interprétation retenue, parfois dans la même affaire que lui. S'y ajoute qu'un même juge peut, au fil du temps, retenir des interprétations différentes de la norme. Les textes supranationaux, spécialement lorsqu'ils protègent des droits fondamentaux, offrent la possibilité d'interprétations diverses et évolutives. Ainsi, la Cour de cassation, après avoir placé l'arrêt *Nikon*⁽¹²⁾ sous le visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a continué à s'y référer pour tempérer la solution précédemment retenue au titre de l'ouverture des fichiers personnels contenus sur l'ordinateur professionnel d'un salarié⁽¹³⁾.

§ 2. – Conséquences de l'interprétation

54. – **Définition de la règle de droit.** La loi n'apporte pas toujours réponse aux questions posées. Le juge est alors appelé à partir en quête de principes⁽¹⁴⁾, éventuellement tirés d'un texte d'origine européenne ou internationale. Le législateur en a pris acte : l'article 1020 du Code de procédure civile a été modifié en 2008⁽¹⁵⁾ afin d'autoriser le prononcé de décisions sur le fondement d'une « règle de droit »⁽¹⁶⁾. L'influence des normes supranationales sur le droit français conduit à retenir une définition large de cette notion. Son identification suppose de combiner loi nationale et normes supranationales. Sont des règles de droit l'ensemble des dispositions qui forment le droit positif sur une question donnée, situation qui est de nature à peser fortement sur l'interprétation de la loi nationale. Ainsi, pour identifier la règle de droit dont est porteur l'article 9 du Code civil, notamment dans les rapports établis entre employeur et salarié, la Cour de cassation convoque l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La loi ne bâtit plus seule une règle de droit⁽¹⁷⁾. La multiplication des textes supranationaux pèse sur le rôle de la loi et sa place dans la production normative.

(11) Sur la notion, V. not. N. Claude, *La variabilité du droit du travail*, thèse dactyl., ss dir. B. Gauriau, Angers, 7 déc. 2010.

(12) Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, SA *Nikon France c/ M. O.* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 291 ; D. 2001, p. 3148, note P.-Y. Gautier ; D. 2002, p. 2296, note Ch. Caron.

(13) Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, M. K. c/ *Sté Cathnet-Science* : *Bull. civ.* 2005, V, n° 165 ; RJS 8-9/2005, n° 799 ; JCP S 2005, 1031, note F. Favennec-Héry ; *Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1218, p. 11, avis J. Duplat ; *Dr. soc.* 2007, p. 789, obs. J.-E. Ray ; D. 2005, p. 2649, note L. Marino.

(14) V. not. P. Morvan, *Le principe de droit privé*, thèse, ss dir. J.-L. Sourlioux, éd. Panthéon-Assas, 1999. – J.-P. Gridel, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé* : D. 2002, p. 228, spéc. p. 230.

(15) D. n° 2008-484, 22 mai 2008, relatif à la procédure devant la Cour de cassation, art. 14.

(16) V. not. Ch. Perelman, *À propos de la règle de droit. Réflexions de méthodes*, in Ch. Perelman et P. Foriers (ss dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p. 313. – A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle* : D. 1990, p. 199.

(17) V. not. P. Deumier, *L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ?* : *RTD civ.* 2011, p. 90, notant que « le mythe d'une loi ayant tout prévu et dans laquelle il suffirait de lire la norme est officiellement dépassé. Le texte peut parfois porter plusieurs interprétations ; dès lors, la norme n'est qu'une abstraction théorique tant que sa portée effective ne lui a pas été donnée, par l'interprétation qui en sera faite par le juge au moment de son application. Il n'y a alors ni la loi seule, ni l'interprétation seule : il y a la loi telle qu'interprétée, qui est la norme (...) ».

55. – **Mutation du raisonnement juridique.** L'accueil favorable que reçoivent les normes supranationales est en partie fondé sur le sentiment éprouvé par certains que les règles du droit français du travail seraient insuffisantes pour résoudre l'ensemble des litiges soumis au juge. La chambre sociale de la Cour de cassation partage, à l'occasion, cette idée.

Elle la rejette lorsqu'elle écarte un pourvoi invoquant la contrariété du droit interne à une norme supranationale sans même faire référence à cet argument⁽¹⁸⁾. La décision du juge manifeste de manière implicite l'absence d'inconventionnalité. Dans un litige où un salarié avait été licencié pour avoir refusé une visite médicale et invoquait la contrariété de la rupture du contrat à la recommandation n° 151 de l'Organisation internationale du travail interdisant le licenciement fondé sur la croyance, la Cour de cassation rejette l'argument en se fondant uniquement sur le droit national, plus précisément sur le caractère impératif des dispositions légales et réglementaires régissant la médecine préventive du travail⁽¹⁹⁾ ; mais il est vrai qu'une recommandation n'a point de force obligatoire. Plus révélatrice est la décision rendue dans une affaire où il était reproché aux juges du fond de n'avoir pas prononcé l'annulation du licenciement alors « qu'il résulte tant de l'article L. 122-45 du Code du travail que de l'article 6 de la convention n° 158 de l'OIT que la maladie ne peut être directement ou indirectement cause du licenciement d'un salarié ». La Cour de cassation écarte ce dernier texte et ne fonde sa solution que sur l'application du texte national⁽²⁰⁾. Mais la Cour peut aussi décider de convoquer le texte national aux côtés de la norme supranationale pour décider que le comportement en cause n'est contraire à aucun d'eux. De ce type de décisions les exemples sont nombreux. Ainsi, dans l'arrêt *Nikon*⁽²¹⁾, la Cour de cassation convoque, aux côtés des articles 9 du Code civil, 9 du Code de procédure civile et L. 120-2 du Code du travail, l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

56. – La Cour de cassation n'adopte pas toujours cette position prudente. En fondant sa solution uniquement sur une norme supranationale, elle renforce l'idée que le droit national n'offrirait pas un corps suffisamment complet de règles pour trancher le litige apparu. Pour sanctionner la clause de domiciliation insérée dans le contrat de travail d'un salarié, elle invoque le seul article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽²²⁾. De même, pour annuler l'élection de délégués du personnel dont l'organisation reposait sur des considérations racistes, à une époque où la loi ne réglait pas expressément la question de la discrimination, elle a approuvé les juges du fond de s'être fondés sur la

(18) J.-F. Cesaro, *L'articulation de la norme interne et de la norme internationale*, in B. Teyssié (ss dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 225, spéc. n° 392, p. 235.

(19) Cass. soc., 29 mai 1986, n° 83-45.409, M. E. c/ SA automobiles Peugeot : Bull. civ. 1986, V, n° 262 ; Dr. soc. 1986, p. 788.

(20) Cass. soc., 15 juin 2000, n°s 98-42.587 et 98-42.588, M. R. c/ Sté Les Rapides de Lorraine, non publié au bulletin, décidant que si l'employeur ne peut licencier le salarié en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail, est en revanche autorisé le licenciement motivé par la situation objective de l'entreprise qui se trouve dans la nécessité de pourvoir au remplacement définitif d'un salarié dont l'absence prolongée ou les absences répétées perturbent son fonctionnement.

(21) Cass. soc., 2 oct. 2001, préc.

(22) Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, M. S. c/ SARL *Omni pac* : Bull. civ. 1999, V, n° 7 ; RJS 2/1999, n° 151 ; D. 1999, p. 645, note P. Marguénaud et J. Mouly.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale⁽²³⁾. La solution aurait pourtant pu reposer sur l'article 6 du Code civil. Abandonnant le cercle de la loi, le juge va chercher ailleurs le fondement de la solution qu'il entend retenir⁽²⁴⁾.

57. – **Conclusion de section.** S'il fut un temps où le juriste trouvait dans les codes à la fois les réponses aux questions qu'il se posait et les méthodes d'interprétation à déployer, l'irruption des normes supranationales a modifié sa grille d'analyse avec le regrettable effet d'affaiblir la force de la loi et de porter une atteinte supplémentaire à l'impératif de sécurité juridique. À la restauration de l'autorité de la loi, il n'est pas sûr que son instrumentalisation contribue.

SECTION 2

L'instrumentalisation de la loi

58. – Pour construire le visa de ses arrêts, la Cour de cassation sélectionne les sources et choisit la façon d'y faire référence. L'instrumentalisation des textes lui permet de construire la règle de droit et, partant, de délivrer un message à l'adresse du législateur national ou européen⁽²⁵⁾. Contrarier (§ 1) ou préserver (§ 2) l'œuvre des législateurs, tel peut être le dessein du juge.

§ 1. – Instrumentalisation offensive

59. – **Contrarier l'œuvre nationale.** Le législateur peut combattre une jurisprudence *contra legem*⁽²⁶⁾... sauf lorsque la solution à laquelle parvient le juge trouve sa source dans l'interprétation d'une norme supranationale. Le législateur qui contrarie la solution du juge contredit la supériorité du texte conventionnel. Protégée des représailles du législateur lorsqu'elle revêt l'habit conventionnel, l'œuvre jurisprudentielle ne peut être désavouée que par le juge chargé, au plus haut niveau, de veiller au respect de cet habit. Mais la mobilisation de textes supranationaux par le juge national doit être mesurée et ne pas être le fruit de

(23) Cass. soc., 7 févr. 1974, n° 73-60.162, *Régie nationale des usines Renault (RNUR) c/ M. R.* : Bull. civ. 1974, V, n° 99.

(24) Comp. Cour de cassation, Rapport annuel 2006, *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Doc. fr., p. 129, notant que « la règle de droit que la Cour de cassation a vocation à appliquer et à interpréter trouve donc aujourd'hui sa source non seulement dans la loi nationale mais aussi dans les traités et le droit communautaire et il n'est, dès lors, pas étonnant que, dans nombre de ses arrêts, la cour effectue son contrôle au regard exclusivement de règlements communautaires ».

(25) Certains auteurs identifient un dernier destinataire de la règle de droit : la cour s'adresse aussi, ce qu'implique sa fonction normative ou « pastorale », à l'ensemble des justiciables, pour qu'ils adhèrent au droit jurisprudentiel (V. not. A. Tunc et A. Touffait, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celle de la Cour de cassation* : RTD civ. 1974, p. 487).

(26) Sous réserve que l'atteinte générée par l'application du nouveau texte aux instances en cours, voire aux espérances qu'avaient les citoyens que leur créance se réalise, réponde à un impérieux motif d'intérêt général et soit proportionnée à cet objectif (Cass. soc., 13 juin 2007, n°s 06-40.823 à 06-40.830, *M^{me} A. et a. c/ Assoc. Adultes enfants inadaptés mentaux [Foyer Huart]* : Bull. civ. 2007, V, n° 99 ; D. 2007, p. 2439, note C. Pérès. – Cass. soc., 24 nov. 2010, n°s 08-44.181 et s., *M^{me} S. c/ Assoc. Saint-Martin* : Bull. civ. 2010, V, n° 268 ; JCP G 2011, 63, note M. Mekki ; JCP S 2011, 1078, note E. Jeansen).

considérations d'ordre politique plus que juridique. Définir la politique d'un État ne relève pas du juge, quel qu'il soit.

60. – Contrarier l'œuvre européenne. La Cour de cassation adopte parfois une solution différente de celle prônée par le juge européen. La mobilisation, dans son arrêt, du texte, signifie la ferme opposition à l'interprétation retenue à Luxembourg ou à Strasbourg. Ainsi, alors que la Cour de justice de l'Union européenne décide que, dans les entreprises de main-d'œuvre, la reprise par le cessionnaire d'une partie essentielle des effectifs est un élément d'exploitation susceptible à lui seul de caractériser le transfert⁽²⁷⁾, la Cour de cassation décide⁽²⁸⁾, interprétant l'article L. 1224-1 du Code du travail à la lumière de la directive n° 2001/23, que le transfert d'une entité économique autonome « ne s'opère que si des moyens corporels ou incorporels significatifs et nécessaires à l'exploitation de l'entité sont repris, directement ou indirectement, par un autre exploitant ». La marge de manœuvre est étroite ; le juge prend le risque que la responsabilité de l'État soit engagée. Placé dans une situation complexe⁽²⁹⁾, il doit s'astreindre à être la bouche de la loi nationale... et européenne.

§ 2. – Instrumentalisation défensive

61. – Préserver l'œuvre européenne. Le juge national, par la référence à une norme transnationale, n'a pas seulement le pouvoir d'anéantir l'œuvre du législateur ; il en a, à certains égards, le devoir. Celui qui préserve la présence, voire l'interprétation, d'une loi nationale contraire au droit du Conseil de l'Europe⁽³⁰⁾, ou à celui de l'Union européenne⁽³¹⁾, et plus généralement aux engagements internationaux de l'État, peut provoquer un engagement de la responsabilité de ce dernier⁽³²⁾. Le juge peut-il pour autant se passer du droit national ? Dans l'arrêt *Spileers*, la Cour de cassation fonde sa solution au visa du seul article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽³³⁾, alors que l'article 9 du Code civil

(27) CJCE, 10 déc. 1998, aff. C-127/96, C-229/96 et C-74/97, *Hernández Vidal* : *Rec. CJCE* 1998, I, p. 8179 ; *RJS* 1999, n° 315. – CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Süzen* : *Rec. CJCE* 1997, I, p. 1259 ; *RJS* 06/1997, n° 770. – CJUE, 20 janv. 2011, aff. C-463/09, *CLECE* : *Rec. CJUE* 2011, I, p. 95 ; *RJS* 5/2011, n° 486 et chron. p. 358, note H. Tissandier.

(28) Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-42.615, *Féd. nationale Léo Lagrange c/ M. R.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 151 ; *JCP S* 2009, 1391 ; *RJS* 10/2009, n° 769. – Cass. soc., 25 avr. 2007, n° 04-47.710, *M. H. c/ Sté PCTS (Hôtel Première Classe) : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1314, p. 12, note J.-Ph. Lhernould.

(29) V. not. F. Grévisse et J.-C. Bonichot, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres*, in *L'Europe et le droit : Mél. en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 297, spéc. p. 310. – V. aussi O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, thèse, ss dir. J.-C. Gautron, Dalloz, 2001.

(30) L'État dont les juges n'ont pas fait respecter la Convention de sauvegarde des droits de l'homme dans un litige engage sa responsabilité. En ce sens, V. not. J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, PUF, 2008, n° 301. – J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2007, n° 20, p. 33.

(31) La responsabilité des États membres de l'Union européenne peut être engagée lorsqu'une violation du droit de l'Union est imputable à une juridiction nationale statuant en dernier ressort. Encore faut-il que la norme européenne méconnue ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation constatée soit suffisamment caractérisée (la méconnaissance du droit doit être « manifeste ») et qu'il existe un lien de causalité direct entre cette violation et le préjudice subi par les personnes lésées (CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Köbler* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 10239 ; *RJS* 1/2004, n° 133. – CJCE, 13 juin 2006, aff. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo* : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 5177).

(32) CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, *Gardedieu* : *Rec. CE* 2007, p. 78 ; *RJS* 4/2007, n° 520.

(33) Cass. soc., 12 janv. 1999, n° 96-40.755, *M. S. c/ SARL Omni pac* : *Bull. civ.* 1999, V, n° 7 ; *RJS* 2/1999, n° 151 ; D. 1999, p. 645, note P. Marguénaud et J. Mouly.

visé, en substance, le même droit. Le droit civil et le droit du travail offrent généralement les outils permettant d'aboutir aux mêmes solutions que celles obtenues sur le fondement de normes supranationales. Les clauses illicites et les comportements répréhensibles peuvent être sanctionnés par référence aux exigences d'ordre public⁽³⁴⁾, aux libertés individuelles et collectives, qu'il importe de concilier à la lumière de l'impératif de proportionnalité⁽³⁵⁾, à la bonne foi contractuelle⁽³⁶⁾, la loyauté de la preuve⁽³⁷⁾, la cause illicite⁽³⁸⁾, l'abus de droit, la faute ou le droit au respect de la vie privée⁽³⁹⁾. En ne fondant pas sa solution sur le droit national, le juge manifeste une « perte de confiance » dans ce dernier⁽⁴⁰⁾.

62. – Préserver l'œuvre nationale. Passer sous silence le texte national peut trahir la volonté du juge de témoigner au législateur que les normes supranationales commandent une solution qu'il aurait délaissée si leur invocation ne s'imposait pas. L'extension de la notion de vie privée constitue à cet égard un contre-exemple. Le reproche était parfois adressé au juge de conférer une portée trop large à cette notion visée par l'article 9 du Code civil⁽⁴¹⁾. Dans l'arrêt *Spileers*, la Cour de cassation l'élargit pourtant sur le seul fondement de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales alors que la Cour européenne des droits de l'homme ne le lui commandait pas.

En feignant d'oublier le droit national, le juge peut-il le préserver des effets de la norme supranationale ? Imaginons que la Cour de cassation décide de résister à l'interprétation extensive opérée par la Cour européenne du droit au respect de la vie privée. Entendu notamment comme « le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables »⁽⁴²⁾, sa diffusion est susceptible d'être importante en droit du travail. Elle peut inquiéter⁽⁴³⁾. Contraint de trancher le litige selon la solution que préconise le droit européen (le droit au respect de la vie privée impose de sanctionner tel comportement), le juge peut néanmoins être prudent en ne livrant pas une nouvelle définition extensive de l'article 9 du Code civil (le droit au respect de la vie privée ne doit pas être réécrit). Il peut tenter, à cette fin, de ne pas convoquer le texte national aux côtés du texte européen et d'adopter une motivation elliptique. Mais le résultat espéré ne serait pas atteint : la substance

(34) C. civ., art. 6.

(35) C. trav., art. L. 1121-1.

(36) C. civ., art. 1134, al. 2.

(37) CPC, art. 9. – C. civ., art. 1135.

(38) C. civ., art. 1131.

(39) C. civ., art. 9.

(40) M.-E. Ancel, *Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux)*, in G. Pignarre (ss dir.), *Forces subversives et créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 121, spéc. p. 135. – Adde, D. Gutmann, *Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ?*, in *L'avenir du droit : Mél. en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 329, spéc. p. 339.

(41) J. Savatier : *Dr. soc.* 1992, p. 329, note ss Cass. soc., 22 janv. 1992.

(42) Au droit à la « vie privée personnelle » s'ajoute ainsi le droit à la « vie privée sociale » (CEDH, 16 déc. 1992, req. n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*, § 29, série A, n° 51).

(43) La Cour européenne a pu affirmer qu'une large interdiction d'exercer un emploi dans le secteur privé porte atteinte à la « vie privée » en ce qu'elle compromet la possibilité de développer des relations avec le monde extérieur, qu'elle cause de graves difficultés pour « gagner sa vie » et a de graves répercussions sur le respect de la vie privée (CEDH, 27 juill. 2004, req. n° 55480/00 et 59330/00, *Sidabras et Dziutas c/ Lituanie*, § 47 : *Rec. CEDH* 2004, VIII ; D. 2006, p. 477, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly). Une interrogation surgit : la sortie de l'emploi n'a-t-elle pas les mêmes conséquences ?

d'un droit reconnu au niveau national qui a fait l'objet d'une interprétation commandée par les normes européennes est nécessairement modifiée. Sens européen et sens national se mêlent. L'autonomie du droit national décline.

La démarche inverse serait tout aussi vaine : masquer le texte européen ne permet pas au juge national d'éviter qu'il pèse sur le sens de la loi. Que la source européenne ne soit pas invoquée devant le juge national n'empêche pas la Cour européenne d'être saisie ; il suffit que le requérant, en soulevant un grief « équivalent » à celui tiré de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ait fourni au juge interne l'occasion d'éviter ou de redresser la violation alléguée⁽⁴⁴⁾, ce qui est aisé, la plupart des règles composant le droit français du travail étant progressivement couvertes par les articles de la Convention interprétés extensivement. Le juge est contraint, en pratique, de rechercher si les arguments du requérant mettent en jeu implicitement le texte européen, d'autant que le juge chargé de veiller à son respect est moins enclin à censurer la solution retenue dans le cadre national s'il peut vérifier le raisonnement adopté.

63. – La loi ne suffit plus toujours à fonder, seule, la solution du litige. Ainsi, celui qui entend invoquer le droit au respect de la vie privée doit : 1) rechercher le sens de l'article 9 du Code civil selon l'interprétation qu'en donne le juge national ; 2) rechercher l'interprétation que ce dernier a faite (ou, à défaut, devrait faire) de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme ; 3) rechercher si cette dernière a lu la Convention à la lumière de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ce qui impose de tenir compte de l'interprétation livrée par la Cour de justice. L'altération de la loi nationale est consommée. Son seul salut réside dans la reconnaissance par les cours européennes d'une marge d'appréciation au législateur national.

64. – **Conclusion de section.** La loi est devenue une source parmi d'autres. Le choix des références textuelles permet à la Cour de cassation de contrarier une construction juridique nationale ou européenne. L'exercice est délicat : dans le premier cas, le juge s'affranchit de l'œuvre du législateur ; dans le second, il viole les devoirs que lui impose son statut de juge de la conventionnalité.

65. – **Conclusion de chapitre.** La place du droit prétorien dans la construction du droit français du travail a toujours été importante. La diffusion des normes supranationales l'accroît, augmentant les risques d'instabilité du *corpus* normatif. Nul n'est assuré que son respect de la loi le protégera d'une condamnation. Si le salarié peut espérer trouver dans les normes supranationales un surcroît de droits, la variété des interprétations qu'elles sont susceptibles de recevoir exclut toute certitude.

66. – **Conclusion de titre.** L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail est une œuvre de conviction. Le pouvoir de séduction doit être grand pour persuader les autorités internes et les citoyens que les solutions qu'abrite la loi sont insuffisantes et que la raison transnationale est la meilleure. La Cour eu-

(44) CEDH, 6 nov. 1980, req. n° 7367/76, *Guzzardi c/ Italie*, § 71, série A, n° 39, p. 27. – CEDH, 16 déc. 1992, req. n° 12964/87, *Geoffre de la Pradelle c/ France*, § 26, série A, n° 253 ; D. 1993, p. 562, note F. Benoît-Rohmer.

ropéenne des droits de l'homme impose au juge national d'écarter le droit local contraire à la Convention sans attendre que l'État qui l'a forgé soit attaqué devant elle : elle incite, ce faisant, le juge interne à reconnaître à la fois l'effet *erga omnes* de la jurisprudence européenne et l'effet direct du droit européen, propre à chasser la loi inconstitutionnelle. Mais l'obligation est d'essence morale et non de nature juridique. La Cour européenne, à l'instar du Comité européen des droits sociaux et du comité d'experts de l'OIT, n'a pas le pouvoir de contraindre *matériellement* les autorités nationales à agir ni de modifier les dispositions constitutionnelles relatives au partage des pouvoirs entre les institutions d'un État. Rien ne justifie, en droit, que le juge brise l'œuvre du législateur, excepté lorsqu'est en cause le droit de l'Union européenne à l'égard duquel le constituant a consenti à des abandons de souveraineté. Le Parlement français représente le peuple. S'il décide de maintenir dans le paysage juridique une loi contraire à ses engagements internationaux, il n'appartient pas au juge d'en décider autrement. La primauté du droit supranational ne serait pas niée pour autant : l'État est susceptible d'engager sa responsabilité sur la scène internationale, voire nationale. La sécurité juridique ne serait pas non plus oubliée : le citoyen saurait qu'il ne doit respecter qu'une seule norme, la loi, le cas échéant interprétée à la lumière des règles supranationales. Mais ces solutions, respectueuses du modèle juridique français, n'ont pas été retenues.

Peu de lois ont néanmoins été censurées par le juge pour inconstitutionnalité. L'effort conduit tend plutôt à interpréter le droit interne conformément aux exigences formulées par la norme transnationale. Une conciliation des normes en concours est généralement recherchée, évitant au moins en partie la désorganisation du *corpus* national.

TITRE 2

LA DÉSORGANISATION DE LA NORME FRANÇAISE DU TRAVAIL

67. – L'inconventionnalité de la norme française provoque sa désorganisation. Mais le régime de l'inconventionnalité étant récent, les principes qui le soutiennent ne sont pas nettement bâtis. À la complexité des règles qu'il véhicule s'agrègent les interrogations que suscite chaque motif d'inconventionnalité au regard des causes qui l'ont fondé (Chapitre 1) et de la portée à lui reconnaître (Chapitre 2).

L'ORIGINE DE LA DÉSORGANISATION DE LA NORME FRANÇAISE DU TRAVAIL

68. – La norme nationale du travail est in conventionnelle lorsque la solution qu'elle abrite est contraire aux exigences nées d'une norme supranationale, soit que la norme nationale offre un niveau de protection insuffisant (Section 1), soit qu'en portant ce niveau au-delà de celui exigé par un texte supranational, elle en méconnaisse d'autres (Section 2).

S E C T I O N 1

Le retard du droit français

69. – De la méconnaissance d'une norme supranationale par une loi, les manifestations peuvent être diverses (§ 1), à l'image des raisons qui l'expliquent (§ 2).

§ 1. – Manifestations du retard

70. – **Discordance.** Le contrôle de conventionnalité du droit national crée un rapport au temps singulier. Est en retard, par définition, le sujet qui n'intervient pas au moment attendu. Le temps de référence doit être figé pour distinguer entre l'avant et l'après. Or, l'interprétation des normes supranationales le rend mobile. Il peut exister un doute sur la conventionnalité d'une norme nationale. Son application permet d'en présumer la conformité aux normes de rang supérieur. Cette situation cesse dès l'instant où le juge prononce l'inconventionnalité. Le droit national est alors rétroactivement frappé d'illicéité. Le retard se prononce au présent et naît dans le passé. Le juriste n'est pas étonné : l'interprétation jurisprudentielle est par nature rétroactive. Mais le malaise le gagne lorsqu'il observe que plusieurs juges supranationaux se partagent le contrôle de conventionnalité. Chacun est oracle dans son sanctuaire. La stabilité temporelle du droit national souffre de la concurrence des contrôles de légalité. Deux observations en donnent la mesure.

Les juges supranationaux ne reconnaissent pas de manière identique des droits fondamentaux aux particuliers. Voilà un employeur qui souhaite délocaliser son entreprise dans le périmètre de l'Union européenne. Il met en œuvre la liberté d'établissement⁽¹⁾ et de prestation de services⁽²⁾. Les salariés en freinent le cours par l'usage du droit de grève⁽³⁾. L'employeur prend à son tour des mesures pour l'endiguer. La Cour de justice de l'Union européenne est saisie. Les règles probatoires lui commandent d'apprécier la justification de la conduite de celui qui, le premier, porte atteinte au droit d'un autre. La grève, parce qu'elle restreint le droit de l'employeur, doit être légitime et proportionnée⁽⁴⁾. Si la Cour européenne des droits de l'homme est saisie, elle ne va pas vérifier si la grève est licite : refusant pour l'heure à l'employeur quelque droit fondamental issu de la Convention, il ne détient aucun droit susceptible d'atteinte. La grève constituant certainement un droit des salariés, la Cour recherchera en revanche si la restriction qu'y apporte l'employeur est justifiée. De droit, la liberté d'établissement recule au rang d'intérêt. Chacune des méthodes employées par les juges européens respecte l'orthodoxie propre à l'ordre juridique dans lequel elle se déploie. La discordance rejaillit pourtant sur les solutions adoptées. Harmoniser les interprétations⁽⁵⁾ est vain lorsque des droits identiques ne sont pas reconnus.

À l'incapacité des juges à harmoniser les solutions par eux retenues s'ajoute parfois leur refus d'y procéder. Le droit au respect de la santé et de la sécurité des salariés dans le domaine du temps de travail est propice aux interprétations divergentes. La convention de forfait en jours sur l'année⁽⁶⁾ permet, schématiquement, de mettre à l'écart la mesure traditionnelle du temps de travail sous réserve de garanties accordées en termes de repos au salarié⁽⁷⁾. Le Comité européen des droits sociaux considère qu'un tel dispositif viole l'article 2, § 1 de la Charte sociale européenne imposant la fixation d'une durée raisonnable de travail⁽⁸⁾, du moins si les conventions collectives n'apportent pas de garanties juridiques suffisantes⁽⁹⁾.

(1) TFUE, art. 49.

(2) CJCE, 4 déc. 1986, aff. C-220/83, *Commission c/ France*, pt 17 : *Rec. CJCE* 1986, I, p. 3663. – CJCE, 4 déc. 1986, aff. C-252/83, *Commission c/ Danemark*, pt 17 : *Rec. CJCE* 1986, I, p. 3713.

(3) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 28 ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, art. 13 ; Conv. EDH, art. 11, al. 1^{er} ; Charte sociale européenne, art. 6 ; Conv. OIT n° 87, 9 juill. 1948 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 8.

(4) CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri*, pt 101 : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 11767 ; *RTDE* 2008, p. 47, note P. Rodière ; *JCP S* 2008, 1087, note J. Cavallini ; *RJS* 3/2008, p. 179, chron. E. Lafuma ; *RJS* 07/2008, p. 601, chron. J.-Ph. Lhernould.

(5) Afin d'éviter la contrariété des solutions de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne précise que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention » (art. 52, pt 3).

(6) C. trav., art. L. 3121-43 et s.

(7) C. trav., art. L. 3121-48.

(8) Uniquement protégé par les temps de repos journalier et hebdomadaire, le salarié peut être amené, théoriquement, à travailler 78 heures par semaine. – CEDS, 23 juin 2010, réclamations n° 55/2009, *CGT c/ Gouvernement de la France* et n° 56/2009, *CFE-CGC c/ Gouvernement de la France*. – CEDS, 16 nov. 2001, réclamation n° 9/2000, *CFE-CGC c/ France*. – V. not. M. Morand, *Les forfaits-jours et la Charte sociale européenne* : *JCP S* 2011, 1225. – J.-Ph. Lhernould, *Le forfait-jours va-t-il devoir céder face à la pression européenne ?* : *Liaisons soc. Europe* 2011, n° 279, p. 5.

(9) Le Comité européen des droits sociaux estime, dans le dernier rapport d'application de la Charte sociale européenne paru le 22 janvier 2015, que « la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation donne des assurances quant au respect de la durée du travail raisonnable des salariés relevant du forfait jours ». L'article 2 de la Charte est respecté si toutes les conventions collectives concernées sont modifiées conformément aux prescriptions du Comité (*Le Comité européen des droits sociaux accepte le forfait jour* : *Liaisons soc. Europe* 2015, n° 370, p. 1).

Le gouvernement français avait pourtant attiré son attention sur le fait que le dispositif était conforme au droit de l'Union européenne. L'argument est balayé⁽¹⁰⁾. L'oracle n'a de pouvoir que dans les limites de son sanctuaire. Une discordance similaire naît dans l'appréhension du régime de l'astreinte⁽¹¹⁾. L'assimilation des périodes d'attente du salarié à un temps de repos⁽¹²⁾, conforme au droit de l'Union européenne⁽¹³⁾, est censurée par le Comité européen des droits sociaux sur le même fondement que précédemment⁽¹⁴⁾.

71. – Incohérence ? Le contrôle de conventionnalité impose au juge national de respecter les différentes normes supranationales applicables. Pour concilier les solutions divergentes adoptées par ses homologues européens, il peut recourir à la technique de l'interprétation conforme. Dans un arrêt du 29 juin 2011⁽¹⁵⁾, la Cour de cassation a ainsi préservé de l'inconventionnalité le dispositif des forfaits en jours sur l'année⁽¹⁶⁾, alors que le respect du droit européen l'a conduite à relever d'office, dans des arrêts postérieurs⁽¹⁷⁾, la nullité tirée des conventions de forfait s'appuyant sur des conventions collectives qui ne respectaient pas les exigences européennes.

(10) Que les dispositions en question s'inspirent d'une directive de l'Union européenne ne les met pas à l'abri d'une condamnation sur le fondement de la Charte sociale européenne (CEDS, 23 juin 2010, préc., § 32).

(11) C. trav., art. L. 3121-5 et s.

(12) C. trav., art. L. 3121-6.

(13) D'une part est adoptée une définition binaire du temps, partagé entre repos et travail (Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 4). D'autre part les critères de définition du temps de travail proposés par le droit français et le droit de l'Union européenne concordent (C. trav., art. 3121-1. – CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-303/98, *Simap*, pt 47 : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 07963).

(14) Comité européen des droits sociaux, 23 juin 2010, réclamation n° 55/2009, préc., § 65 à 67 et n° 56/2009, préc., § 64 et 65. – CEDS, 12 oct. 2004, réclamations n° 16/2003, *CFE-CGC c/ France*, § 53 et n° 22/2003, *CGT c/ France*, § 38. – CEDS, 7 déc. 2004, réclamation n° 22/2003, *CGT c/ France*. Le Comité européen des droits sociaux laisse ouverte une brèche dans laquelle la Cour de cassation pourrait s'engouffrer pour interpréter l'article L. 3121-7 du Code du travail conformément aux exigences européennes : c'est uniquement « sans limitation » que « les périodes d'astreinte (hors intervention du salarié) ne peuvent être assimilées à un temps de repos » (CEDS, 23 juin 2010, réclamation n° 55/2009, préc., § 64. – CEDS, 7 déc. 2004, réclamation n° 22/2003, préc., § 35). À la convention collective de prévoir, à l'image de ce que décide la Cour de cassation à l'égard des conventions de forfait, des garanties suffisantes pour assurer la santé et la sécurité du salarié ou, à défaut, à l'employeur individuellement après information et consultation des institutions représentatives du personnel, s'il en existe, et après information de l'inspecteur du travail (connaissance des plannings d'astreinte suffisamment à l'avance ; prise d'un repos immédiat après l'intervention, dans certains cas ; respect des durées maximales de travail et minimales de repos ; contreparties accordées en termes de repos ; limitation du nombre d'astreintes sur une période donnée, etc.).

(15) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *X... c/ Sté Y...* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 191 ; *RJS* 8-9/2011, n° 696 ; *JCP S* 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé ; *JCP S* 2011, 1333, note M. Morand ; *RDT* 2011, p. 481, note M.-F. Mazars, S. Laulom et C. Dejours ; *RDT* 2011, p. 486, note E. Mazuyer. – Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807, *M. M. c/ Sté Métaux Spéciaux (MSSA)* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 43 ; *RDT* 2012, p. 445.

(16) La solution s'appuie sur la brèche ouverte par le Comité européen des droits sociaux. Pour condamner le système des forfaits, ce dernier avait constaté que la loi n'impose pas que les conventions collectives sur lesquelles s'appuient les conventions individuelles de forfait prévoient une durée maximale, journalière et hebdomadaire ni ne fixent les modalités de suivi et notamment la durée de travail quotidienne et la charge de travail (CEDS, 23 juin 2010, réclamation n° 55/2009, préc., § 54). La législation (entendue comme la loi selon l'interprétation qu'en donne la Cour de cassation) impose, depuis l'arrêt du 29 juin 2011, à la convention collective de prévoir des garanties suffisantes pour assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié soumis au régime du forfait en jours, notamment en termes de durées maximales (raisonnables) de travail. L'effort déployé par le juge français est récompensé : le Comité européen des droits sociaux estime, dans le rapport d'application de la Charte sociale européenne paru le 22 janvier 2015, que « la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation donne des assurances quant au respect de la durée du travail raisonnable des salariés relevant du forfait jours ». L'article 2 de la Charte est respecté si les conventions collectives concernées sont modifiées conformément aux prescriptions du Comité (*Le Comité européen des droits sociaux accepte le forfait jour* : *Liaisons soc. Europe* 2015, n° 370, p. 1).

(17) Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.398, *Sté Lowendalmasai c/ M^{me} P. et a.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 117 ; *RJS* 7/2013, n° 543. – Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *M. Georges Reymond c/ Sté Toupargel* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 250 ; *JCP S* 2012, 1461, note D. Blanc ; *RDT* 2013, p. 273, note S. Amalric. – Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807, *M. M. c/ Sté Métaux Spéciaux (MSSA)* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 43 ; *JCP S* 2012, 1120, note M. Morand. – V. not. M. Véricel, *Forfait-jours : conséquences d'un accord de branche insuffisamment protecteur des salariés concernés* : *RDT* 2013, p. 493.

Ni la Cour de cassation⁽¹⁸⁾ ni les juges du fond n'ont pour autant l'obligation de relever d'office des moyens de droit⁽¹⁹⁾, ce que souligne l'assemblée plénière de la Cour de cassation : hors l'hypothèse où le demandeur n'a pas précisé le fondement de sa demande, l'article 12 du Code de procédure civile ne fait pas obligation au juge, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de la demande des parties. La chambre sociale de la Cour de cassation fait sienne, en général, cette solution, notamment lorsqu'est en cause l'application d'une norme supranationale⁽²⁰⁾... ce qui suggère trois séries de réflexions :

- la solution privilégiée semble emporter une double rupture d'égalité des armes. Celui qui n'a invoqué aucun fondement à l'appui de sa demande est mieux traité que celui qui a présenté un moyen de droit, sachant, de surcroît, que « l'aide du juge » est discrétionnairement accordée⁽²¹⁾ ; le propos doit être cependant tempéré, le juge n'hésitant pas à invoquer d'office une norme supranationale s'il a la conviction que le droit national y est contraire ;

- la solution semble susciter le doute sur la capacité du juge à assurer le contrôle de conventionnalité ; Motulsky prônait une conception exigeante du rôle du juge, lui imposant la requalification et le relevé d'office des moyens de pur droit⁽²²⁾ ; cette vision n'a pas prévalu lors de la rédaction finale du Code de procédure civile, une conception plus souple de l'office du juge ayant prévalu ; la masse croissante des textes, spécialement d'origine supranationale⁽²³⁾, imposait de ne pas mettre à la charge du juge l'obligation de relever d'office les moyens de droit ; se borner à lui en donner la faculté était plus réaliste⁽²⁴⁾, notamment à l'égard des juges non professionnels, ces derniers ne maîtrisant guère les normes d'origine supranationale ; mais ne faudrait-il pas, dans ces conditions, aller jusqu'à leur interdire de les invoquer... ce qu'exclut dans le cercle européen l'exigence d'effectivité de la norme posée dans ce cadre qu'imposent la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme ;

- le droit de l'Union européenne pourrait à terme obliger le juge du travail à soulever d'office les moyens tirés de la violation des normes qui le composent ; la Cour de justice, respectueuse de l'autonomie procédurale des États⁽²⁵⁾, ne l'impose

(18) CPC, art. 620.

(19) Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343, M. D. c/ Sté Carteret : Bull. civ. 2007, ass. plén., n° 10 ; JCP G 2008, II, 10006, note L. Weiller ; RTD civ. 2008, p. 317, note P.-Y. Gautier.

(20) Cass. soc, 10 juill. 2013, n° 12-28.092, non publié au bulletin : « Attendu (...) que le tribunal, après avoir écarté à bon droit une contrariété de l'article L. 2324-2 du Code du travail avec les exigences des articles 11 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'avait pas à rechercher si ce texte n'était pas contraire aux autres engagements internationaux de la France ».

(21) V. not. J. Normand, *Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la CEDH* : RTD civ. 1996, p. 689. – G. Bolard : JCP G 1997, II, 22944, note ss Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1997, n° 95-15.589, M. L. c/ CRCAM de Toulouse : Bull. civ. 1997, I, n° 126. – I. Delicostipoulos, *L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire national sur le fait et le droit* : Justices 1997/6, p. 117.

(22) H. Motulsky, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971* : D. 1972, chron. 91, n° 46.

(23) Relevant cet état, V. not. J. Foyer, *Droit et jurisprudence*, in *Le Discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 21, spéc. p. 28. – G. Cornu, *Droit civil. Introduction*, Montchrestien, 13^e éd. 2007, n°s 262 et 263.

(24) Cornu et Foyer voyaient dans le choix d'un pouvoir et non d'une obligation à l'article 12 du Code de procédure civile une « soupape de sûreté » permettant d'éviter « d'immoler les sentences du juge sur l'autel de l'article 12 au nom du devoir de tout connaître » (G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd. 1996, n° 100, p. 464 et 465).

(25) Elle reconnaît toutefois au juge national le pouvoir de relever d'office un moyen de droit européen, sous réserve de respecter le principe de l'immutabilité du litige et celui du contradictoire (V. not. CJCE, 21 nov. 2002, aff. C-473/00, *Cofidis c/ Fredout* : Rec. CJCE 2002, I, p. 10975 ; D. 2003, p. 486, note C. Nourissat. – CJCE, 4 oct. 2007, aff.

pas pour le moment de manière générale⁽²⁶⁾. Elle s'affranchit pourtant de ce principe dans le vaste champ du droit de la consommation, obligeant le juge national à sanctionner d'office les clauses abusives⁽²⁷⁾ en se fondant sur la nécessaire protection du consommateur face au professionnel. Transposer ce raisonnement à la relation unissant un salarié à son employeur serait aisé, la relation contractuelle apparaissant tout aussi déséquilibrée⁽²⁸⁾. Toutefois, la Cour de justice relève que la situation d'infériorité du consommateur résulte de son absence de « pouvoir de négociation » et de son faible « niveau d'information »⁽²⁹⁾ ; l'exercice du droit de la représentation des salariés dans l'entreprise exclut toute transposition sans nuance de l'exception posée au droit du travail.

72. – Apparence. La comparaison des législations nationales est-elle de nature à révéler, dès lors que l'une a été condamnée par des juges européens, l'irrégularité des autres ou de certaines d'entre elles ? Cette analyse comparative peut être assez aisément conduite sur la base des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Si elle a jugé, à la suite d'une question préjudicielle ou d'un recours en manquement⁽³⁰⁾, que la législation d'un État ne respecte pas la directive « temps de travail » en raison de l'absence de report des jours de congés dont le salarié n'a pas pu profiter par suite d'une maladie, il est aisé d'affirmer que les législations nationales qui adoptent la même solution sont irrégulières. L'analyse est plus difficile lorsqu'une norme nationale a été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ses arrêts sont rendus *in concreto* (le litige particulier fait-il ressortir une

C-429/05, *Épx Rampion* : Rec. CJCE 2007, I, p. 8017 ; JCP G 2008, II, 10031, note G. Paisant. – CJCE, 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, *Oceano Grupo* : Rec. CJCE 2000, I, p. 4941 ; RTD civ. 2000, p. 939, note J. Raynard. – CJCE, 14 déc. 1995, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Van Schijndel et Van Veen* : Rec. CJCE 1995, I, p. 4705 ; Europe 1996, 37, note D. Simon et A. Rigaux). Cette solution pourrait contrarier certaines décisions par lesquelles la Cour de cassation interdit au juge de relever d'office un moyen de droit lorsque la partie qui y aurait intérêt n'en a pas formulé la demande (V. not., à propos de la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée : Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 11-12.262, *Assoc. Football-club de Rueil-Malmaison c/ M. B.* : Bull. civ. 2013, V, n° 45 ; RJS 5/2013, n° 354). Cette dernière décision tranche d'ailleurs avec le caractère directif que la chambre sociale adoptait dans le passé à l'égard du juge, lui imposant de relever d'office certains moyens de droit (V., à propos des conditions auxquelles un salarié peut bénéficier d'une convention de forfait en jours : Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.876, *Sté Blue Green Villennes c/ M. L.* : Bull. civ. 2007, V, n° 180 ; RJS 1/2008, n° 36. – V., à propos de l'existence d'une convention prévoyant une indemnité plus favorable au salarié que l'indemnité légale : Cass. soc., 29 mars 1994, n° 90-42.151, *M. R. c/ Sté routière du Midi* : Bull. civ. 1994, V, n° 109 ; D. 1994, inf. rap. 116. – V., à propos de la nullité absolue d'un contrat de travail temporaire qui n'a pas été établi par écrit : Cass. soc., 17 avr. 1980, n° 78-14.349, *Sté Parisienne de Gestion Immobilière SOPAGI c/ Sté Bis 45 et a.* : Bull. civ. 1980, V, n° 318).

(26) CJCE, 25 nov. 2008, aff. C-455/06, *Heemskerk BV, Firma Schaap c/ Productschap Vee en Vlees* : Rec. CJCE 2008, I, p. 8763 ; Europe 2009, 6, note A. Rigaux ; Europe 2009, 7, note S. Cazet. Seuls les principes d'équivalence (le droit de l'Union européenne ne doit pas être moins bien traité que le droit national) et d'effectivité (les règles nationales ne doivent pas rendre excessivement difficile l'application du droit de l'Union européenne) peuvent fonder l'obligation pour le juge de relever d'office le moyen fondé sur le droit de l'Union européenne. Sur ces notions, V. not. P. Giererd, *Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ?* : RTDE 2002, p. 75.

(27) CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM* : Rec. CJCE 2009, I, p. 4713 ; D. 2009, 2312, note G. Poissonnier ; JCP G 2009, 25-26, note F. Picod ; Europe 2009, 334, note V. Michel et M. Meister. – CJCE, 6 oct. 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL* : Rec. CJCE 2009, I, p. 9579 ; D. 2009, p. 2959, note T. Clay ; RTD civ. 2009, p. 684, note P. Rémy-Corlay ; RTDE 2010, p. 113, note L. Coutron.

(28) La Cour de justice de l'Union européenne relève que « le travailleur doit être considéré comme la partie faible au contrat de travail » (CJCE, 5 oct. 2004, aff. C-397/01 à C-403/01, *Pfeiffer e.a.*, pt 82 : Rec. CJCE 2004, I, p. 8835 ; RJS 12/2004, p. 871, note J.-Ph. Lhernould. – CJCE, 25 nov. 2010, aff. C-429/09, *Günter Fuß*, pts 80 et 81 : Rec. CJCE 2010, I, p. 12167 ; RJS 2/2011, p. 99, chron. J.-Ph. Lhernould).

(29) CJCE, 4 juin 2009, préc., pt 22.

(30) TFUE, art. 258 (sur l'initiative de la Commission), art. 259 (sur l'initiative d'un État). Sur cette notion, V. not. B. Teysié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n° 98.

violation de la Convention appelant une réparation ?)⁽³¹⁾ et non *in abstracto* (la législation nationale est-elle régulière ?)⁽³²⁾. La mise en balance des droits du salarié et des intérêts de l'employeur conduit à adopter un raisonnement riche de considérations factuelles, de nature à empêcher l'identification d'une règle précise sur la base de laquelle un véritable travail de comparaison pourrait être entrepris. Ainsi, dans l'arrêt *Eweida*⁽³³⁾, la Cour européenne des droits de l'homme considère comme irrégulier le licenciement d'une hôtesse de l'air en raison du port d'un voile religieux qu'elle refusait de retirer. Mais aucune norme générale ne peut être identifiée : la Cour ne frappe pas d'inconventionnalité toute législation nationale autorisant l'employeur à prohiber le port de signes religieux au nom de la défense de l'image de marque de l'entreprise. Elle se borne à constater que la restriction apportée *en l'espèce* à la liberté religieuse de la salariée était disproportionnée. Ce raisonnement *in concreto* lui a, dans un autre cas, permis de se fonder sur des motifs de sécurité pour décider que la restriction du port d'une croix montée sur une chaîne par une infirmière en milieu hospitalier était proportionnée au but légitime poursuivi, la sécurité des patients⁽³⁴⁾. Elle pourra, un jour, prendre en compte la taille du signe religieux, la nature du public que côtoie le salarié s'il souffrait plus ou moins qu'un autre de l'affiche d'une religion, etc. La diversité des situations emporte celle des solutions. L'analyse comparative devient un exercice aléatoire.

§ 2. – Appréhension du retard

73. – L'inconventionnalité du droit national peut tenir d'un choix (I). Elle est le plus souvent subie (II).

I. – Retard choisi

74. – L'inaction des autorités nationales peut traduire le choix opéré en faveur de l'inconventionnalité (A). Mais il n'est pas exclu qu'une action en soit le révélateur (B).

A. – Choix de l'inaction

75. – **Insouciance.** L'inertie des autorités nationales dans la réception des normes supranationales révèle une forme d'insouciance de nature à exposer l'État à un engagement de sa responsabilité sur la scène internationale et nationale. L'inaction peut se manifester par la non-transposition d'une norme supranationale, en tout cas dans le délai requis. Illustration en est offerte, en France, en ce qui concerne

(31) La Cour européenne des droits de l'homme souligne qu'elle « n'est point appelée à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité d'une loi à l'égard du requérant » (CEDH, 27 mars 1962, req. n° 214/5, *De Becker c/ Belgique*, § 14. – CEDH, 21 févr. 1975, req. n° 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*, § 39, série A, n° 18. – CEDH, 6 sept. 1978, req. n° 5029/71, *Klass et a. c/ Allemagne*, § 33, série A, n° 28).

(32) La Cour européenne des droits de l'homme s'arroge progressivement le droit de prononcer des décisions *in abstracto*. Sur ce point, V. not. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11^e éd. 2012, n° 451 et s., p. 847 et s.

(33) CEDH, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10 et s., *Eweida et a. c/ Royaume-Uni* : Rec. CEDH 2013, I ; RJS 05/2013, p. 285, note A. Gardin ; JCP S 2013, act. 37.

(34) CEDH, 15 janv. 2013, préc., § 94.

la règle inscrite à l'article 7, § 6 de la directive n° 2001/23⁽³⁵⁾, prévoyant une information individuelle préalable des salariés sur le transfert d'entreprise envisagé en l'absence de représentants des travailleurs⁽³⁶⁾. L'inaction peut aussi se manifester par la non prise en compte de l'interprétation retenue par le juge supranational d'un texte d'origine européenne ou internationale auquel il donne un sens comportant l'inconventionnalité de la loi nationale. Ainsi le législateur français n'a-t-il pas, pour l'heure, tiré les conséquences de l'interdiction d'exclure les salariés titulaires de « contrats aidés » du calcul des effectifs pour la mise en place des institutions représentatives des travailleurs⁽³⁷⁾. Il n'a pas davantage réagi à la suite du constat de l'irrégularité de la règle excluant les périodes d'absences liées à une maladie non professionnelle du calcul de la durée des congés payés⁽³⁸⁾... alors même que la Cour de justice de l'Union impose aux États de ne pas laisser subsister au sein de leur ordre juridique des normes contraires au droit de l'Union⁽³⁹⁾.

76. – Négligence. Le législateur français ne réagit pas nécessairement de la même manière selon l'entité supranationale qui souligne l'irrégularité de la loi adoptée à Paris... et les moyens dont elle dispose pour sanctionner elle-même cette irrégularité. Le Comité européen des droits sociaux est, à cet égard, dans une situation de relative faiblesse puisqu'il se borne à formuler des avis à l'adresse du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. En a été fort affaiblie, à ne considérer que la réaction des pouvoirs publics, l'opinion qu'il a exprimée selon laquelle l'assimilation des périodes d'astreinte à un temps de repos⁽⁴⁰⁾, faute de limitations particulières, constitue une atteinte au droit à une durée raisonnable de travail⁽⁴¹⁾ et au droit au repos hebdomadaire⁽⁴²⁾ visés par la Charte sociale européenne⁽⁴³⁾. Mais si les avis exprimés par le Comité européen des droits sociaux n'ont pas force contraignante, le risque existe que le juge national écarte la loi dont l'inconventionnalité a été soulevée. Le

(35) Dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements : *JOCE* n° L 82, 22 mars 2001.

(36) L'impossibilité pour le juge national d'en faire une application directe dans les contentieux opposant les personnes privées a conduit la Cour de cassation, à plusieurs reprises, à inviter le législateur à réagir (Cour de cassation, Rapport annuel 2014, Doc. fr., p. 36 ; Rapport annuel 2013, p. 46 ; Rapport annuel 2012, p. 38 ; Rapport annuel 2011, p. 15 ; Rapport annuel 2010, p. 15 ; Rapport annuel 2009, p. 18).

(37) CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Assoc. de médiation sociale (AMS)* : *Rec. CJUE* 2014 ; *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11, note P. Rodière ; *Europe* 2014, 112, note D. Simon ; *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 345, obs. J.-Ph. Lhernould ; *JCP S* 2014, 1140, note R. Milchior et E. Pujol. – *Adde* Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 11-21.609, *Assoc. de médiation sociale (AMS) c/ Union locale des syndicats CGT Quartiers Nord et a.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 193 ; *JCP S* 2014, 1429, note Y. Pagnerre.

(38) CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez* : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 4/2012, n° 399 ; *Europe* 2012, comm. 115, note D. Simon ; *JCP S* 2012, 1135, note E. Andréo et J. Misslin.

(39) CJCE, 29 oct. 1998, aff. C-185/96, *Commission c/ Grèce* : *Rec. CJCE* 1998, I, p. 6601.

(40) C. trav., art. L. 3121-6. – La Cour de justice de l'Union européenne retient la même solution (CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-303/98, *Simap*, pts 50 et 52 : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 7963 ; *RJS* 1/2001, n° 139. – CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, pt 51 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 8389 ; *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1138, p. 6, note M. Morand ; *RJS* 12/2003, p. 942, chron. J.-Ph. Lhernould ; *Dr. soc.* 2004, p. 142, obs. F. Morel).

(41) Charte sociale européenne, art. 2, § 1.

(42) Charte sociale européenne, art. 2, § 5.

(43) CEEDS, 12 oct. 2004, réclamation n° 16/2003, *CFE-CGT c/ France*. – CEEDS, 7 déc. 2004, réclamation n° 22/200, *CGT c/ France*, § 35 à 37. – V. not. M. Miné, *Le droit du temps de travail à l'épreuve de la Charte sociale : Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1228, p. 8. – J.-Ph. Lhernould, *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale*, D. *Les faits annuels en jours, les astreintes et la Charte sociale européenne* : *RJS* 7/2005, p. 511. – *Adde*, CEEDS, 23 juin 2010, réclamations n° 55/2009, *CGT c/ Gouvernement de la France* et n° 56/2009, *CGC c/ Gouvernement de la France*, § 64. – V. not. M. Miné, *Le droit du temps de travail à l'épreuve de la Charte sociale : Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1475, p. 7.

prix de l'inaction est alors le même : l'autorité de la loi est affaiblie ; l'exigence de sécurité juridique est méconnue, le juge anéantissant, ainsi que la jurisprudence de la Cour de cassation relative au forfait-jours l'a démontré, des opérations dont les partenaires sociaux avaient tout lieu de penser qu'elles étaient régulières, d'autant que les accords collectifs requis avaient bénéficié, *via* la procédure d'extension, de l'onction du ministre du Travail⁽⁴⁴⁾.

B. – Choix de l'action

77. – **Résistance.** Les autorités nationales peuvent ne pas être convaincues par la solution prônée par les normes supranationales. Elles entrent alors en résistance, plus ou moins utilement.

La résistance est utile lorsqu'elle constitue l'unique voie de contestation. La Cour de justice de l'Union européenne, interprétant la directive du 12 mars 2001⁽⁴⁵⁾, considère que dans les entreprises de main-d'œuvre la reprise de l'essentiel du personnel en termes de nombre et de compétence peut suffire à caractériser le transfert⁽⁴⁶⁾, peu important qu'il intervienne de plein droit ou de manière volontaire. La Cour de cassation n'adopte pas la même solution. Elle exige que des moyens matériels soient transférés⁽⁴⁷⁾. Elle veut éviter d'abord, en cas de transfert volontaire, que le repreneur potentiel ne soit dissuadé de réaliser l'opération envisagée en raison de la nécessité de reprendre la totalité du personnel. Elle entend éviter ensuite, en cas de perte de marché⁽⁴⁸⁾, que ne soit systématiquement transmise au repreneur une équipe dont les « performances » sont à l'origine de la rupture du précédent contrat de prestation de services⁽⁴⁹⁾.

La résistance est moins utile lorsque la conciliation, plutôt que le conflit, aurait permis d'aboutir au résultat recherché. La Cour de cassation en décidant, en 2002⁽⁵⁰⁾, que l'astreinte ne constitue ni un temps de travail effectif, ni un temps

(44) Confrontée à l'inertie du législateur face aux condamnations répétées émanant du Comité européen des droits sociaux à l'égard du régime des conventions de forfait en jours sur l'année, la Cour de cassation a procédé à l'interprétation de l'article L. 3121-45 du Code du travail conformément aux directives « temps de travail » de 1993 et 2003 pour décider que les conventions collectives prévoyant les conventions de forfait devaient apporter les garanties nécessaires (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, X... c/ Sté Y... : *Bull. civ.* 2011, V, n° 191 ; *RJS* 8-9/2011, n° 696 ; *JCP S* 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé ; *JCP S* 2011, 1333, note M. Morand ; *RDT* 2011, p. 486, note E. Mazuyer). Le Conseil d'État invite les pouvoirs publics, dans la proposition de résolution relative à la mise en conformité du droit français concernant le régime des astreintes et le système de forfaits en jours sur l'année considérés par le Comité européen des droits sociaux comme violant différentes dispositions de la Charte sociale européenne révisée, adoptée le 4 mai 2011, à prendre les initiatives requises pour mettre fin à cette situation.

(45) Dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, relative « au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements » (*JOCE* n° L 82, 22 mars 2001, p. 16), abrogeant et remplaçant la directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998 (*JOCE* n° L 201, 17 juill. 1998, p. 88), qui modifiait elle-même la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977 (*JOCE* n° L 061, 5 mars 1977, p. 26).

(46) CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-51/00, *Temco*, pt 26 : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 969 ; *RJS* 4/2002, n° 511. – Rapp. CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayse Süzen c/ Zehacker*, pt 18 : *Rec. CJCE* 1997, I, p. 1259 ; *Dr. soc.* 1997, p. 728, obs. P.-H. Antonmattéi.

(47) Cass. soc., 31 mars 2004, n° 01-45.660, *Sté Penauille établissement c/ Sté Sodexho et a.*, non publié au bulletin. – Cass. soc., 18 févr. 2004, n° 01-46.432, *Sté française de services (Sodexho France) c/ M^{me} V. et a.* : *RJS* 5/2004, n° 504. – Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 96-21.451, *Mutuelle générale de l'Éducation nationale (MGEN) c/ CPAM de Paris* : *Bull. civ.* 1998, V, n° 363 ; *RJS* 11/1998, n° 1346. – Sur le sujet, V. not. J.-Ph. Lhernould, *Transfert d'entreprise. État des relations entre le droit communautaire et le Code du travail* : *RJS* 10/2002, chron. p. 799, spéc. p. 804.

(48) Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-11.820, *M. R. c/ Sté Byblos sécurité privée* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 249 ; *RJS* 1/2012, n° 11.

(49) En ce sens, V. J.-F. Cesaro, *La seule perte d'un marché ne caractérise pas un transfert d'entreprise* : *JCP S* 2005, 1068, p. 21, note ss Cass. soc., 31 mai 2005, n° 03-42.095, *Sté Sedico c/ M. E. et l'Assédic de Bretagne* ; *La notion de transfert d'entreprise* : *Dr. soc.* 2005, p. 718, spéc. p. 722.

(50) Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-18.452, *Synd. libre des exploitants de chauffage (SLEC) c/ Sté Dalkia* : *Bull. civ.* 2002, V, n° 238 ; *Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1086, p. 13, note M. Morand ; *D.* 2003, p. 936, note G. Vachet ; *D.* 2002, p. 3110,

de repos, s'oppose à la Cour de justice de l'Union européenne, celle-ci estimant que ces deux temps ne laissent aucune place à un quelconque temps intermédiaire⁽⁵¹⁾. Le législateur, en 2003⁽⁵²⁾, ayant rappelé au juge que si l'astreinte ne constitue pas du temps de travail, elle ne peut être assimilée qu'à du repos, la Cour de cassation « entre en résistance »⁽⁵³⁾. Saisie d'un contentieux relatif à des astreintes intervenues avant la loi de 2003, elle refuse à ce texte la qualité de loi interprétative, ce qui lui permet de l'écarter du litige et de maintenir sa jurisprudence antérieure. Une solution toutefois existe. Selon le Comité européen des droits sociaux l'astreinte ne peut être assimilée, « sans limitation », à un temps de repos⁽⁵⁴⁾. Cette assimilation serait donc concevable si des garanties suffisantes étaient accordées aux salariés. Il suffirait donc que la Cour de cassation impose l'introduction de ces garanties⁽⁵⁵⁾ comme elle l'a fait s'agissant des conventions de forfait.

II. – Retard subi

78. – **Consternation.** Portalis souhaitait que le juge, « pénétré de l'esprit des lois », exerce son office « sous la surveillance du législateur »⁽⁵⁶⁾. Les droits fondamentaux d'origine supranationale ont emporté ce vœu. Les rôles se sont inversés : le juge contrôle l'œuvre du législateur. Il incombe donc à ce dernier, pour tenter d'éviter quelque mésaventure, de s'assurer de la conventionnalité des lois qu'il s'apprête à adopter. Le succès, néanmoins, n'est pas garanti. Le contentieux des heures d'équivalence, dans son volet relatif à l'application de la loi dans le temps, en offre illustration. À la suite de la décision de la Cour de cassation, en 1999⁽⁵⁷⁾, de censurer le dispositif permettant à des conventions collectives agréées de prévoir le paiement des heures de surveillance nocturne sous la forme d'heures d'équivalence⁽⁵⁸⁾, le législateur adopta un texte validant (rétroactivement) la pratique antérieure⁽⁵⁹⁾, sachant que la Cour européenne des droits de l'homme autorise l'adoption de lois

note T. Aubert-Monpeyssen. – V. avant, Cass. soc., 4 mai 1999, n° 96-43.037, *M. D. c/ Sté Ambulances bourguignonnes* : *Bull. civ.* 1999, V, n° 187 ; *Dr. soc.* 1999, p. 730, obs. B. Gauriau ; *RPDS* 1999, p. 323, note A. Johansson.

(51) Bien que la Cour de justice de l'Union européenne n'énonce clairement l'impossibilité d'un troisième temps qu'en 2003 (CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, pts 48, 50 et 58 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 8389 ; *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1138, p. 6, note M. Morand ; *RJS* 12/2003, p. 942, chron. J.-Ph. Lhernould ; *Dr. soc.* 2004, p. 142, obs. F. Morel), cette solution était déjà en germe lorsqu'elle décidait que le temps de travail et le temps de repos constituent des notions exclusives l'une de l'autre (CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-303/98, *Simap*, pts 47 et 50 : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 7963 ; *RJS* 1/2001, n° 139).

(52) L. n° 2003-47, 17 janv. 2003, relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, art. 3, modifiant l'article L. 212-4 bis du Code du travail : *JO* 18 janv. 2003.

(53) Cass. soc., 8 juin 2011, n° 09-67.051, *Sté Dalkia France c/ M. V. et a.* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 142 ; *JCP S* 2011, 1441, note D. Asquinazi-Bailleux.

(54) CEDS, 23 juin 2010, réclamations n° 55/2009, *CGT c/ Gouvernement de la France* et n° 56/2009, *CGC c/ Gouvernement de la France*, § 64. – CEDS, 7 déc. 2004, réclamation n° 22/2003, *CGT c/ France*, § 35.

(55) La mise en place d'une astreinte devrait poursuivre un but légitime, s'adresser à des salariés dont la nature de l'emploi la rend possible et être entourée de garanties suffisantes pour que l'atteinte au repos soit proportionnée au but recherché. Cette interprétation permet de concilier l'existence des astreintes et l'argument selon lequel l'astreinte ne constitue pas « pleinement » du repos (V. not. M. Morand, *L'astreinte n'est pas de tout repos* : *Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1086, p. 13).

(56) J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse, an IX.

(57) Cass. soc., 29 juin 1999, n° 97-41.567, 97-44.382 et 97-45.376, *Assoc. départementale des pupilles de l'enseignement public (ADPEPI) de l'Indre c/ M. A.* : *Bull. civ.* 1999, V, n° 307 ; *RJS* 8-9/1999, n° 1069. La Cour de cassation considère que seul un accord collectif étendu ou un accord d'entreprise pouvait valablement créer un régime d'équivalence ; or l'agrément n'est pas l'extension.

(58) L. n° 75-535, 30 juin 1975, relative aux institutions sociales et médico-sociales, art. 16.

(59) L. n° 2000-37, 19 janv. 2000, relative à la réduction négociée du temps de travail, art. 29.

rétroactives dès lors que l'atteinte portée au droit à un procès équitable est justifiée par un impérieux motif d'intérêt général et est proportionnée à ce dernier⁽⁶⁰⁾. Or, la loi nouvelle était ici destinée à aménager les effets d'une jurisprudence de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale⁽⁶¹⁾. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas été convaincue par cet argument⁽⁶²⁾. Le motif financier avancé, selon elle, est exclusif de l'intérêt général⁽⁶³⁾. Le juge s'autorise donc à contrôler la réalité de l'intérêt général tel qu'identifié par le législateur national. Sa définition appartient pourtant au pouvoir politique et non au juge⁽⁶⁴⁾. Que ce dernier procède à un contrôle suppose qu'il soit léger. La Cour européenne des droits de l'homme ne l'entend pas ainsi lorsqu'elle exige que le motif d'intérêt général soit « impérieux ».

Incapable d'anticiper avec certitude l'œuvre du juge de la conventionnalité, le législateur peut-il la contenir en aval ? Cette faculté lui est refusée : le juge national est invité par la Cour européenne des droits de l'homme à apprécier la conformité des lois dont il a à connaître aux règles édictées dans le périmètre du Conseil de l'Europe⁽⁶⁵⁾.

79. – Les droits fondamentaux n'ont pas le monopole de l'interprétation constructive. S'y prêtent aussi les normes supranationales contenant des énoncés plus étroits. Les directives interprétées à l'aune de l'objectif qu'elles poursuivent permettent à la Cour de justice de l'Union européenne de remettre en cause des solutions nationales supposées acquises. La transcription en droit interne d'une règle contenue dans une directive ne garantit pas la conformité du *corpus* national à la norme européenne. Ainsi, l'article 7 de la directive du 4 novembre 2003⁽⁶⁶⁾ impose d'assurer à tout travailleur le bénéfice d'un congé annuel payé d'au moins quatre semaines. La précision du résultat, couplée à la liberté qu'accorde le texte aux autorités nationales pour fixer les conditions de sa mise en œuvre, pouvait laisser croire à la régularité du droit national accordant aux salariés cinq semaines de congés payés.

(60) CEDH, 28 oct. 1999, req. n^{os} 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et a. c/ France* : Rec. CEDH 1999, VII ; RTD civ. 2000, p. 436, note J.-P. Marguénaud ; JCP G 2000, I, 202, note F. Sudre.

(61) La loi répondait ainsi, selon la Cour de cassation réunie en assemblée plénière, à un impérieux motif d'intérêt général : Cass. ass. plén., 24 janv. 2003, n^o 00-41.757, *Angel c/ APLH* : Bull. civ. 2003, ass. plén. n^o 1 ; D. 2003, p. 1648, note S. Paricard-Pioux.

(62) CEDH, 9 janv. 2007, req. n^{os} 31501/03 et s., *Aubert et a. c/ France*, § 83 et 84 et req. n^{os} 20127/03 et s., *Arnolin et a. c/ France*, § 76 et 82 ; RDC 2007, p. 477, note A. Debet.

(63) Dans l'arrêt *Zielinski* (préc.), la Cour européenne des droits de l'homme refusait déjà le motif financier. Les faits de l'espèce laissaient penser que le rejet n'était pas catégorique mais résultait de l'insuffisante preuve de son existence. Les décisions du juge européen sont en effet adoptées *in concreto*. Le juge européen feint d'attribuer cette qualité à ses arrêts du 9 janvier 2007 en énonçant que le motif financier ne permet pas « à lui seul » une intervention législative rétroactive (CEDH, *Aubert et a. c/ France*, préc., § 83. – CEDH, *Arnolin et a. c/ France*, préc. § 76). Il semblait pourtant évident que le motif financier poursuivi par les autorités françaises ne constituait pas une fin en soi, mais un moyen d'assurer la pérennité du système de santé.

(64) V. not. B. Teyssié, *Sur l'érosion de l'intérêt général en droit du travail* : JCP S 2015, 1326.

(65) La Cour de cassation a pris la mesure de la jurisprudence européenne en écartant la rétroactivité de la loi pour tous les litiges introduits antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 19 janvier 2000 (Cass. soc., 13 juin 2007, n^{os} 06-40.823 et s. : Bull. civ. 2007, V, n^o 99 ; D. 2007, p. 2439, note C. Pérès ; RTD civ. 2007, p. 536, note P. Deumier). La chambre sociale a abandonné le critère lié à l'introduction de l'instance avant la loi nouvelle en écartant la rétroactivité dès lors que la demande porte sur des rappels de salaire antérieurs à la loi. Elle fonde sa solution sur l'article 1 du protocole n^o 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protégeant le droit au respect des biens (Cass. soc., 21 mars 2012, n^o 04-47.532, *M. A. c/ AVVEJ* : Bull. civ. 2012, V, n^o 101 ; RJS 6/2012, n^o 558. – Rapp. Cass. soc., 24 nov. 2010, n^{os} 08-44.181 et s., *M. S. c/ Assoc. Saint-Martin* : Bull. civ. 2010, V, n^o 268 ; JCP S 2011, 1078, note E. Jeansen).

(66) Dir. n^o 2003/88/CE, 4 nov. 2003 : JOUE n^o L 299, 18 nov. 2003, p. 9, « recodifiant » la directive de 1993 (Dir. n^o 93/104/CE, 23 nov. 1993 : JOCE n^o L 307, 13 déc. 1993, p. 18).

La législation française subit pourtant le feu nourri du juge européen, interprétant la directive à l'aune de l'objectif de santé visé par le droit aux congés⁽⁶⁷⁾, imposant des modifications de la norme nationale, opérées en ce qui concerne les conditions d'ouverture du droit à congés⁽⁶⁸⁾, en suspens sur d'autres points.

Le juge interne, confronté à l'application de la directive, compose avec son insuffisante réception législative. Il s'efforce d'interpréter la législation nationale conformément aux orientations tracées au niveau européen. Ainsi, la Cour de cassation les intègre en reconnaissant au salarié le droit de bénéficier d'un report de ses périodes de congés payés lorsqu'il n'a pas pu en profiter, indépendamment de sa volonté, en raison d'une cause de suspension du contrat de travail intervenue antérieurement ou concomitamment à la prise des congés⁽⁶⁹⁾. L'embaras du juge point lorsque les mots de la loi semblent prohiber toute interprétation contraire. L'article L. 3141-3 du Code du travail, s'il abolit toute condition de durée de travail pour l'ouverture du droit à congés, se réfère encore à la notion de « travail effectif » pour le calcul du nombre de jours de repos. Selon l'article L. 3141-5 du même code, certaines périodes d'absence « sont considérées comme périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé », telles celles résultant d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle. Or, la Cour de justice de l'Union européenne fustige le caractère limitatif de la liste dressée⁽⁷⁰⁾. Elle livre à la Cour de cassation un *vade-mecum*⁽⁷¹⁾ en lui suggérant : 1) de procéder à l'interprétation du droit local conformément à la directive si l'exercice n'aboutit pas à une lecture *contra legem* ; 2) à défaut, d'appliquer directement la directive si le litige est d'ordre vertical ; 3) à défaut encore, d'appliquer le droit inconventionnel, la personne lésée étant invitée à engager la responsabilité de l'État pour obtenir réparation du dommage subi. Saisie d'un litige horizontal, la Cour de cassation refuse cependant d'élargir la liste de l'article L. 3141-5 du Code du travail à la maladie d'origine non professionnelle, excluant de l'assimiler à la maladie professionnelle⁽⁷²⁾. En effet, « la directive de 2003 ne [peut] permettre, dans un litige entre des particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire ». Même si cette formule ne convainc pas l'ensemble de la doctrine⁽⁷³⁾, il est difficile de reprocher son analyse à la Cour tant

(67) Le droit à congé est conçu comme « un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière auquel il ne saurait être dérogé et dont la mise en œuvre par les autorités nationales compétentes ne peut être effectuée que dans les limites expressément énoncées par la directive » (CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06, *Stringer* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 179 ; *RJS* 4/2009, n° 406. – *Adde* CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *Bectu* : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 4881 ; *RJS* 10/2001, n° 1232 ; *D.* 2002, p. 444, note J.-L. Clergerie).

(68) Le législateur, après avoir abaissé la durée de travail effectif requise d'un mois à dix jours pour qu'un salarié bénéficie de l'ouverture de son droit à congés payés (L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 22, modifiant l'article L. 3141-3 du Code du travail), a finalement supprimé toute condition de durée (L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, art. 50, modifiant l'article L. 3141-3 du Code du travail), suite aux injonctions de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez* : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 4/2012, n° 399 ; *Europe* 2012, 115, note D. Simon ; *JCP* S 2012, 1135, note E. Andréo et J. Misslin).

(69) *V. infra*, n° 388.

(70) CJCE, 24 janv. 2012, *Dominguez*, préc.

(71) Selon la formule d'A. Rigaux, *Europe* 1999, 137, à propos de l'arrêt CJCE, 25 févr. 1999, aff. C-131/97, *Carbonari* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 1103.

(72) *Cass. soc.*, 13 mars 2013, n° 11-22.285, *M. J. c/ M. L.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 73 ; *RDT* 2013, p. 341, note M. Véricel.

(73) *V. not.* S. Laulom, *Le droit aux congés annuels payés : les limites de l'obligation d'interprétation conforme* : *Dr. soc.* 2013, p. 564, estimant que l'« on peut douter ici que la Cour de cassation ait pleinement respecté [l'] obligation » d'interprétation du droit national conformément à la directive.

sont floues les réponses apportées à la question de l'« invocabilité d'exclusion » des directives⁽⁷⁴⁾. Au demeurant, la solution qu'elle retient est, selon nous, parfaitement justifiée : l'application directe d'une directive dans les relations entre particuliers est prohibée lorsque n'est pas en cause un principe général du droit de l'Union européenne⁽⁷⁵⁾.

80. – Conclusion de section. À l'augmentation des motifs d'inconventionnalité s'ajoute la difficulté pour le législateur et, derrière lui, l'ensemble des citoyens, de les anticiper. Les solutions varient selon les interprètes. Nulle norme nationale n'est à l'abri de l'inconventionnalité : même les solutions fondées sur l'intérêt général et l'ordre public peuvent être brisées ; même les normes supranationales contenant des énoncés précis peuvent, au nom de l'esprit qui les anime, des raisons qui ont été (ou auraient été) à l'origine de leur adoption, servir à l'anéantissement de dispositifs *a priori* réguliers.

SECTION 2

L'avance du droit français

81. – L'adoption, dans le cadre national, de dispositions plus protectrices que les normes supranationales participe d'une politique traduisant certaines vues qui ne sont pas nécessairement dépourvues de mérites (§ 1). Anticiper les conséquences de ce type d'initiative est néanmoins nécessaire (§ 2).

§ 1. – Vues de l'avance

82. – Les États et, derrière eux, les employeurs, peuvent adopter des normes plus favorables aux salariés que celles arrêtées au niveau européen ou international (I) sous réserve, dans le cadre de l'Union européenne, de respecter les règles fixées par celui-ci (II).

I. – Intérêt du salarié

83. – L'employeur peut adopter des normes portant la protection des salariés au-delà du niveau exigé par les règles internes et supranationales. Il n'appartient pas en revanche au juge national de procéder à cette extension. Céder à la tentation d'y procéder revient, pour lui, à côtoyer deux péchés : l'envie (d'imiter le légis-

(74) Le professeur Simon affirme que « l'obligation d'assurer la prévalence du droit communautaire, c'est-à-dire d'écarter l'application de toute norme nationale contraire, vaut (...) indépendamment de l'éventuel effet direct de la norme communautaire en cause (...) et quelle que soit la nature du litige » (D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^e éd. 2001, n° 344, p. 438-439. La conformité de cette interprétation aux prescriptions européennes est douteuse). De manière plus convaincante, les professeurs Blumann et Dubouis formulent la thèse opposée, énonçant que « l'invocabilité [d'exclusion] s'inscrit dans le cadre de l'effet direct. (...) La Cour exclut que cette invocabilité joue dans les litiges entre particuliers » (C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n° 763, p. 588). – Sur le sujet, V. *infra*, n° 99 et s.

(75) CJCE, 19 janv. 2010, *Kücükdeveci*, préc.

lateur) et l'orgueil (d'apporter sa contribution au *corpus* normatif destiné à assurer la protection du salarié).

84. – Envie. Aux termes de l'alinéa 1 de l'article L. 2261-14 du Code du travail, la convention collective mise en cause en raison d'un transfert d'entreprise « continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis ». L'« accord substitué » est, selon la Cour de cassation, le fruit d'une négociation postérieure au transfert⁽⁷⁶⁾. Cette interprétation procède d'une lecture libre de la loi que n'impose pas la directive du 12 mars 2001⁽⁷⁷⁾. La Cour de cassation, interprétant l'article L. 1224-1 du Code du travail, décide que le licenciement prononcé « à l'occasion du transfert » est « privé d'effet »⁽⁷⁸⁾. La directive ne proscribit pourtant que les licenciements décidés par le cédant ou le cessionnaire en raison du transfert⁽⁷⁹⁾. Le droit au respect de la vie privée nourrit aussi l'envie de la Cour de cassation d'adopter des normes plus favorables aux salariés que ne l'exigent le droit national et le droit européen. L'article L. 1121-1 du Code du travail pose le principe général selon lequel « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». Il revient au juge de décliner la règle posée. Or, dans l'arrêt *Nikon*⁽⁸⁰⁾, la Cour de cassation, au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article L. 1121-1 du Code du travail⁽⁸¹⁾, a élargi la portée du droit au respect de la vie privée du salarié en interdisant à l'employeur de prendre connaissance des messages personnels émis ou reçus par un préposé grâce à un outil informatique mis à sa disposition exclusivement pour son travail. Le caractère absolu de la solution retenue la condamnait. La Cour de cassation, rejointe par la Cour européenne des droits de l'homme⁽⁸²⁾, dut elle-même la tempérer dans des arrêts ultérieurs⁽⁸³⁾.

85. – Orgueil. Le juge cède à la tentation du péché d'orgueil lorsqu'il sélectionne, parmi les normes supranationales, celles qu'il considère dignes d'être mises en

(76) Cass. soc., 14 mai 1992, n° 88-45.316, *Sté Vaulx distribution c/ M. V.* : *Bull. civ.* 1992, V, n° 310 ; *RJS* 6/1992, n° 768. – Cass. soc., 24 févr. 1993, n° 90-40.104, *M. C. c/ Sté Sogères* : *Bull. civ.* 1993, V, n° 67 ; *RJS* 4/1993, n° 429. – Cass. soc., 9 oct. 2001, n° 99-43.661, *Bauduin c/ Assoc. l'Éveil somainois et a.* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 311 ; *RJS* 12/2001, n° 1447.

(77) Cons. UE, dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements : *JOCE* n° L 82, 22 mars 2001.

(78) Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 04-43.923, *M. H. c/ C^e générale de sécurité et a.* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 67 ; *JCP S* 2006, 1583, note P. Morvan. – Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-41.842, *M. V. c/ Sté Plast'Lux* : *Bull. civ.* 2003, V, n° 86 ; *Dr. soc.* 2003, p. 474, rapp. P. Bailly. – Cass. soc., 20 mars 2002, n° 00-41.651, *Maldonado* : *Bull. civ.* 2002, V, n° 82 ; *Dr. soc.* 2002, p. 516, obs. A. Mazeaud. – Cass. soc., 20 janv. 1998, n° 95-40.812, *M. G. c/ d'Abrigeon, mandataire liquidateur de la SA Pompes Maroger et Assédic* : *Bull. civ.* 1998, V, n° 16 ; *Dr. soc.* 1998, p. 297, obs. R. Vatinet.

(79) Sur le sujet, V. not. J. Mouly, *Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise* : *Dr. soc.* 2007, p. 534.

(80) Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, *SA Nikon France c/ Onof* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 291 ; *RJS* 12/2001, n° 1394 ; *D.* 2001, p. 3148, note P.-Y. Gautier ; *D.* 2002, p. 2296, note Ch. Caron.

(81) Sont aussi visés l'article 9 du Code civil (« Chacun a droit au respect de sa vie privée ») et l'article 9 du Code de procédure civile (« Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention »).

(82) CEDH, 3 avr. 2007, req. n° 62617/00, *Copland c/ Royaume-Uni* : *Rec. CEDH* 2007, I ; *JCP G* 2007, I, 182, note F. Sudre.

(83) La Cour de cassation décide désormais qu'il suffit à l'employeur d'appeler le salarié pour procéder à l'ouverture de ses fichiers (Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-40.017, *M. K. c/ Sté Cathnet-Science* : *Bull. civ.* 2005, V, n° 165 ; *RJS* 8-9/2005, n° 799 ; *JCP S* 2005, 1031, note F. Favennec-Héry ; *Dr. soc.* 2007, p. 789, obs. J.-E. Ray ; *D.* 2005, p. 2649, note L. Marino).

œuvre, au gré de sa vision de l'intérêt du salarié. Plusieurs textes supranationaux traitent du droit de *lock-out*⁽⁸⁴⁾ : l'article 153, § 5 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 6 de la Charte sociale européenne reconnaissent à l'employeur le droit de recourir à des actions collectives en cas de conflit d'intérêts⁽⁸⁵⁾. Or, la Cour de cassation persiste à n'admettre qu'à titre exceptionnel la régularité du *lock-out*. Le comité d'experts de la Charte sociale européenne ne prescrit pourtant pas cette solution⁽⁸⁶⁾. Le juge français aurait-il tendance à oublier que le droit du travail ne se réduit pas aux intérêts des salariés ?

II. – Intérêt du marché

86. – L'amélioration de la protection des salariés n'offre pas aux autorités nationales, dans le cadre de l'Union européenne, un brevet de conventionnalité. Elle suppose de respecter trois devises que sont l'égalité, l'unité et la liberté.

87. – **Égalité.** Aux termes de l'article 153, § 4 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'action normative européenne ne peut « empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes ». Celles-ci doivent toutefois être « compatibles avec les traités », notamment avec les règles de concurrence, la liberté de circulation des biens, des personnes et des services ainsi que le principe d'égalité de traitement, ce dernier étant depuis l'origine consubstantiel à la réalisation du marché. Le travailleur exerçant sa liberté de circulation, l'entreprise déployant ses services dans un autre État membre ou souhaitant s'y établir ne doivent pas être moins bien traités que les nationaux. Les règles protectionnistes violant le principe d'égalité sont illicites. Ce principe s'est progressivement détaché des règles du marché en interdisant aux États d'opérer certaines distinctions entre les nationaux placés dans une situation purement interne. Conformément à la convention n° 89 de l'OIT, la loi française interdisait, sous réserve d'accords dérogatoires, d'employer des femmes la nuit, au nom d'impératifs de sécurité⁽⁸⁷⁾. Plus protectrice de la main-d'œuvre féminine que ne l'imposait le droit européen, cette règle a été condamnée par la Cour de justice de l'Union européenne⁽⁸⁸⁾ parce que contraire au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, ce qui

(84) Sur le *lock-out*, V. not. B. Teyssié, *Droit du travail, Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, n° 1911 et s., p. 985 ; *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n° 1118 et s., p. 483 et s.

(85) L'exclusion par l'article 153, § 5 TFUE de la compétence normative des autorités européennes en matière de *lock-out* n'empêche pas sa reconnaissance nationale. Nul ne songe à avancer que la même exclusion du droit d'association et du droit de grève prohibe leur consécration. Le doute qui pouvait prévaloir lorsque le texte n'était pas accompagné de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'a plus cours (V. not. B. Teyssié, *Le droit de lock-out* : *Dr. soc.* 1994, p. 795. – *Contra*, J.-M. Verdier et A. Lyon-Caen, *Sur le lock-out et l'accord européen relatif à la politique sociale du 7 février 1992* : *Dr. soc.* 1995, p. 49).

(86) V. conclusions du Comité d'experts de la Charte sociale européenne, 1971, n° IX, p. 47 et 48, citées par S. Lenia, *Droits sociaux fondamentaux : jurisprudence de la Charte sociale européenne*, éd. du Conseil de l'Europe, 2^e éd. 2002, p. 180.

(87) C. trav., anc. art. L. 213-1.

(88) CJCE, 25 juill. 1991, aff. C-354/89, *Stoekel* : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 4047 ; *Dr. soc.* 1992, p. 174, obs. M.-A. Moreau. La Cour de justice de l'Union européenne juge la loi contraire à l'article 5 de la directive n° 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

imposa à la France de dénoncer la convention n° 89⁽⁸⁹⁾ et de modifier sa législation nationale⁽⁹⁰⁾. L'œuvre des partenaires sociaux est aussi susceptible d'être censurée. Furent ainsi jugées irrégulières les clauses de conventions collectives accordant des avantages à des couples mariés mais les refusant aux couples de même sexe unis par un pacte civil de solidarité⁽⁹¹⁾. La Cour de cassation s'aligne sur cette position, interprétant l'article L. 1132-1 du Code du travail à la lumière du droit de l'Union⁽⁹²⁾.

88. – Unité. La réalisation du marché intérieur implique de réserver à la Cour de justice de l'Union le pouvoir de définir certaines notions autonomes, comme celle de temps de travail⁽⁹³⁾. S'il est interdit aux autorités nationales d'adopter une définition de ces notions différente de celle qu'adopte le juge européen, même plus favorable aux travailleurs, il leur est sans doute permis d'assimiler une notion nationale à une notion européenne autonome pour l'application de son régime. La technique doit, dans le champ des directives sociales, être favorable aux intérêts du salarié. Ainsi, la loi du 17 août 2015 décide que les « périodes d'intermission » propres au contrat à durée indéterminée conclu par une entreprise de travail temporaire avec un salarié pour l'exécution de missions successives sont assimilées à du temps de travail effectif pour la détermination des droits à congés payés et pour l'ancienneté⁽⁹⁴⁾. La technique de l'assimilation permet l'amélioration de la protection des salariés tout en sauvegardant le mécanisme des notions européennes autonomes.

89. – Liberté. La directive n° 96/71 autorise les États à imposer aux prestataires de services étrangers déployant leur activité sur leur territoire le respect de dispositions plus exigeantes que celles qu'elle impose à condition qu'elles frappent aussi les entreprises nationales⁽⁹⁵⁾. Le législateur français use de cette faculté, notamment en ce qui concerne les conditions d'assujettissement aux caisses de congés et intempéries et l'exercice du droit de grève⁽⁹⁶⁾. Cette liberté est strictement encadrée. Des considérations d'ordre public⁽⁹⁷⁾ doivent les justifier. Il faut, en outre, que

(89) Le juge national était autorisé par la Cour de justice de l'Union européenne à appliquer le droit national non conforme au droit européen jusqu'à la dénonciation par l'État de la convention de l'OIT (CJCE, 2 août 1993, aff. C-158/91, *Levy* : *Rec. CJCE* 1993, I, p. 4287). Celle-ci intervint en 1992.

(90) Il fallut attendre la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 pour que toute trace de l'interdiction du travail de nuit des femmes soit effacée du Code du travail. Cette inertie du législateur valut à la France d'être condamnée à plusieurs reprises (CJCE, 13 mars 1997, aff. C-197/96, *Commission c/ France* : *Rec. CJCE* 1997, I, p. 1489 ; *RJS* 4/1997, n° 493, p. 319. – CJCE, 8 juin 2000, aff. C-46/99, *Commission c/ France* : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 4379).

(91) CJUE, 12 déc. 2013, aff. C-267/12, *Hay* : *Rec. CJUE* 2013. – Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 2, § 2, sous a) : *JOCE* n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

(92) Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 12-20.864, *M^{me} G. c/ Éts Unité réseau gaz Paris et a.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 194 ; *JCP S* 2015, 1048, note E. Jeansen.

(93) Sur ce point, V. *supra*, n° 39.

(94) L. n° 2015-994, 17 août 2015, relative au dialogue social et à l'emploi, art. 56, II : *JO* 18 août 2015, n° 189.

(95) Dir. n° 96/71/CE, 16 déc. 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, art. 3, § 10 : *JOCE* n° L 018, 21 janv. 1997, p. 1. Le texte a été enrichi par la directive d'exécution n° 2014/67/UE du 15 mai 2014, relative à l'exécution de la directive n° 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI ») : *JOUE* n° L 159, 28 mai 2014, p. 11. Cette dernière directive a été transposée en droit français par la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014, visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale (*JO* 11 juill. 2014, n° 159), suivie par le décret n° 2015-364 du 30 mars 2015, relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail illégal (*JO* 31 mars 2015, n° 76).

(96) C. trav., art. L. 1262-4.

(97) Dir. n° 96/71/CE, art. 3, § 10.

la règle posée soit compatible avec les règles du traité de Rome relatives à la liberté de prestation de services⁽⁹⁸⁾. Cette liberté ne peut être limitée que par des réglementations : 1) justifiées par l'intérêt général ; 2) appliquées à toute personne ou entreprise exerçant sur le territoire de l'État où la prestation a lieu, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi ; 3) qui ne portent atteinte à la liberté de prestation de services que de manière proportionnée⁽⁹⁹⁾. Peut être placée sous la bannière de l'intérêt général la protection des travailleurs, à qui sont offertes des garanties « réelles »⁽¹⁰⁰⁾ et « significatives »⁽¹⁰¹⁾, même si la mesure envisagée poursuit aussi un objectif économique de protection des entreprises nationales⁽¹⁰²⁾.

§ 2. – Suites de l'avance

90. – Encourager le législateur national à aller au-delà des exigences formulées par la norme transnationale suppose de lui laisser la faculté de revenir à ce seul degré d'exigence, donc de proscrire toute « conventionnalisation » de la norme qu'il avait naguère édictée.

91. – **Régression.** Un État, après être allé au-delà du minimum requis par la norme transnationale, peut-il réduire le niveau de protection accordé aux salariés œuvrant sur son sol ? Nul principe général ne s'y oppose. Mais un interdit est parfois spécialement édicté. Ainsi en est-il de la Constitution de l'Organisation internationale du travail⁽¹⁰³⁾ et de nombre de directives adoptées en matière sociale dans le cadre de l'Union européenne. Relève du même esprit l'avis exprimé par le Comité européen des droits sociaux lorsqu'il émet l'opinion selon laquelle les mesures prises dans le cadre d'un plan d'austérité ne doivent pas déstabiliser de manière excessive les droits des salariés⁽¹⁰⁴⁾, ce qui est le cas d'un texte permettant l'embauche des travailleurs de moins de vingt-cinq ans avec une rémunération égale à 84 % du salaire minimum, donc inférieure au seuil de pauvreté⁽¹⁰⁵⁾, ou de celui assimilant à une période d'essai les douze premiers mois du contrat de travail⁽¹⁰⁶⁾. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas prononcée clairement sur le principe de non-régression. Elle pourrait laisser aux États la possibilité, en vertu de la marge d'appréciation qui leur est reconnue, de réduire le niveau de protection nationale dès lors que n'est pas affectée la substance des droits protégés par la Convention de sauve-

(98) TFUE, art. 56 et 57. – CJCE, 17 déc. 1981, aff. C-276/80, *Webb* : Rec. CJCE 1981, I, p. 3305. – CJCE, 9 août 1994, aff. C-43/93, *Vander Elst* : Rec. CJCE 1994, I, p. 3803 ; RJS 12/1994, n° 1446.

(99) CJCE, 17 déc. 1981, aff. C-276/80, *Webb* : Rec. CJCE 1981, I, p. 3305. – CJCE, 9 août 1994, aff. C-43/93, *Vander Elst* : Rec. CJCE 1994, I, p. 3803 ; RJS 12/1994, n° 1446. – CJCE, 15 mars 2001, aff. C-165/98, *Mazzoleni et ISA* : Rec. CJCE 2001, I, p. 2189 ; RJS 6/2001, p. 487, chron. J.-Ph. Lhernould.

(100) CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Arblade et Leloup* : Rec. CJCE 1999, I, p. 8453.

(101) CJCE, 25 oct. 2001, aff. C-49/98, *Finalarte* : Rec. CJCE 2001, I, p. 7831 ; RJS 3/2002, p. 207, chron. M.-A. Moreau. – CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-164/99, *Protugaia Construcoes* : Rec. CJCE 2002, I, p. 787 ; RJS 4/2002, p. 302, chron. J.-Ph. Lhernould.

(102) CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-60/03, *Wolff et Müller* : Rec. CJCE 2004, I, p. 9553 ; RJS 3/2005, chron. J.-Ph. Lhernould.

(103) Const. OIT 1919, art. 19, § 8.

(104) CEDS, 23 mai 2012, réclamation n° 66/2011, § 13. – Sur le sujet, V. not. J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *Le CEDS face au principe de non-régression en temps de crise économique* : Dr. soc. 2013, p. 339.

(105) CEDS, 23 mai 2012, réclamation n° 66/2011.

(106) CEDS, 23 mai 2012, réclamation n° 65/2011, § 65.

garde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et que la régression, inscrite dans un contexte particulier, notamment lié à une situation de crise économique⁽¹⁰⁷⁾, est proportionnée à la réalisation de l'objectif recherché.

92. – Une attention particulière doit être portée aux directives sociales européennes. Les plus récentes précisent que leur mise en œuvre au niveau national ne doit pas justifier « la régression du niveau général de protection » des travailleurs dans le domaine concerné⁽¹⁰⁸⁾. La Cour de justice de l'Union européenne, appelée à contrôler le respect de cette règle, interprète largement la notion de « mise en œuvre » des directives. Elle vise tant les actes de transposition que les mesures nationales postérieures qui complètent les règles internes déjà adoptées sur le thème visé⁽¹⁰⁹⁾. Les États, afin d'éviter l'application du régime de la non-régression, peuvent faire valoir que la disposition nationale qui suscite difficulté poursuit un objectif distinct de celui de la directive⁽¹¹⁰⁾. Mais les conditions posées à cette fin sont rigoureuses⁽¹¹¹⁾, la Cour craignant que les États ne se dérobent trop aisément au respect de leurs obligations... ce qui est compréhensible mais bride la liberté de chacun de modifier sa législation en fonction des contraintes qu'il subit. Cette considération explique que la Cour de justice interprète souplement la notion de « régression ». Ainsi, n'est pas bannie la régression qui concerne un public restreint⁽¹¹²⁾ ou qui est compensée par l'adoption d'autres dispositions protectrices⁽¹¹³⁾... L'obligation de transposition peut devenir l'occasion d'une régression, cette dernière ne pouvant toutefois aller en deçà des prescriptions minimales de la directive⁽¹¹⁴⁾. Le législateur français a déjà profité de la brèche ainsi ouverte⁽¹¹⁵⁾. Le Conseil d'État a été invité à

(107) Sur la réforme du marché du travail effectuée par les différents États européens en réaction à la « crise », V. not. M.-C. Escande, S. Laulom et E. Mazuyer, *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Larquier, 2012. – G. Duchange, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, thèse, ss dir. B. Teyssié, LexisNexis, coll. « Planète social », 2014, n° 201 et s., p. 159 et s. – S. Clauwaert et I. Schömann, *La crise entraîne la déconstruction du droit du travail : Liaisons soc. Europe* 2012, n° 305, p. 5 ; *L'institut syndical européen analyse et dénonce des réformes du marché du travail (dans le cadre de la crise éco) : Liaisons soc. Europe* 2013, n° 326, p. 4 ; *Quelles sécurités pour les travailleurs en temps de crise ? : Liaisons soc. Europe* 2013, n° 342, p. 2.

(108) V. not. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGD, 2^e éd. 2014, n° 129.

(109) CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, pt 51 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 9981 ; *Europe* 2006, 18, note L. Idot ; *Dr. ouvrier* 2006, p. 521, obs. C. Vigneau. – CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki et a.*, pt 131 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 3071 ; *RJS* 8-9/2009, p. 609, note N. Moizard ; *Europe* 2009, 235, note L. Driguez. – CJUE, 24 juin 2010, aff. C-98/09, *Sorge* : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 5837 ; *RJS* 10/2010, n° 822.

(110) CJUE, 24 juin 2010, préc., pt 40.

(111) La Cour de justice de l'Union européenne admettait, dans l'arrêt *Mangold* (préc., pt 53), que « ne met pas en œuvre la directive n° 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 (concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée) mais promeut l'emploi des personnes âgées la loi [allemande] qui abaisse l'âge au-delà duquel la conclusion de contrats à durée déterminée est admise sans restrictions ». Cette interprétation semble aujourd'hui abandonnée. Dans l'arrêt *Angelidaki* (préc.), le juge européen considère que les dispositions du décret grec, qui suppriment la sanction de requalification en CDI des CDD conclus successivement de façon abusive et qui soustraient à toute protection les premiers ou uniques CDD, interviennent pour la « mise en œuvre » de la directive n° 1999/70/CE. Pourtant, non seulement la directive ne contenait aucune règle assimilable aux prescriptions du décret litigieuses, mais le gouvernement grec les justifiait par des objectifs nationaux concernant la fonction publique.

(112) Les travailleurs visés pour apprécier l'ampleur de la régression sont ceux qui sont protégés généralement par la directive (ou l'accord-cadre européen) et non par une clause particulière de celle-ci (CJCE, 23 avr. 2009, préc., pts 142 et 143).

(113) CJCE, 23 avr. 2009, préc., pt 144.

(114) CJCE, 23 avr. 2009, préc., pt 149.

(115) Suite à la condamnation par la Cour de justice de l'Union européenne du système français des équivalences en ce qu'il permettait de porter la durée du travail au-delà du plafond hebdomadaire fixé par la directive « temps de travail » le droit national fut modifié (CJCE, 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, *Dellas*, pt 63 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 253 ; *JCP S* 2006, 1002, note J. Cavallini ; *D.* 2006, p. 1722, note M. Miné ; *RDT* 2006, p. 33, note M. Véricel). Ce fut l'occasion d'aménagements. Les éducateurs opérant en chambre de veille dans les établissements et services médico-sociaux pour personnes inadaptées et

modifier sa lecture de la jurisprudence européenne. Saisi du respect par le décret du 4 janvier 2007 relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport routier des clauses de non-régression inscrites dans deux directives « temps de travail »⁽¹¹⁶⁾, il considère que ce décret ne réalise pas une régression générale de la protection des travailleurs au motif qu'il vise « indépendamment de l'objectif de transposition de ces directives, à améliorer la compétitivité des entreprises du secteur »⁽¹¹⁷⁾. Cette analyse peut trouver appui dans la démonstration que le recul des droits est compensé par l'adoption de mesures de protection.

93. – « **Conventionnalisation** » ? Dès lors qu'une règle nationale a transposé à l'identique une règle supranationale, la violation de la première emporte certainement violation de la seconde. Mais qu'en est-il lorsque la règle nationale est plus protectrice que la norme supranationale ? La violation de la première emporte-t-elle violation de celle-ci alors même que les exigences minimales qu'elle contient sont respectées ? Répondre par l'affirmative lierait les règles entre elles, alors qu'il n'appartient pas au juge supranational d'élever le niveau d'exigence des règles minimales dont il contrôle le respect. La Cour de justice de l'Union européenne ne livre à cet égard aucun principe général. Elle a toutefois eu l'occasion d'adopter, sur le terrain de la directive n° 2003/88, une position prudente. Elle décide que le respect du droit de l'Union européenne s'apprécie au regard des règles européennes et non d'après le droit national plus exigeant. Ainsi, le calcul du temps de travail selon le régime de l'équivalence est irrégulier si la dissociation du temps de présence, lors d'une garde, du temps de travail effectif entraîne un dépassement du plafond hebdomadaire fixé par la directive « temps de travail » à quarante-huit heures ; est en revanche inopérant le franchissement du plafond national plus favorable fixé à quarante-quatre heures calculées sur une période de douze semaines⁽¹¹⁸⁾. La solution retenue respecte la répartition des compétences entre l'Union européenne et les États.

La Cour de cassation indique, dans son rapport annuel de 2014⁽¹¹⁹⁾, que l'article L. 3141-26, alinéa 2 du Code du travail, disposant que la faute lourde du salarié est privative des droits à congés payés, méconnaît la directive n° 2003/88 qui n'envisage pas cette perte. Une question surgit : la mise en conformité du droit national impose-t-elle la suppression totale de la perte de congés payés en cas de licenciement pour faute lourde ou autorise-t-elle la limitation de cette perte aux jours de congés payés excédant les quatre semaines irréductibles issues du droit de

handicapées étaient soumis à une durée maximale de travail de quarante-quatre heures calculées sur douze semaines, plafond plus favorable que celui retenu par la directive fixé à quarante-huit heures. Le décret opérant la mise en conformité du droit français au droit européen relève la durée maximale hebdomadaire de travail desdits éducateurs à quarante-huit heures calculées sur douze semaines (D. n° 2007-826, 11 mai 2007 : JO 12 mai 2007, n° 110). La nouvelle règle n'emporte pas régression générale de la protection des travailleurs au sens du droit de l'Union européenne. Si l'adoption du décret est bien liée à la mise en œuvre de la directive « temps de travail », la mesure ne concerne qu'une catégorie limitée de salariés en comparaison de l'ensemble de ceux visés par la directive temps de travail.

(116) Dir. n° 2002/15/CE, 11 mars 2002, relative à l'aménagement du temps de travail des personnes exerçant des activités mobiles de transport routier, art. 10 : JOCE n° L 80, 23 mars 2002, p. 35. – Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 23 : JOUE n° L 299, 18 nov. 2003, p. 9.

(117) CE, 31 déc. 2008, n° 302202, *Féd. générale des transports et de l'équipement FGTE-CFDT et a.* ; Europe 2009, 234, note L. Driguez.

(118) CJCE, 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, *Dellas*, pt 63 : Rec. CJCE 2005, I, p. 10253 ; JCP S 2006, 1002, note J. Cavallini ; RDT 2006, p. 33, note M. Véricel. – Sur la question, V. *infra*, n° 338.

(119) Cour de cassation, Rapport annuel 2014, Doc. fr., p. 43 ; Rapport annuel 2013, p. 64.

l'Union européenne ? La seconde solution est licite au regard du droit de l'Union européenne à la condition que la Cour de justice continue de limiter son contrôle au respect des règles minimales fixées par la directive⁽¹²⁰⁾. Mais le doute, à cet égard, est permis, le juge européen interprétant largement la mise en œuvre par les États du droit de l'Union européenne lorsqu'il contrôle le respect des clauses de non-régression, au point d'y englober des situations non précisément couvertes par les directives dès lors qu'un lien étroit les unit⁽¹²¹⁾.

94. – Conclusion de section. La multiplication des normes supranationales dont le respect est imposé, jointe à l'incertitude entourant la possibilité de réformer les marchés du travail lorsque la situation l'exige risque de ne pas inciter les États à adopter des règles plus favorables aux salariés que celles contenues dans les textes supranationaux. Ni les travailleurs ni les employeurs ne profitent de cette situation. Reconnaître une aire d'autonomie aux États s'impose.

95. – Conclusion de chapitre. La conformité du droit français du travail aux normes supranationales devient de plus en plus incertaine. Se multiplient les situations dans lesquelles est pointé le retard du droit national dans la protection des travailleurs par rapport à celle offerte par les normes supranationales. Les libertés et droits fondamentaux n'abritent plus simplement des règles idéologiques : ils sont désormais susceptibles de renverser toute solution nationale. Les normes techniques ne renferment plus seulement des exigences minimales : l'effet utile qui leur est attribué peut remettre en cause des règles internes supposées acquises.

L'élévation du niveau de protection des travailleurs au-delà de celui exigé par les normes supranationales ne confère pas à la loi un brevet de conventionnalité. La complexité des règles inhérentes à la réalisation du marché européen suscite bien des hésitations : le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination est un concept « rampant » inondant tout le droit du travail ; les notions européennes uniformes se propagent au point d'appréhender les situations que le traité de Rome réserve pourtant à la compétence des États ; les règles relatives aux libertés de circulation infléchissent les desseins protecteurs. L'obscurité des règles relatives à la non-régression des législations sociales bride aussi les ambitions protectrices ; nul législateur n'est prêt à s'engager résolument dans cette voie s'il lui est refusé par la suite de modifier « à la baisse » les règles en vigueur. L'incertitude risque de conduire à l'immobilisme.

(120) Sur le sujet, V. not. J.-Ph. Lhernould, *Le temps de travail en quête de nouveaux repères. À propos de l'arrêt Pfeiffer et de la proposition de directive du 22 septembre 2004* : RJS 12/2004, p. 871, spéc. p. 877.

(121) CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki et a.*, pt 121 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 3071 ; RJS 8-9/2009, p. 609, note N. Moizard ; *Europe* 2009, 235, note L. Driguez.

C H A P I T R E 2

LE TRAITEMENT DE LA DÉSORGANISATION DE LA NORME FRANÇAISE DU TRAVAIL

96. – De la contrariété du droit interne aux règles supranationales, les conséquences doivent être tirées, au regard du sort réservé tant à la norme nationale irrégulière (Section 1) qu'à son utilisateur (Section 2).

S E C T I O N 1

Le sort de la norme française irrégulière

97. – Dès lors qu'est adoptée une définition large de la norme nationale, entendue comme tout acte destiné à produire des effets de droit dans l'ordre juridique français, deux types de normes peuvent être distingués selon qu'elles sont adoptées par les pouvoirs publics (§ 1) ou des acteurs privés (§ 2).

§ 1. – Sort de la norme étatique

98. – Assurer la primauté du droit supranational impose au législateur de faire disparaître du paysage juridique la norme nationale contraire. De manière préventive ou en cas d'inertie des pouvoirs publics, le juge doit s'efforcer d'en exclure l'application. Il peut écarter le texte interne litigieux (I) ou lui substituer la norme supranationale (II), à condition que cette dernière soit d'effet direct. À défaut, il doit appliquer le droit national contraire⁽¹⁾.

(1) Sur le sujet, V. not. J.-Ph. Lhernould, *Comment invoquer le droit de l'Union européenne devant le juge social français : Liaisons soc. Europe* sept. 2010, n° spécial, p. 29.

I. – Exclusion de la norme étatique par la norme supranationale

99. – L'intégration européenne (plus qu'internationale) nourrit chez les juristes certaines passions. Maîtriser l'invocabilité du droit supranational est crucial : elle constitue sa porte d'entrée en droit interne. L'ouvrir en grand suppose de dissocier l'invocabilité des normes supranationales aux fins d'exclusion du droit national de la mécanique de l'effet direct. Jaillissent alors certains discours de déformation du droit positif ou d'instrumentalisation du droit prospectif.

100. – **Déformation du droit positif.** L'« invocabilité d'exclusion » désigne, par un raccourci sémantique, la capacité du justiciable à invoquer devant le juge une norme supranationale pour écarter du litige l'application des règles nationales contraires. Deux éléments, certains, permettent de mesurer le succès (ou non) de l'entreprise. Le droit national « restant » suite à l'éviction doit assurer la conformité recherchée⁽²⁾ et la norme supranationale invoquée doit être juridiquement contraignante. Son nécessaire effet direct demeurerait en revanche plus incertain (du moins pour qui le critique). Le débat, propre à toutes les normes supranationales⁽³⁾, est source de tensions lorsqu'est en discussion l'application des directives. À la différence d'autres actes⁽⁴⁾, celui-ci ne peut, intrinsèquement, produire d'effet direct horizontal⁽⁵⁾. Assurer son effet utile (l'adjectif est subjectif) suscite la tentation de découpler l'invocabilité d'exclusion de l'effet direct. Diverses techniques la soutiennent. Elles suscitent la réserve.

Une première technique consiste à présenter les solutions jurisprudentielles de manière tronquée. On peut lire⁽⁶⁾ que la prévalence du droit de l'Union européenne, telle qu'elle a été posée dans les jurisprudences *Costa c/ ENEL*⁽⁷⁾ et *Simmenthal*⁽⁸⁾,

(2) La convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement, qualifiée « d'applicabilité directe » par la Cour de cassation, a permis la mise à l'écart de l'ordonnance instituant le contrat « nouvelle embauche » qui excluait le droit commun de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée durant une période de deux ans. Certaines ruptures, légitimes sous l'empire du droit en vigueur au moment de leur prononcé, sont requalifiées en licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, *M. S. c/ Mme L.* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 146 ; *JCP S* 2008, 1548, note F. Dumont).

(3) V. not. B. Bonnet, *Quand la montagne accouche d'une souris : le Conseil d'État et l'effet direct des conventions internationales* : *D.* 2012, p. 1712.

(4) La Cour de justice admet que les sources européennes, au-delà du seul règlement mais à l'exclusion des directives, peuvent à certaines conditions produire un effet direct (CJCE, 4 déc. 1974, aff. C-41/74, *van Duyn*, pt 12 : *Rec. CJCE* 1974, I, p. 1337. – CJCE, 5 avr. 1979, aff. C-148/78, *Ratti*, pt 19 : *Rec. CJCE* 1979, I, p. 1629). En dehors du droit de l'Union européenne, faute pour les juges supranationaux de s'être prononcés sur les conditions de l'invocabilité d'exclusion (car ils n'en ont pas le pouvoir), c'est le juge national qui exige son couplage avec l'effet direct. Plusieurs textes ont nourri l'exercice. Ainsi en est-il des conventions de l'Organisation internationale du travail (Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, préc. – CE, 11 avr. 2012, n° 322326, *Groupe d'information et de soutien des immigrés [GISTI] et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement [FAPIL]* : *Rec. CE* 2012, p. 142 ; *D.* 2012, p. 1712, note B. Bonnet), de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cass. soc., 14 avr. 2010, n° 09-60.426 et 09-60.429, *Sté SDMO Industries c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 100 ; *RDT* 2010, p. 374, note J.-F. Akandji-Kombé), de la Charte sociale européenne (Cass. soc., 14 avr. 2010, préc.).

(5) CJCE, 14 juill. 1994, aff. C-91/92, *Faccini Dori* : *Rec. CJCE* 1994, I, p. 3328 ; *Europe* 1994, comm. 358, note A. Rigaux et D. Simon.

(6) D. Simon : *Europe* 2012, comm. 115, note ss CJUE, 24 janv. 2012 ; *L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ?* : *Europe* 2010, étude 3, § 19 ; *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^e éd. 2001, n° 344, p. 441. – O. Dubos, *L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise* : *RFDA* 2003, p. 568.

(7) CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ ENEL* : *Rec. CJCE* 1964, I, p. 1141.

(8) CJCE, 9 mars 1978, aff. C-106/77, *Simmenthal* : *Rec. CJCE* 1978, I, p. 629.

oblige les juges nationaux à laisser inappliquées les règles nationales contraires⁽⁹⁾. L'invocabilité d'exclusion traduirait une forme de « justiciabilité minimale »⁽¹⁰⁾ fondée, comme l'invocabilité d'interprétation conforme⁽¹¹⁾ et de réparation⁽¹²⁾, sur les seules qualités de primauté et d'immédiateté du droit de l'Union européenne. Pourtant, une lecture attentive de l'arrêt révèle que la Cour de justice ajoute à ce tandem la condition d'effet direct de la norme⁽¹³⁾.

Une seconde technique consiste à sélectionner parmi la jurisprudence les seules références apportant aliment à la thèse soutenue. Mais les arrêts dans lesquels le juge européen omet de s'interroger sur l'effet direct des directives sont minoritaires⁽¹⁴⁾, confus⁽¹⁵⁾ et ne constituent pas le droit positif⁽¹⁶⁾. Le découplage n'est pas remis en cause lorsque la Cour de justice admet que la directive n° 2000/78⁽¹⁷⁾ qui « ne fait que concrétiser, sans le consacrer », le principe d'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (en particulier le principe de non-discrimination en fonction de l'âge) permet son invocabilité horizontale d'exclusion⁽¹⁸⁾. L'effet direct ne s'attache pas à la première mais au second, en vertu de sa valeur de principe général du droit de l'Union européenne. « L'auto-conviction » est un stimulus hardi : elle permet de concéder, sans se contredire, que la Cour ne va pas « – *en tout cas pas explicitement* – jusqu'à la reconnaissance *formelle et solennelle* de l'existence d'une invocabilité d'exclusion [de la directive] dans les litiges entre particuliers »⁽¹⁹⁾. La position de la Cour de justice de l'Union européenne n'abrite pourtant aucun doute : même une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive visant à conférer des droits ou à imposer des obligations aux particuliers ne saurait

(9) « (...) 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 légalisation nationale » (CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, préc., pt 26).

(10) D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^e éd. 2001, n^{os} 343 et s., p. 438 et s.

(11) CJCE, 13 nov. 1990, aff. C-106/89, *Marleasing* : *Rec. CJCE* 1990, I, p. 4135.

(12) CJCE, 19 nov. 1991, aff. C-6/90 et C-9/90, *Francovich e.a.* : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 5357. – CE, 8 févr. 2007, n^o 279522, *Gardedieu* : *Rec. CE* 2007, p. 14 ; *JCP G* 2007, II, 10045, note M.-Ch. Rouault.

(13) « En vertu du principe de la primauté du droit de l'Union européenne, les dispositions du traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des États membres (...) de rendre inapplicable de plein droit (...) toute disposition contraire de la législation nationale existante (...) » (CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, préc., pt 17).

(14) V. not. CJCE, 19 sept. 2000, aff. C-287/98, *Linster* : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 6917. – CJCE, 1^{er} févr. 1977, aff. C-51/76, *Verbond van Nederlandse ondernemingen c/ Inspecteur der invoerrechten en accijnzen*, pts 22 à 24 : *Rec. CJCE* 1977, I, p. 113.

(15) L'avocat général Léger proposait à la Cour de justice de décider, dans l'arrêt *Linster* (préc.), que pour admettre l'invocabilité d'exclusion des directives, le juge national « n'est pas tenu (...) de vérifier au préalable que les dispositions de la directive sont inconditionnelles et suffisamment précises ». La Cour ne reprenant pas la formule dans son arrêt, il est difficile d'affirmer qu'elle a néanmoins procédé au découplage de l'invocabilité d'exclusion et de la mécanique de l'effet direct, sauf à admettre le caractère excessivement pusillanime du revirement de jurisprudence.

(16) CJCE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez*, pts 33 et 41 : *Rec. CJUE* 2012 ; *Europe* 2012, comm. 115, note. D. Simon ; *JCP S* 2012, 1135, note E. Andréo et J. Misslin. – CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Kücükdeveci* : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 365 ; *JCP S* 2010, 1082, note J. Cavallini. – CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold* : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 9981 ; *JCP S* 2005, 1414, note J. Cavallini. – CJCE, 5 oct. 2004, aff. C-397/01, *Pfeiffer*, pt 103 : *Rec. CJCE* 2004, I, p. 8835. – CJCE, 11 juill. 2002, aff. C-62/00, *Marks & Spencer*, pt 25 : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 6325. – CJCE, 19 janv. 1982, aff. C-8/81, *Becker*, pt 25 : *Rec. CJCE* 1982, I, p. 53.

(17) Cons. UE, dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : *JOC* n° L 303, p. 16.

(18) CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Kücükdeveci*, pts 20 et 50 : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 365 ; *JCP S* 2010, 1082, note J. Cavallini. – CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, pt 74 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 9981.

(19) D. Simon, *L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou infléchissement ?* : *Europe* 2010, étude 3, § 14.

trouver application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers⁽²⁰⁾.

101. – Le juge national adopte la position de son homologue européen⁽²¹⁾. Selon la Cour de cassation, la directive ne peut permettre, « dans un litige entre des particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire »⁽²²⁾. L'impossible invocabilité horizontale des directives aux fins d'exclusion du droit national contraire permet de confirmer que la Cour de cassation, dans ses arrêts relatifs aux conventions de forfait en jours⁽²³⁾, n'a pas, en exigeant que soient respectées les durées maximales de travail, remis en cause la loi qui écarte l'application de ces durées « légales » maximales. Le litige opposant salariés et employeurs de droit privé, la directive « temps de travail »⁽²⁴⁾ convoquée au visa des arrêts n'offre qu'une occasion d'interprétation conforme⁽²⁵⁾ : le juge exige le respect de durées maximales de travail non pas « légales », mais « raisonnables »⁽²⁶⁾.

(20) Les conclusions présentées par M^{me} l'avocat général Verica Trstenjak, le 8 septembre 2011, sous l'arrêt *Dominguez* (préc.) sont limpides quant à la position de la Cour : admettre l'invocabilité d'exclusion des directives dans les litiges horizontaux « reviendrait à reconnaître à l'Union le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers, alors qu'elle ne devient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements (...). Par conséquent, il convient également de rejeter la distinction entre un effet direct positif et négatif des directives qui est présentée différemment en matière de rapports horizontaux (...). Selon cette thèse, si les directives non transposées ne peuvent pas créer directement d'obligations dans le chef d'un particulier vis-à-vis d'autres particuliers, le droit national contraire à une directive doit toutefois être écarté, même dans les litiges entre particuliers, en vertu du principe de primauté du droit de l'Union. D'aucuns estiment à juste titre que cette approche nuirait à la sécurité juridique (...). En effet, selon le contexte normatif dont relève une disposition de droit national contraire à une directive, sa non-application peut précisément entraîner quand même une extension des obligations des sujets de droit privé ». – V. aussi, en ce sens, J. Icard, *De l'impuissance du droit social européen. À propos des règles de calcul des effectifs* : *Dr. soc.* 2014, p. 408, spéc. p. 409.

(21) S'agissant du Conseil d'État, la reconnaissance de l'effet direct des directives est récente. V. not. CE, ass., 30 oct. 2009, n° 298348, M^{me} Perreux : *Rec. CE* 2009, p. 410 ; *AJDA* 2009, p. 2385 et 2391, chron. S.-J. Liéber et D. Bottegghi ; *RFDA* 2009, p. 1125, concl. M. Guyomar ; *RFDA* 2009, p. 1146, note P. Cassia ; *RTDE* 2010, p. 223, note D. Ritzleng. – CE, 21 mars 2011, n°s 345978 et 346612, M. J. et M. T. : *Rec. CE* 2011, p. 94 ; *AJDA* 2011, p. 1688, note H. Alcaraz ; *Constitutions* 2011, p. 328, note A. Levade ; *RTDE* 2011, p. 885, note D. Ritzleng. Il est énoncé que « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires ».

(22) Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, M. J. c/ M. L. : *Bull. civ.* 2013, V, n° 73 ; *RDT* 2013, p. 341, note M. Véricel.

(23) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, X... c/ Sté Y... : *Bull. civ.* 2011, V, n° 181 ; *JCP S* 2011, 1333, note M. Morand ; *RDT* 2011, p. 481, note M.-F. Mazars, S. Laulom et C. Dejourn ; *JCP S* 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé ; *JCP S* 2011, 1333, note M. Morand ; *RJS* 8-9/2011, p. 587, note. F. Favennec-Héry ; *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1499, p. 11, note F. Mazars et Ph. Florès ; *D.* 2012, p. 901, note P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. ouvrier* 2012, p. 171, obs. A. Lyon-Caen. – Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, M. Georges Reymond c/ Sté Toupargel : *Bull. civ.* 2012, V, n° 250 ; *JCP S* 2012, 1461, note D. Blanc ; *D.* 2012, p. 1026, note P. Lokiec et J. Porta ; *RDT* 2013, p. 273, note S. Amalric. – Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807, M. M. c/ SAS Métaux Spéciaux (MSSA) : *Bull. civ.* 2012, V, n° 43 ; *JCP S* 2012, 1120, note M. Morand.

(24) Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

(25) D'ailleurs, la formule utilisée par la Cour de cassation dans le visa de son arrêt (« Vu le Code du travail interprété à la lumière de la directive ») suggère que la directive n'a pas été invoquée directement, mais aux fins d'interprétation du droit national. Au surplus, la mise à l'écart des durées maximales de travail n'est pas, en tant que telle, contraire à la directive « temps de travail ». L'article 17 autorise les États à déroger aux durées maximales journalière et hebdomadaire de travail, sous réserve d'apporter en contrepartie des garanties suffisantes pour que soient protégées la santé et la sécurité des salariés. Dans son communiqué relatif à l'arrêt du 29 juin 2011, la Cour de cassation affirme que « cette décision ne remet pas en cause la validité du système du forfait-jours » (« Communiqué "Forfait-jours", pourvoi n° 09-71.107 – arrêt n° 1656 du 29 juin 2011 de la chambre sociale », consultable sur le site <http://www.courdecassation.fr>).

(26) La Cour de cassation intègre ainsi, par le biais de la technique de l'interprétation conforme (la Charte sociale européenne est convoquée – mais sans effet direct – au visa de l'arrêt), l'avis du Comité européen des droits sociaux. Celui-ci énonçait que le système des forfaits, sous le régime alors en vigueur, était contraire à l'article 4, § 1 de la Charte sociale européenne en ce qu'il permettait une durée « déraisonnable » de travail (CEDS, réclamations n° 55/2009, § 51 et 54 et n° 56/2009, § 66), tenant à une « durée excessive de travail » (V. not. M. Morand, *Les forfaits-jours et la charte sociale européenne* : *JCP S* 2011, 1225).

102. – Instrumentalisation du droit prospectif. Présenter un désir d'évolution comme la manifestation du droit positif n'empêche pas la conviction. Plus sincère est la technique qui fait appel à la « persuasion »⁽²⁷⁾. Elle doit convaincre que l'abandon de l'effet direct pour l'invocabilité d'exclusion, s'il n'est pas encore admis par le juge, est possible. Mais la technique redevient pernicieuse lorsque, plus ou moins consciemment, elle renoue avec certains égarements juridiques. Plusieurs arguments sont avancés en faveur du découplage de l'effet direct de la directive et de l'invocabilité d'exclusion. Aucun ne convainc pleinement.

Le premier argument est d'opportunité. Le maintien de l'absence d'effet direct de la directive dans les relations horizontales produit une différence de traitement entre les salariés selon la qualité de leur employeur⁽²⁸⁾. S'il est possible d'opposer à l'employeur public le respect de la directive⁽²⁹⁾, la voie demeure fermée à l'employeur privé. Mais abolir toute discrimination suppose de ne pas réserver le découplage à l'invocabilité d'exclusion mais de l'étendre à l'invocabilité de substitution. Une telle solution n'est pourtant pas envisageable, sauf à ruiner la distinction entre directive et règlement prévue à l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Le second argument est d'apparence juridique. L'invocabilité d'exclusion pourrait se justifier par la seule primauté, à l'exclusion de l'effet direct⁽³⁰⁾. Une vision réductrice, donc déformatrice, de ce dernier doit à cette fin être adoptée. La démonstration emprunte la pente suivante : l'effet direct conduit à créer « substantiellement » des droits et, corrélativement, des obligations, dans le chef des particuliers ; or, lorsque la directive est invoquée pour exclure la norme nationale contraire, seul le droit national restant est appliqué ; donc fonder l'invocabilité d'exclusion des directives sur la seule primauté et immédiateté du droit de l'Union européenne ne remettrait pas en cause la jurisprudence écartant l'effet horizontal des directives, cantonnée à l'invocabilité de substitution⁽³¹⁾. La solution méconnaît l'orthodoxie juridique. L'application du droit national « restant » suite à la mise à l'écart de la

(27) E. Dubout, *L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le « bateau ivre » a-t-il sombré ?* : RTDE 2010, p. 277, spéc. p. 295.

(28) V. not. D. Simon et A. Rigaux, *L'arrêt Marshall II et l'effet des directives : une solution d'espèce à une question de principe ?* : Europe 1993, chron. 9, spéc. p. 3.

(29) La Cour de cassation a fait une application directe de la directive « temps de travail » dans un litige opposant des salariés à leur employeur de droit public. Elle décide, au visa de la directive « temps de travail » de 2003, que les dispositions du Code du travail qui excluent les salariés de la RATP, employeur de droit public, de la possibilité de bénéficier, sous certaines conditions, de dérogations sur le remplacement de la période de pause, sont contraires aux prescriptions de la directive. Elle reproche à la cour d'appel de ne pas avoir accordé aux salariés le bénéfice des temps de pause. Le droit national étant contraire aux prescriptions de la directive, il doit être exclu du litige au profit de la renaissance de l'application du droit commun, prévu à l'article L. 3121-33 du Code du travail, selon lequel le salarié doit bénéficier d'un temps de pause d'une durée minimale de vingt minutes dès lors que le travail quotidien atteint six heures (Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-43.212, M. C. / Sté RATP : Bull. civ. 2010, V, n° 47 ; JCP S 2010, 1170, note F. Dumont ; RDT 2010, p. 446, note F. Canut).

(30) V. not. M. Blanquet, *Effet direct du droit communautaire* : Rép. civ. Dalloz oct. 2010, n° 14, notant que « du fait de l'immédiateté (générale) et de la primauté (générale) du droit communautaire, toute disposition de droit communautaire créant un droit bénéficie d'une invocabilité "de prise en considération" par le juge (à des fins d'interprétation conforme, d'exclusion du droit national contraire ou de réparation), seule l'invocabilité de substitution, qui se traduit par une "mise en application" de la disposition en cause, exigeant alors que soient satisfaites les conditions de l'effet direct ».

(31) V. en ce sens, les conclusions de l'avocat général Bot dans l'arrêt *Kücükdeveci* (CJCE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07 : Rec. CJCE 2010, I, p. 365), pt 62. – Adde les conclusions de l'avocat général Léger dans l'arrêt *Linster* (CJCE, 19 sept. 2000, aff. C-287/98 : Rec. CJCE 2000, I, p. 6917), pts 24 à 90.

norme interne contraire conduit à l'application de la directive⁽³²⁾ puisque le particulier doit respecter des obligations nouvelles⁽³³⁾. Sauf à se contredire et à se faire législateur européen⁽³⁴⁾, la Cour de justice, comme le juge national⁽³⁵⁾, doit maintenir l'exigence d'effet direct des directives aux fins de leur invocabilité d'exclusion et de substitution.

II. – Substitution de la norme supranationale à la norme étatique

103. – L'ensemble des limites posées par la Cour de justice à la technique de l'interprétation conforme s'élèvent face aux risques de dérive vers l'invocabilité de substitution. Elles manquent parfois de clarté. Les deux notions ne se confondent pas ; elles n'ont pas le même rôle.

104. – **Altérité.** « L'invocabilité de substitution » désigne, par un raccourci sémantique, la capacité du justiciable à invoquer devant le juge une norme supranationale pour s'en prévaloir en lieu et place du droit national inexistant ou non conforme⁽³⁶⁾. Les dispositions en cause doivent être d'effet direct⁽³⁷⁾, ce qui exclut toute application directe horizontale de la directive⁽³⁸⁾. La Cour de justice a conçu

(32) La Cour de justice a admis, exceptionnellement, qu'une directive puisse (« en tant que telle ») être invoquée aux fins d'exclusion du droit national, sans remettre en cause sa jurisprudence prohibant l'effet direct horizontal des directives. L'exercice suppose que la directive ne produise qu'un effet « procédural », sans qu'au « fond » le litige soit affecté. Le contenu « matériel » de la règle de droit énoncée par la directive n'est alors pas appliqué. Elle « ne crée ni des droits ni des obligations pour les particuliers ». V. not. CJCE, 30 avr. 1996, aff. C-194/94, *CIA Security International* : Rec. CJCE 1996, I, p. 2201 ; *Europe* 1996, comm. 245, note D. Simon. – CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-443/98, *Unilever Italia SpA contre Central Food SpA* : Rec. CJCE 2000, I, p. 7535 ; *Europe* 2000, comm. 343, note D. Simon.

(33) En ce sens, V. Ph. Manin, *De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales* : AJDA 1994, p. 259.

(34) L'abandon de l'effet direct marquerait la confusion de la directive et du règlement, faussant la typologie des actes établie par l'article 288 TFUE, donc le système de répartition des compétences entre l'Union européenne et les États membres. La Cour de justice est claire sur le sujet : « Étendre cette jurisprudence [l'invocabilité directe de la directive dans les relations verticales] au domaine des rapports entre les particuliers reviendrait à reconnaître à la Communauté le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements » (CJCE, 14 juill. 1994, aff. C-91/92, *Faccini Dori*, pt 24 : Rec. CJCE 1994, I, p. 3325).

(35) Le Conseil d'État, alors que le litige ne concernait pas le droit de l'Union européenne, en ne procédant pas au découplage de l'effet direct et de l'invocabilité d'exclusion d'une convention internationale, adopte une position qui mérite d'être saluée à double titre (CE, 11 avr. 2012, n° 322326, *Groupe d'information et de soutien des immigrés [GISTI] et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement [FAPIL]* : Rec. CE 2012, p. 142 ; D. 2012, p. 1712, note B. Bonnet ; AJDA 2012, p. 729, note Y. Aguila ; RFDA 2012, p. 547, concl. G. Dumortier ; *Constitutions* 2012, p. 297, note A. Levade ; RFDA 2012, p. 560, note M. Gautier). D'abord parce qu'elle est conforme à l'orthodoxie juridique. Ensuite parce qu'une position contraire aurait placé la Cour de cassation dans une situation embarrassante en raison de la nature horizontale des litiges dont elle est appelée à connaître. Elle aurait alors dû, soit maintenir son refus du découplage, au risque d'accentuer la cacophonie dans la compréhension de l'invocabilité d'exclusion des directives, soit suivre la solution du juge administratif en tournant le dos à la Cour de justice et en s'attribuant des pouvoirs qu'elle n'a pas. La solution révèle un sage dialogue entre juges. La solidité de la solution du Conseil d'État lui permet de prendre à revers la sollicitation du découplage formulée par son avocat général (G. Dumortier, *L'effet direct des conventions internationales* : RFDA 2012, p. 547) et la protection des critiques qui lui sont adressées quant à son caractère (trop) traditionnel et (donc) timide (V. not. B. Bonnet, *Quand la montagne accouche d'une souris : le Conseil d'État et l'effet direct des conventions internationales* : D. 2012, p. 1712). Le Conseil d'État a trouvé une voie intermédiaire : il a assoupli les critères de l'effet direct afin d'autoriser plus aisément l'invocabilité d'exclusion. – Sur la définition des critères de l'effet direct, V. *infra*, n° 153 et s.

(36) V. not. Y. Galmot et J.-C. Bonichot, *La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national* : RFDA 1988, p. 1, spéc. p. 10. – P. Manin, *De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales* : AJDA 1994, p. 259, spéc. p. 260.

(37) Est ainsi exigée la même condition que celle valant pour l'invocabilité d'exclusion (V. not. CJCE, 19 janv. 1982, aff. C-8/81, *Becker*, pt 25 : Rec. CJCE 1982, I, p. 53).

(38) CJCE, 26 févr. 1986, aff. C-152/84, *Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, pt 48 : Rec. CJCE 1986, I, p. 723. – CJCE, 13 nov. 1990, aff. C-106/89, *Marleasing SA c/ Comercial Internacional de*

l'invocabilité d'interprétation conforme comme un substitut à la prohibition de l'effet direct horizontal des directives. Elle oblige le juge interne à interpréter le droit national à la lumière du texte et de la finalité de la directive en cause pour atteindre le résultat qu'elle prescrit⁽³⁹⁾. La souplesse des formules utilisées pour décrire la méthode que le juge national doit employer fait craindre des débordements vers l'invocabilité de substitution. Un arrêt de la Cour de cassation en offre illustration. Saisie d'un contentieux relatif à l'application de l'article 7, § 6 de la directive du 12 mars 2001⁽⁴⁰⁾ prévoyant une information individuelle préalable des salariés sur le transfert d'entreprise en l'absence de représentants des travailleurs, elle décide que, faute d'avoir été transposé en droit interne, cet article ne peut créer d'obligations à la charge de l'employeur⁽⁴¹⁾. La Cour de cassation, en refusant l'interprétation conforme, montre qu'elle n'a trouvé dans le Code du travail aucune règle prévoyant que les salariés doivent être subsidiairement destinataires des informations dues aux institutions représentatives du personnel. L'observation, juste, a été critiquée en ce qu'elle résulterait d'une enquête parcelaire⁽⁴²⁾. Le droit européen est invoqué à l'appui du reproche. La Cour de justice commande au juge national de se fonder sur « l'ensemble du droit national »⁽⁴³⁾ pour l'interprétation conforme, « y compris le droit antérieur à la directive »⁽⁴⁴⁾. L'article L. 1222-1 du Code du travail, selon lequel « le contrat de travail est exécuté de bonne foi », aurait pu servir de support pour l'interprétation du droit national conformément à la directive. La chambre sociale a déjà eu l'occasion d'appliquer l'article 1134, alinéa 3 du Code civil pour mettre à la charge de l'employeur l'obligation d'informer les salariés préalablement à la dénonciation d'un usage⁽⁴⁵⁾. Trouvant sa source dans l'esprit d'entraide qui doit animer les parties au

Alimentacion SA, pt 6 : *Rec. CJCE* 1990, I, p. 4135 ; *JCP E* 1991, II, 156, p. 124, note P. Level ; *JCP E* 1991, I, p. 321, note F. Serras. – *CJCE*, 14 juill. 1994, aff. C-91/92, *Faccini Dori c/ Recreb*, pt 25 : *Rec. CJCE* 1994, I, p. 3325. – *CJCE*, 7 mars 1996, aff. C-192/94, *El Corte Inglés*, pt 15 : *Rec. CJCE* 1996, I, p. 1281. – *CJCE*, 5 oct. 2004, aff. C-397/01 à C-403/01, *Pfeifer e.a.*, pt 108 : *Rec. CJCE* 2004, I, p. 8835. – *CJCE*, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Kücükdeveci*, pt 46 : *Rec. CJCE* 2010, I, p. 365 ; *JCP S* 2010, 1082, note J. Cavallini. – *CJUE*, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez*, pt 37 : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 4/2012, n° 399.

(39) *CJCE*, 19 sept. 2000, aff. C-287/98, *État du Grand-Duché de Luxembourg c/ Cts Linster*, pt 53 : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 6917. – *CJCE*, 10 avr. 1984, aff. C-14/83, *Von Colson et Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen* : *Rec. CJCE* 1984, I, p. 1891.

(40) Dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements : *JOCE* n° L 82, 22 mars 2001.

(41) *Cass. soc.*, 18 nov. 2009, n° 08-43397 et 08-43398, *Sté Open Cascade c/ M. N.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 256 ; *RJS* 2/2010, n° 156 ; *JCP S* 2009, 1047, note P. Morvan ; *D.* 2010, 1266, note P. Rémy et H. Tissandier. – *Cass. soc.*, 17 déc. 2013, n° 12-13503, *M. H. c/ Sté Mayon ès qual.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 307 ; *RJS* 3/2014, n° 197 ; *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 346, p. 5, obs. J.-Ph. Lhernould ; *JCP S* 2014, 1151, note P. Morvan.

(42) P. Morvan, *Transfert d'entreprise et information individuelle des salariés* : *JCP S* 2010, 1047. – Adde J.-Ph. Lhernould, *Transfert d'entreprise : frottements entre la directive 2001/23 et le Code du travail* : *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 346, p. 5, relevant qu'« on aurait (...) pu soutenir qu'il incombait au juge de trouver dans le Code du travail une disposition permettant de garantir le droit à l'information du salarié transféré ».

(43) *CJCE*, 23 avr. 2009, aff. C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki e.a.*, pt 200 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 3071. – *CJCE*, 4 juill. 2006, aff. C-212/04, *Adeneler e.a.*, pt 111 : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 6057. – *CJCE*, 15 avr. 2008, aff. C-268/06, *Impact*, pt 101 : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 2483.

(44) *CJCE*, 13 nov. 1990, aff. C-106/89, *Marleasing SA* : *Rec. CJCE* 1990, I, p. 4135.

(45) *Cass. soc.*, 13 oct. 2010, n° 09-13.110, *Synd. Union nationale des syndicats CGT Cegelec et filiales c/ Sté Cegelec Paris* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 234 ; *RJS* 12/2010, n° 1001. – *Cass. soc.*, 3 déc. 1996, n° 94-19466, *CFDT Métallurgie Orbec Lisieux Livarot* : *Bull. civ.* 1996, V, n° 412, p. 296. – *Cass. soc.*, 9 juill. 1996, n° 94-42.773 et 94-42.852, *M. R. c/ Conseil général de la Côte-d'Or* : *Bull. civ.* 1996, V, n° 276 ; *RJS* 8-9/1996, n° 954. – Il en va de même pour la rétractation d'un engagement unilatéral : *Cass. soc.*, 10 janv. 1995, n° 91-40.573, *M^{me} R. c/ Ligue de l'enseignement et de l'éducation permanente* : *Bull. civ.* 1995, V, n° 18 ; *RJS* 2/1995, n° 130.

contrat⁽⁴⁶⁾, l'obligation d'information fonde, selon Demogue, « l'obligation pour chacun [des contractants] d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat »⁽⁴⁷⁾. Répondrait à cette exigence l'information des salariés sur l'existence d'un transfert d'entreprise et sur ses conséquences, peu important qu'il intervienne de plein droit. L'ignorance de ces textes par le juge trahirait une manipulation des règles, sélectionnant la méthode qui conduit à la solution qui a sa faveur. Il lui suffirait, pour consacrer l'obligation prévue par la directive, de repérer un texte national sur lequel s'appuyer ou, pour parvenir au résultat inverse, de feindre de ne pas le trouver. La critique ne convainc pas. L'interprétation conforme ne peut avoir pour effet d'imposer à un particulier une obligation prévue par une directive non transposée⁽⁴⁸⁾ (autrement dit l'interprétation ne doit pas être *contra legem*) ni, *a fortiori*, de déterminer ou d'aggraver sa responsabilité⁽⁴⁹⁾. Or, fonder la solution sur l'article L. 1222-1 du Code du travail (ou sur l'article 1134, alinéa 3 du Code civil) revient à imposer à l'employeur une obligation prévue par une directive non transposée. Ne pas l'admettre fait courir le risque qu'en se fondant sur un texte sans rapport avec l'obligation prescrite par la directive, le juge, par la fiction de la rétroactivité de l'interprétation conforme, transpose lui-même la directive alors que le législateur y a manqué.

105. – Subsidiarité ? La Cour de justice de l'Union européenne soutient que l'interprétation conforme doit être effectuée dans toute la mesure du possible par le juge national et « qu'à défaut », il lui revient d'appliquer directement la directive si le litige est d'ordre vertical⁽⁵⁰⁾. La formule échafaude un ordre chronologique entre deux situations qui n'ont pourtant rien en commun. L'interprétation conforme n'intervient qu'en cas de transposition. L'obligation faite au juge d'interpréter de manière conforme son droit national « dans toute la mesure du possible » stigmatise l'effort. Lui-même révèle une apparente contrariété entre le droit national et le droit européen. La situation pathologique, pourtant incompatible avec l'interprétation conforme, lui apparaît finalement intrinsèque. La confusion est forte lorsque la Cour de justice de l'Union européenne présente l'interprétation conforme comme une technique pouvant reposer sur la contrariété du droit national au droit de l'Union européenne : elle a pu énoncer qu'« il y a lieu de relever que la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de

(46) A. Barège, *L'éthique et le rapport de travail*, LGDJ, 2008, n° 435 et s. – V. aussi D. Mazeaud, *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit : Mél. en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603, spéc. p. 617.

(47) R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931, n° 3, p. 9.

(48) CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki e.a.*, pt 199 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 3071. – CJCE, 4 juill. 2006, aff. C-212/04, *Adeneler e.a.*, pt 110 : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 6057. – CJCE, 15 avr. 2008, aff. C-268/06, *Impact*, pt 100 : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 2483. – CJCE, 26 févr. 1986, aff. C-152/84, *Marshall*, pt 48 : *Rec. CJCE* 1986, I, p. 723.

(49) CJCE, 12 déc. 1996, aff. C-74/95 et C-129/95, *Procédures pénales c/ X*, pt 25 : *Rec. CJCE* 1996, I, p. 6609. – CJCE, 26 sept. 1996, aff. C-168/95, *Luciano Arcaro*, pt 42 : *Rec. CJCE* 1996, I, p. 4705. – CJCE, 8 oct. 1987, aff. C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, pt 13 : *Rec. CJCE* 1987, I, p. 3969.

(50) CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez*, pt 44 : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 4/2012, n° 399 ; *Europe* 2012, comm. 115, note D. Simon ; *JCP S* 2012, 1135, note E. Andréo et J. Misslin. – CJUE, 24 mai 2012, aff. C-97/11, *Amia SpA*, pts 31 et 32 : *Rec. CJUE* 2012 ; *Europe* 2012, comm. 268, note D. Simon.

cette disposition ne s'avère possible »⁽⁵¹⁾. L'enjeu de l'interprétation conforme serait de savoir dans quelles limites il est possible de rendre une disposition contraire... conforme. Il ne faut pourtant pas prêter plus de sens à la formule que la Cour de justice a bien voulu lui en donner. Le juge exprime seulement le souhait que soient évités, dans la mesure du possible, les conflits entre le droit national et le droit de l'Union européenne⁽⁵²⁾.

§ 2. – Sort de la norme privée

106. – Les particuliers, à l'instar des autorités nationales, doivent respecter le droit supranational. Sa progressive diffusion horizontale leur impose la vigilance. Expression de la marge d'appréciation des États, la nature de la sanction des normes privées « inconventionnelles » est rarement fixée⁽⁵³⁾ par les règles supra-étatiques. Elles précisent en revanche toujours les qualités qui y sont attachées : la sanction doit être efficace, effective et dissuasive⁽⁵⁴⁾. Le droit français

(51) CJUE, 24 janv. 2012, *Dominguez*, préc., pt 23.

(52) CJCE, 5 oct. 2004, aff. C-397/01 à C-403/01, *Pfeiffer e.a.*, pt 116 : *Rec. CJCE* 2004, I, p. 8835, décidant que l'interprétation conforme doit être préférée à l'invocabilité d'exclusion car elle permet « qu'un conflit [entre le droit national et le droit européen] soit évité ».

(53) V. not. Dir. n° 2009/52/CE, 18 juin 2009, prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier : *JOUE* n° L 168, 30 juin 2009, p. 24. Conformément à cette directive, la loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité (*JO* 17 juin 2011, n° 139), crée diverses sanctions susceptibles d'être prononcées à l'égard des employeurs en infraction, comme le remboursement des aides perçues. – V. aussi Dir. n° 2008/104/CE, 19 nov. 2008, relative au travail intérimaire, art. 6, § 2, décidant, que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les clauses interdisant ou ayant pour effet d'empêcher la conclusion d'un contrat de travail ou d'une relation de travail entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur intérimaire après l'expiration de sa mission soient nulles ou puissent être déclarées nulles » (*JOUE* n° L 327, 5 déc. 2008, p. 9).

(54) Ces principes sont présents tant au sein du droit de l'Union européenne que du droit du Conseil de l'Europe et du droit international.

– S'agissant du droit de l'Union européenne, l'exigence imposée aux États membres de garantir une sanction efficace lorsqu'est en cause une violation du droit de l'Union européenne est née dans le domaine de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les relations du travail. De l'obligation faite aux États d'adopter des mesures permettant à toute personne victime d'une illécéité de « faire valoir ses droits par voie juridictionnelle » (Cons. UE, dir. n° 75/117/CEE, 10 févr. 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, art. 2 ; Cons. UE, dir. n° 76/207/CEE, 9 févr. 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, art. 6 ; Cons. UE, dir. n° 79/7/CEE, 19 déc. 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, art. 6), la Cour de justice a déduit l'obligation d'instituer un « droit à une sanction effective et efficace », laquelle doit « en outre avoir à l'égard de l'employeur un effet dissuasif réel » (CJCE, 10 avr. 1984, aff. C-14/83, *Von Colson* : *Rec. CJCE* 1984, I, p. 1981. – CJCE, 8 nov. 1990, aff. C-177/88, *Dekker* : *Rec. CJCE* 1990, I, p. 3941 ; *RTDE* 1991, p. 671. – CJCE, 3 sept. 2008, aff. C-402/05 et C-415/05, *Kadi* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 6351 ; *JCP* 2008, II, 10186, note M. Gautier). Cet impératif peut aussi trouver fondement dans l'article 4, § 3 TUE, aux termes duquel : « Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union (...) ». Désormais, la plupart des directives sociales décident que « les États membres prévoient des mesures appropriées en cas de non-respect de la directive », qu'ils « déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales arrêtées en application de la directive » et que « les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives ».

– S'agissant du droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme fonde l'exigence de sanctions efficaces sur l'obligation positive des États. Ainsi, « si le choix des moyens d'assurer le respect [de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] dans le domaine de la protection contre les actes d'individus relève en principe de la marge d'appréciation de l'État, une dissuasion effective contre des actes (...) mettant en jeu des valeurs fondamentales (...) appelle des dispositions (...) efficaces » (CEDH, 2 déc. 2008, req. n° 2872/02, *K.U. c/ Finlande*, § 43 : *Rec. CEDH* 2008, V ; *JDI* 2009, chron. 6, n° 16, note S. Millan).

doit identifier les règles qui, dans son ordre juridique, présentent ces attributs⁽⁵⁵⁾. Parce qu'elle constitue la sanction la plus énergique, l'inefficacité de l'acte illicite ornera les développements qui suivent. La nullité occupe, en droit du travail, une place singulière : recherchée pour sa charge symbolique et la vigueur de ses effets (I), elle est parfois contournée en raison du caractère restrictif de ses conditions de mise en œuvre (II). Le juge trouve dans les droits fondamentaux supranationaux l'outil de sélection de la sanction.

I. – Développement de la nullité

107. – L'idée civiliste de fonder les nullités virtuelles du licenciement sur l'exigence d'une cause licite a été rejetée en raison du risque d'expansion qu'elle comportait, contraire à la volonté du législateur. Le juge a trouvé la parade : cantonnant le développement des nullités virtuelles en sanctionnant les seuls licenciements contraires aux libertés fondamentales, il lui suffit pourtant de puiser celles-ci dans les normes supranationales pour aboutir au résultat opposé. Ces remarques doivent être développées.

108. – **Une idée.** La nature de la sanction d'un acte juridique révèle la valeur de la règle violée. La loi du 13 juillet 1973 n'a pas sanctionné le défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement par la nullité. Dans une logique de conciliation des intérêts opposant les défenseurs de l'économie libérale aux partisans d'un strict droit à l'emploi⁽⁵⁶⁾, et influencé par l'article 1142 du Code civil, le législateur considère que la réintégration est facultative et nécessite l'accord des parties ; à défaut, seuls des dommages-intérêts sont alloués au salarié⁽⁵⁷⁾. La nullité étant exclue, la cause réelle et sérieuse ne se confond donc pas avec la licéité de la cause des actes juri-

– S'agissant du droit international, l'exigence d'efficacité de la règle imprègne l'interprétation de certaines conventions de l'OIT, telle la convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, adoptée le 1^{er} juillet 1949. Statuant sur son application, une commission d'experts a affirmé la nécessité de sanctions appropriées à des actes de discrimination syndicale prohibés par ce texte. Or, selon cette commission, « la réintégration et le rétablissement de la position du travailleur licencié ou discriminé pour des motifs antisyndicaux constituent le remède le plus approprié » à de tels actes. En revanche, « une législation qui comporte des dispositions protectrices mais qui permet en pratique à l'employeur de mettre fin à l'emploi d'un travailleur à condition de payer l'indemnité prévue par la loi pour tous les cas de licenciement injustifié alors que le motif réel est son affiliation ou son activité syndicale, n'est pas suffisante au regard de l'article 1^{er} de la convention » (V. *Liberté syndicale et négociation collective*, Étude d'ensemble de la Commission d'experts pour l'application des conventions, 1983, § 278, cité par J.-M. Verdier in *Liberté et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge* : D. 1988, chron. p. 63, spéc. n° 23, p. 67).

(55) La qualité de la règle recherchée par le droit français est davantage l'efficacité que l'effectivité. Cette dernière renvoie à l'idée d'un espace d'évaluation de sa mise en œuvre. Elle désigne un « rapport de conformité » par une mesure entre le droit et le fait (A. Jeammaud et E. Serverin, *Évaluer le droit* : D. 1992, chron. p. 263, spéc. n° 8, p. 265). L'efficacité de la règle, désignant son « aptitude à procurer le résultat » recherché par l'autorité qui a édicté cette règle, est plus adaptée à l'examen de la conformité du droit national au droit supranational.

(56) V. not., G. Lyon-Caen et M.-C. Bonnetête, *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973* : Dr. soc. 1973, p. 493, spéc. p. 506.

(57) C. trav., art. L. 1235-3. – Dans une expression et une défense de l'équilibre auquel a voulu parvenir le législateur, la Cour de cassation énonce « que la règle posée à l'article L. 1235-3 du Code du travail, subordonnant la réintégration du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse à l'accord de l'employeur, qui, d'une part, ne porte atteinte ni au droit au respect des biens, ni au droit de propriété, d'autre part, opère une conciliation raisonnable entre le droit de chacun d'obtenir un emploi et la liberté d'entreprendre, à laquelle la réintégration de salariés licenciés est susceptible de porter atteinte, n'apporte aucune restriction incompatible avec les dispositions de l'article 6. 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ni, en tout état de cause, avec celles de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (Cass. soc., 14 avr. 2010, n° 08-45.247, M. M. c/ Sté Village d'Orsel : Bull. civ. 2010, V, n° 96 ; RJS 6/2010, n° 499).

diques qu'exige l'article 1131 du Code civil⁽⁵⁸⁾. La Cour de cassation le rappelle⁽⁵⁹⁾. L'exigence d'une cause licite n'aurait pourtant pas disparu selon certains⁽⁶⁰⁾. L'idée se fonde sur la distinction des motifs autorisés par la loi, licites mais sanctionnés sous réserve de l'abus de droit qu'appelle l'exigence de la cause réelle et sérieuse⁽⁶¹⁾, et des motifs pris en violation de la loi, interdits et frappés de nullité⁽⁶²⁾. Ces derniers offrent place, au côté des nullités textuelles, au développement des nullités virtuelles : relevées par le juge, elles sanctionnent le licenciement qui a une cause subjective contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, conformément à l'article 1133 du Code civil.

109. – Une fausse bonne idée. Légitimer l'essor de la nullité virtuelle⁽⁶³⁾ du licenciement par le droit civil aurait pu posséder le charme des théories générales ; il pénètre le juriste à la recherche de la sérénité qu'apportent les techniques connues. L'application de la cause civiliste ne suscite pourtant qu'embarras. Si elle est théoriquement possible, elle est pratiquement inutile, hasardeuse et destructrice. Sa confrontation aux règles du licenciement l'oblige à subir de trop importantes amputations pour prétendre se maintenir. En dehors des cas de nullité textuelle, la référence à la cause contraire à la loi n'a pas de sens s'agissant du licenciement puisque sa violation est sanctionnée par le législateur par l'absence de cause réelle et sérieuse. L'utilisation de

(58) Les articles 1108 et suivants du Code civil ne visent que les conditions de validité des conventions. Or, le licenciement est un acte juridique unilatéral. Face à ce que la doctrine considère comme un oubli du Code civil plus qu'une exclusion volontaire, il est classiquement admis que l'acte juridique unilatéral est soumis aux conditions de validité des conventions sous réserve des adaptations qu'impose le caractère unilatéral de l'acte (J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd. 2014, n° 491, p. 506. – G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^e éd. 1988, n° 364, p. 375. – R. Encinas de Munagorri, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, thèse, ss dir. A. Lyon-Caen, LGDJ, 1996, n° 197, p. 179. – J. Martin de la Moutte, *L'acte juridique unilatéral. Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, thèse, ss dir. P. Raynaud, LGDJ, 1951, n° 238, p. 223). Selon le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, l'acte juridique « est unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres sans qu'il y ait d'engagement réciproque de celles-ci » (art. 1104). En ce sens, l'avant-projet de réforme du droit des obligations définissait l'acte juridique unilatéral comme celui « accompli par une ou plusieurs personnes unies dans la considération d'un même intérêt en vue de produire des effets de droit dans les cas admis par la loi ou par l'usage » (art. 1101-1, al. 3) et le soumet « en tant que de raison » aux règles gouvernant les conventions (al. 5). Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ne fait cependant pas référence, à l'heure actuelle, à cette catégorie d'acte.

(59) Cass. soc., 14 févr. 2007, n° 05-40.504, M. S. c/ Sté APLD : *Bull. civ.* 2007, V, n° 25 ; *JCP S* 2007, 1297, note O. Fardoux ; *RJS* 5/2007, n° 580, censurant, au visa de l'article 1131 du Code civil, l'analyse de la cour d'appel qui avait déclaré qu'un licenciement sans cause réelle et sérieuse ne pouvait produire d'effet juridique. La Cour de cassation condamne la confusion ainsi opérée entre les deux acceptions de la cause du licenciement.

(60) G. Couturier, *Les nullités du licenciement* : *Dr. soc.* 1977, p. 216, spéc. n° 37-38, p. 227 ; *Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire* : *Dr. ouvrier* 1988, p. 133. – F. Gaudu, *Les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte* : *Dr. soc.* 2010, p. 151, spéc. n° 13, p. 153.

(61) La notion d'abus de droit doit être maniée avec précaution. Sa comparaison avec le licenciement sans cause réelle et sérieuse n'a que valeur explicative : l'employeur a le droit de licencier le salarié, mais il doit exercer ce droit dans certaines limites sous peine d'être sanctionné. Ainsi, Demogue remarquait que s'agissant des actes juridiques unilatéraux, « la théorie de l'utilité de l'acte, de sa cause, de son explication normale, si l'on préfère, rejoint la théorie de l'abus de droit, celle de la fraude à la loi, qui visent comme elle qu'un des aspects du caractère social d'un droit, qui comme elle expriment ce grand principe : on ne doit user des droits que dans un but non contraire à l'utilité sociale » (R. Demogue, *Traité général des obligations*, t. 2, Librairie Arthur Rousseau, 1923, p. 738-739, n° 843). En revanche, il ne faut pas donner davantage de portée à la comparaison entre les notions. Elles ne se confondent pas : un licenciement doté d'une cause réelle et sérieuse peut être abusif, notamment lorsqu'il est prononcé dans des conditions vexatoires (Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-19.740, M. M. c/ Sté mutuelle d'assurance du bâtiment et des travaux publics [SMABTP] : *Bull. civ.* 2013, V, n° 193. – Cass. soc., 28 févr. 1979, n° 77-41.549, M. B. c/ Sté des Éts Gruau et fils : *Bull. civ.* 1979, V, n° 184).

(62) Autrement dit, aux licenciements encadrés s'opposent les licenciements prohibés. V. G. Couturier, *Les nullités du licenciement*, préc., spéc. n° 37, p. 227.

(63) V., sur les nullités virtuelles, G. Couturier, *Petites histoires de nullités du licenciement* : *Dr. soc.* 2011, p. 1218, spéc. p. 1222 et s.

l'ordre public produit une impasse similaire : la nécessité d'une cause réelle et sérieuse étant d'ordre public, le licenciement qui est en privé devrait être nul en raison de sa contrariété à l'ordre public. Il faut alors en conclure que la référence à la loi et à l'ordre public désigne autre chose. Partir à sa recherche est périlleux. Pourrait être prise en compte non plus la loi nationale mais la loi supranationale. La Cour de cassation a déjà admis que l'illicéité émane d'une loi étrangère⁽⁶⁴⁾ ou prenne source dans une fraude à une réglementation européenne⁽⁶⁵⁾. Seules devraient être prises en compte les normes supranationales qui frappent d'inefficacité le licenciement au risque, sinon, de décider que tout licenciement contraire aux prescriptions d'une norme supranationale doit être nul, donc de chasser définitivement la sanction de l'absence de cause réelle et sérieuse. Ainsi en est-il, par exemple, du licenciement intervenu en raison du transfert d'entreprise qui, selon la Cour de justice de l'Union européenne⁽⁶⁶⁾ interprétant la directive éponyme⁽⁶⁷⁾, doit être inefficace. L'exercice n'est pas sans risque. Le juge national, parce qu'il est juge de la conventionnalité, pourrait vouloir, à son tour, se livrer à l'identification des licenciements frappés de nullité sur la base des textes supranationaux. La référence à l'ordre public pourrait aussi entraîner des débordements. Au « flou »⁽⁶⁸⁾ entourant la notion en droit interne⁽⁶⁹⁾ s'ajoute la difficile identification de l'ordre public international. La menace réside dans son instrumentalisation aux fins du développement de la nullité dans des limites excédant la volonté du législateur⁽⁷⁰⁾. La Cour de cassation, probablement consciente de ces risques, refuse, malgré les sollicitations⁽⁷¹⁾, de contrôler le licenciement à l'aune de l'article 1131 du Code civil. Elle admet en revanche l'annulation des licenciements contraires aux libertés fondamentales⁽⁷²⁾

(64) Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-21511, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères* : Bull. civ. 2010, IV, n° 54 ; D. 2010, p. 2323, note S. Bollée ; RTD com. 2010, p. 457, note Ph. Delebecque ; JCP G 2010, 530, note D. Bureau et L. d'Avout.

(65) Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-12.941, *Sté Onetik c/ M. D.* : Bull. civ. 2012, I, n° 188 ; RJS 5/2013, 445.

(66) CJCE, 15 juin 1988, aff. C-101/87, *Bork International e.a.*, pt 18 : Rec. CJCE 1988, I, p. 3057. – CJCE, 12 mars 1998, aff. C-319/94, *Jules Dethier Équipement c/ Dassy et Sovam*, pt 41 : Rec. CJCE 1998, I, p. 1061 ; D. 1998, p. 88.

(67) L'article 4, paragraphe 1, de la directive n° 2001/23/CE du 12 mars 2001 interdit le licenciement motivé par le transfert d'entreprise sans toutefois se prononcer sur sa sanction.

(68) G. Couturier, *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 95, spéc. p. 110. – Rapp. R. Vatinet, *L'ordre public*, in B. Teysié (ss dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 89, spéc. p. 90.

(69) Identifier les règles de droit social d'ordre public est une gageure. Il convient au préalable de ne pas confondre l'ordre public « civiliste » avec l'ordre public « social ». Entendu comme un « ordre public-plancher », il est constitué des règles autorisant les dérogations favorables aux salariés. – V., de manière générale sur le sujet, B. Teysié (ss dir.), *La cause en droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2013.

(70) Le professeur Couturier, lorsqu'il proposait d'utiliser l'article 1131 du Code civil, était conscient des difficultés à identifier la cause illicite : il exprimait le souhait que celle-ci réside dans l'atteinte portée à des « principes supérieurs d'ordre public ». Cet ordre public, « entendu au sens le plus fort du terme », viserait « des droits et des valeurs reconnus comme fondamentaux dans notre système juridique ». Il reconnaissait qu'aucune « formule générale » ne permet de l'identifier (G. Couturier, *Les nullités du licenciement* : Dr. soc. 1977, p. 215, spéc. n° 38-39, p. 227 ; *Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire* : Dr. ouvrier 1988, p. 133).

(71) Dans l'affaire *Clavaud*, le conseil de prud'hommes avait décidé que le licenciement d'un salarié qui a exercé sa liberté d'expression est nul pour cause illicite (Cons. prud'h. Montluçon, 24 nov. 1986 : RPD 1987, n° 501, p. 18. – CA Riom, 2 mars 1987 : Dr. ouvrier 1987, p. 97, obs. G. Lyon-Caen). La Cour de cassation décide de ne pas se fonder sur l'article 1131 pour admettre la nullité du licenciement (Cass. soc., 28 avr. 1988, n° 87-41.804, *Clavaud* : Bull. civ. 1988, V, n° 257 ; Dr. soc. 1988, p. 428, concl. H. Ecoutin et obs. G. Couturier ; D. 1988, p. 437, note E. Wagner). Dans un arrêt du 29 octobre 2013, la Cour de cassation, pour admettre la nullité du licenciement contraire à la liberté fondamentale de témoigner, vise les articles 6 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais passe sous silence la violation de l'article 1131 du Code civil que reprochait le demandeur à la cour d'appel (dans les moyens annexes reproduits) (Cass. soc., 29 oct. 2013, n° 12-22.447, M. C. c/ *Éts Union Mutualiste Retraite [UMR]* : Bull. civ. 2013, V, n° 252 ; D. 2013, p. 2584).

(72) La solution était en germe dans l'affaire *Clavaud* (préc.). Aujourd'hui, la Cour de cassation énonce clairement que « (...) le juge ne peut, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, annuler un licenciement » (Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, M. H. c/ *SA France Télécom* : Bull. civ. 2001,

entendus au sens large car agrégeant aux libertés⁽⁷³⁾ les droits⁽⁷⁴⁾ et principes⁽⁷⁵⁾ fondamentaux⁽⁷⁶⁾. La référence, présentée comme plus étroite que l'ordre public, permettait d'espérer que soit contenu le flot de la nullité.

110. – Une vieille idée neuve. La réduction des risques d'expansion de la nullité par le recours aux libertés fondamentales est tributaire de l'interprétation qu'en rend le juge. Celui-ci trouve aliment dans les normes supranationales pour étendre les causes de nullité du licenciement. Les libertés fondamentales supranationales prêtent leur masque à la cause illicite pour avancer. Le système des nullités textuelles garantit la sécurité juridique. Mais il se révèle rigide et peut devenir obsolète⁽⁷⁷⁾. La nullité virtuelle illustre la correcte conception du partage des pouvoirs entre le juge et le législateur. Ce dernier ne pouvant pas prévoir toutes les atteintes aux droits fondamentaux, le premier doit pouvoir les sanctionner, sous réserve de respecter l'intention du législateur qu'il a initialement sondée. La référence au droit à un procès équitable protégé par l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales illustre la capacité du juge à créer des nullités virtuelles ; l'examen de la jurisprudence révèle qu'il ne s'associe pas toujours aux vues du législateur.

En décidant, par un arrêt du 6 février 2013⁽⁷⁸⁾, qu'est nul le licenciement qui intervient en réaction à l'action en justice du salarié, la chambre sociale de la Cour de cassation s'affranchit des nullités textuelles dont elle était auparavant respectueuse⁽⁷⁹⁾ ; le Code du travail limite en effet la nullité du licenciement fondé sur l'action en justice

V, n° 87 ; RJS 5/2001, n° 590 ; Dr. soc. 2001, p. 1117, obs. C. Roy-Loustaunau. – Cass. soc., 31 mars 2004, n°s 01-46.960 et 01-46.961, *Sté nouvelle Les Tricotages du Bassigny c/ M. F.* : Bull. civ. 2004, V, n° 101 ; RJS 6/2004, n° 680 ; Dr. soc. 2004, p. 666, obs. Ch. Radé. – Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-42.099, *M. R. c/ Pons* : Bull. civ. 2005, V, n° 227 ; JCP S 2005, 1237, note J.-Y. Frouin. – Cass. soc., 30 oct. 2002, n° 00-45.608, *M. V. c/ Sté France Télécom* : Bull. civ. 2002, V, n° 331 ; RJS 1/2003, n° 24).

(73) Fonde la nullité du licenciement la violation de la liberté fondamentale de témoigner (Cass. soc., 29 oct. 2013, n° 12-22.447, préc.), de la liberté de conscience et de religion (Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, *M^{me} L. c/ Assoc. Baby-Loup* : Bull. civ. 2013, V, n° 75 ; JCP S 2013, 1146, note B. Bossu ; JCP S 2013, 1297, note I. Desbarats), de la liberté fondamentale du salarié quant au libre choix de son domicile (Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.016, *Sté CSF c/ M. G.* : Bull. civ. 2006, V, n° 126 ; JCP G 2006, II 10209, note J. Mouly), de la liberté fondamentale de la défense (Cass. soc., 28 mars 2006, n° 04-41.695, *M. A. c/ Comité régie d'entreprise de la RATP* : Bull. civ. 2006, V, n° 127 ; JCP S 2006, 1382, note P.-Y. Verkindt). Fonde la nullité d'une convention la violation de la liberté fondamentale du salarié d'exercer une activité professionnelle (Cass. soc., 17 déc. 2004, n° 03-40.008, *Sté SAMSE c/ M. B.* : Bull. civ. 2004, V, n° 346, p. 310 ; Dr. soc. 2005, p. 334, obs. B. Gauriau. – Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-44.598, *Sté Creyffs intérim c/ M. H.* : Bull. civ. 2006, V, n° 198 ; JCP E 2006, 2380, note S. Béal).

(74) Fonde la nullité du licenciement la violation du droit d'agir en justice (Cass. soc., 6 févr. 2013, n°s 11-11.740 et s., *M. K et a. c/ Sté France Télécom* : Bull. civ. 2013, V, n° 27 ; Dr. soc. 2013, p. 415, obs. J. Mouly ; RDT 2013, p. 630, note P. Adam).

(75) Fonde la nullité du licenciement la violation du principe d'égalité des armes (Cass. soc., 9 oct. 2013, n° 12-17.882, *M. P. c/ SAS La Française d'images* : Bull. civ. 2013, V, n° 226 ; JCP S 2013, 1456, note A. Bugada ; Dr. soc. 2013, p. 1055, obs. J. Mouly ; *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1603, p. 12, note Ph. Florès).

(76) V. not. X. Dupré de Boulois, *Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé* : JCP G 2007, I, 211. – E. Ballot, *Le conflit des droits fondamentaux lors de la rupture du contrat de travail* : JCP S 2013, 1168.

(77) V. en ce sens, Y. Pagnierre, *Rupture du contrat par annulation* : JCl. *Travail Traité*, Fasc. 172, n° 9.

(78) Cass. soc., 6 févr. 2013, préc.

(79) La Cour de cassation décidait que n'était pas atteint de nullité, en l'absence de disposition le prévoyant et à défaut de violation d'une liberté fondamentale, le licenciement sans cause réelle et sérieuse prononcé en réaction à l'action en justice du salarié qui demandait la requalification de contrats à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée (Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.735, *M^{me} H. c/ SA France Télécom* : Bull. civ. 2001, V, n° 87 ; Dr. soc. 2001, p. 1117, obs. C. Roy-Loustaunau. – Rapp. Cass. soc., 22 févr. 2006, n° 03-46.027, non publié au bulletin) ainsi qu'à l'action en justice du salarié introduite sur le fondement d'une violation du principe à travail égal, salaire égal (Cass. soc., 20 févr. 2008, n°s 06-40.085 et 06-40.615, *SA Alcatel Cit c/ M. M.* : Bull. civ. 2008, V, n° 38 ; JCP S 2008, 1616, note J.-F. Cesaro ; Dr. soc. 2008, p. 530, obs. Ch. Radé).

du salarié au domaine de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes⁽⁸⁰⁾ et de la non-discrimination⁽⁸¹⁾. L'invocation du droit d'agir en justice, élevé implicitement au rang de « liberté fondamentale » sous la bannière de l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, permet au juge de créer une nouvelle nullité virtuelle. La place laissée au licenciement sans cause réelle et sérieuse décline. Le constat n'est pas critiquable. Les domaines dans lesquels l'action en justice du salarié peut intervenir sont trop nombreux pour que le législateur en dresse une liste exhaustive. Son vœu n'est vraisemblablement pas d'exclure sciemment la nullité des licenciements constitutifs de mesures de rétorsion dans les autres matières que celles qu'il a envisagées. La solution de la Cour de cassation peut être approuvée. L'objectif qu'elle s'est fixé d'annuler les licenciements attentatoires aux libertés fondamentales ne pouvait que la guider en ce sens⁽⁸²⁾.

En revanche, l'analyse retenue par la Cour de cassation est contestable lorsqu'elle donne aux libertés fondamentales une portée telle qu'elle n'exerce plus sa mission consistant à combler les lacunes de la loi. Elle décide, dans un arrêt du 9 octobre 2013⁽⁸³⁾, au visa de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « le principe de l'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose ». Le licenciement prononcé en violation de ce principe est nul⁽⁸⁴⁾. La Cour de cassation retient une lecture discutable du principe de l'égalité des armes en s'écartant du sens que lui prête la Cour européenne des droits de l'homme : il « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause (...) dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁽⁸⁵⁾. Or, l'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire n'affecte pas la capacité du salarié à défendre sa cause devant le juge, pas plus qu'il ne détermine l'issue du procès⁽⁸⁶⁾. La Cour de cassation n'ayant probablement pas voulu

(80) C. trav., art. L. 1144-3.

(81) C. trav., art. L. 1134-4.

(82) V. not. M. Bandrac, *L'action en justice, droit fondamental*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? : Mél. en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1995, p. 1.

(83) Cass. soc., 9 oct. 2013, n° 12-17.882, M. P. c/ SAS La Française d'images : Bull. civ. 2013, V, n° 226 ; JCP S 2013, 1456, note A. Bugada ; Dr. soc. 2013, p. 1055, obs. J. Mouly ; Semaine sociale Lamy 2013, n° 1603, p. 12, note Ph. Florès ; Dalloz actualité 29 oct. 2013, obs. B. Inès.

(84) Un salarié saisi, au cours de la relation de travail, le conseil de prud'hommes pour obtenir la requalification de contrats à durée déterminée conclus à temps partiel en un contrat à durée indéterminée, ce qu'il obtient. Le jugement fixe maladroitement la rémunération à celle équivalant à un temps complet. L'employeur propose la signature d'un contrat à durée indéterminée mais selon une rémunération correspondant à celle d'un temps partiel. Le salarié refuse. Il interjette appel avant d'être licencié. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir décidé qu'un salaire à temps partiel devait s'appliquer, mais la censure en ce qu'elle aurait dû prononcer la nullité du licenciement et non retenir l'absence de cause réelle et sérieuse tenant au refus de l'employeur de se conformer au jugement du conseil de prud'hommes. L'employeur, bien qu'ayant eu raison quant au montant du salaire à fixer, aurait dû saisir le juge de l'exécution (CO), art. L. 213-6) ou interjeter appel du jugement.

(85) CEDH, 27 oct. 1993, req. n° 14448/88, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, § 33, série A, n° 274 ; AJDA 1994, p. 16, chron. J.-F. Flauss. – CEDH, 18 févr. 1997, req. n° 18990/91, *Nideröst-Huber c/ Suisse*, § 23 ; AJDA 1997, p. 977, chron. J.-F. Flauss. – CEDH, 27 mars 2012, req. n° 20041/10, *ETERNIT c/ France*, § 40 ; JCP S 2012, 1266, note Th. Tauran.

(86) Peut-être la Cour de cassation a-t-elle été plutôt inspirée par les arrêts du juge européen prohibant, sur le fondement de la prééminence du droit et de la notion de procès équitable, toute ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige (CEDH, 28 oct. 1999, req. n°s 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et a. c/ France*, § 57 ; Rec. CEDH 1999, VII ; RTD civ. 2000, p. 436, note J.-P. Marguénaud ; JCP G 2000, I, 202, note F. Sudre. – CEDH, 9 déc. 1994, req. n° 13427/87, *Raffineries grecques Stran c/ Grèce*, § 49 ; AJDA 1995, p. 124, chron. J.-F. Flauss ; RTD civ. 1995, p. 652, note F. Zenati ; RTD civ.

commettre une telle confusion, il faut en conclure qu'elle attribue au principe d'égalité des armes un sens nouveau. Parallèlement au développement des garanties procédurales, elle dégage une conception « substantielle » du procès équitable, supposant la négation du lien de subordination entre les parties. Le pouvoir disciplinaire est « décapité »⁽⁸⁷⁾ le temps du procès. Le pouvoir de direction n'est pas à l'abri de la même sanction s'il impose au salarié « les conditions de règlement du procès qui les oppose ». La solution apparaît excessive ; le juge ne se donne plus la peine de sonder l'intention du législateur lorsqu'il retient une nullité virtuelle. Plus encore, il détruit ce que les théories institutionnelles et contractuelles ont bâti pour expliquer et maintenir le lien de subordination entre employeur et salarié. Plus pertinente aurait été l'invocation du droit d'agir en justice par laquelle le juge aurait pu vérifier si le licenciement décidé par l'employeur constituait une mesure de rétorsion à l'égard du salarié. Dans l'affirmative, le licenciement doit être annulé, rien n'empêchant au demeurant le juge d'apprécier sévèrement, pour les rejeter, les preuves apportées par l'employeur indiquant que la mesure prise est étrangère à l'action en justice du salarié.

La virtualité de sens qu'admettent les libertés fondamentales s'attise lorsque le juge puise leur source dans les normes supranationales. Hier composantes de l'ordre public, elles sortent progressivement de son giron. Les risques inhérents à l'indétermination de la cause illicite du licenciement renaissent... et sont aggravés.

II. – Refoulement de la nullité

111. – Émerge, dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, sous influence des normes supranationales, la sanction consistant à « priver d'effet » l'acte juridique. Le juge l'invoque soit parce qu'il ne peut pas prononcer la nullité ou toute autre sanction (A), soit parce qu'il ne le veut pas (B).

A. – Contournement de la nullité

112. – Les normes européennes imposent parfois l'inefficacité de l'acte national qui y porte atteinte. Le juge national, lorsqu'il ne peut pas prononcer la nullité, tente de recourir à d'autres sanctions : l'exercice est tantôt subi, tantôt choisi.

113. – **Obstacle subi.** La contemplation du droit civil offre au juriste à la recherche de la sanction idoine d'un acte juridique une impression de sécurité. Il sait qu'il peut y puiser une riche palette de sanctions frappant le défaut de formation ou d'exécution de l'acte. L'application du droit supranational lui ôte quelques certitudes. Y contribue l'étude des exigences formulées par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de transfert d'entreprise. L'article 4, § 1, de la directive qui y est consacrée⁽⁸⁸⁾ exclut que celui-ci constitue,

1996, p. 1019, note J.-P. Marguénaud). La Cour de cassation décide, le 9 octobre 2013, que viole l'égalité des armes l'employeur qui utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose. La formule, proche de celle du juge européen, n'a pourtant rien à voir. L'exercice par l'employeur de son pouvoir disciplinaire, s'il peut constituer une mesure de rétorsion, n'affecte pas directement l'issue du procès.

(87) A. Bugada, *La neutralisation du pouvoir disciplinaire par l'égalité des armes* : JCP S 2013, 1456.

(88) Dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises

« en lui-même », un motif de licenciement. Les travailleurs dont le contrat de travail a pris fin à une date antérieure à celle du transfert, et en raison de celui-ci, « doivent être considérés comme toujours employés de l'entreprise à la date du transfert »⁽⁸⁹⁾. Les États sont invités à puiser dans le droit national la sanction permettant d'obtenir la solution prescrite : l'inefficacité du licenciement irrégulier. La Cour de cassation, interprétant l'article L. 1224-1 du Code du travail, décide que le licenciement prononcé à l'occasion du transfert est « privé d'effet »⁽⁹⁰⁾. Le salarié qui en est victime dispose d'une option. Il peut, à son choix, exiger d'être réintégré dans son emploi ou préférer la voie indemnitaire⁽⁹¹⁾. Cette dernière solution lui est refusée lorsque le cessionnaire l'informe, avant l'expiration du délai de préavis, de son intention de poursuivre le contrat, sans modification. Le Code civil ne mentionne pas la « privation d'effet » parmi les dispositions sanctionnant le défaut de formation d'un acte juridique. Le juriste retrouve pourtant dans le résultat qu'elle produit certains éléments propres au régime des nullités. Exprimer son choix de demander au repreneur la poursuite du contrat de travail revient pour le salarié à renoncer à invoquer la nullité ; exiger du salarié qu'il passe à son service revient, pour le cessionnaire, à se prévaloir de la nullité absolue du licenciement⁽⁹²⁾. L'exclusion de la nullité par le juge est justifiée : il ne peut pas la prononcer faute de texte la prévoyant ou en l'absence d'atteinte à une liberté fondamentale. Le « droit à l'emploi », entendu pour les besoins de la cause comme le droit du salarié à ne pas être licencié sans juste motif, n'appartient pas à cette dernière catégorie. Il n'est d'ailleurs même pas un droit subjectif que le justiciable est en droit d'invoquer devant une juridiction⁽⁹³⁾. Les nullités du licenciement prévues par le législateur interviennent dans les hypothèses où il a renforcé la stabilité du contrat de travail à d'autres fins que la seule protection de l'emploi⁽⁹⁴⁾, l'objec-

ou d'établissements (abrogeant la directive n° 77/187/CEE du 14 février 1977, elle-même modifiée par la directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998).

(89) CJCE, 15 juin 1988, aff. C-101/87, *Bork International e.a.*, pt 18 : *Rec. CJCE* 1988, I, p. 3057. – CJCE, 12 mars 1998, aff. C-319/94, *Jules Dethier Equipement c/ Dassys et Sovam*, pt 41 : *Rec. CJCE* 1998, I, p. 1061 ; *D.* 1998, p. 88.

(90) Cass. soc., 15 févr. 2006, n° 04-43.923, *M. H. c/ C* générale de sécurité et a.* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 67 ; *JCP S* 2006, 1583, note P. Morvan. – Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-41.842, *M. V. c/ Sté Plast'Lux* : *Bull. civ.* 2003, V, n° 86 ; *Dr. soc.* 2003, p. 474, rapp. P. Bailly ; *Dr. soc.* 2003, p. 482, obs. A. Mazeaud. – Cass. soc., 20 mars 2002, n° 00-41.651, *M. M. c/ SA Fina France* : *Bull. civ.* 2002, V, n° 82 ; *Dr. soc.* 2002, p. 516, obs. A. Mazeaud ; *JCP E* 2002, I, 1764, n° 3, note P. Morvan. – Cass. soc., 20 janv. 1998, n° 95-40.812, *M. G. c/ d'Abrigeon, mandataire liquidateur de la SA Pompes Maroger et Assédic* : *Bull. civ.* 1998, V, n° 16 ; *Dr. soc.* 1998, p. 297, obs. R. Vatinet ; *Dr. soc.* 1998, p. 1019, obs. M. Henry ; *JCP G* 1998, 564, rapp. Ph. Waquet.

(91) Lorsque celui qui l'a illégalement licencié est le cédant, seul ce dernier est responsable (le cessionnaire condamné pourra se retourner contre le cédant) ; lorsque les coauteurs sont le cédant et le cessionnaire (qui a refusé de reprendre le salarié), ils sont tous deux responsables (Cass. soc., 16 janv. 2001, n° 98-45.143, *Sté Paradis Thalassa c/ M. M.* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 6 ; *JCP G* 2001, 1429).

(92) Si la sanction de la nullité était retenue, elle permettrait d'expliquer que soit reconnu au cessionnaire le droit d'invoquer la violation de l'article L. 1224-1 du Code du travail, texte d'ordre public « absolu » (Cass. ch. mixte, 7 juill. 2006, n° 04-14.788, *M. P. c/ M. S.* : *Bull. civ.* 2006, ch. mixte, n° 5, p. 17 ; *RJS* 2006, n° 1029). La possibilité pour le cessionnaire d'imposer au salarié sa reprise résulterait de la résolution en sa faveur du conflit dans l'invocation de la nullité l'opposant au salarié. L'esprit du texte privilégiant la reprise de l'activité économique et des contrats, serait donnée préférence aux effets de la nullité invoquée par le cessionnaire plutôt qu'à ceux de la nullité invoquée par le salarié.

(93) A. Martinon, *La stabilité du contrat de travail*, thèse, ss dir. B. Teyssié, Dalloz, 2005, spéc n° 241, p. 208.

(94) À la règle une exception est posée. Les licenciements pour motif économique collectifs qui interviennent en l'absence de toute décision relative à la validation ou à l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi ou alors qu'une décision négative a été rendue sont nuls. En cas d'annulation prononcée en raison d'une absence ou d'une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi, la procédure de licenciement est nulle, ainsi que les licenciements qui en résultent (C. trav., art. L. 1235-10). Le législateur est libre de prononcer la nullité du licenciement pour sanctionner la violation

tif pouvant être la protection de la femme enceinte⁽⁹⁵⁾, celle du « droit à la santé »⁽⁹⁶⁾ ou des libertés fondamentales⁽⁹⁷⁾. Le juge ne peut pas retenir la nullité du licenciement, faute de liberté fondamentale violée au-delà de la seule perte injustifiée de son emploi par le salarié⁽⁹⁸⁾. Si le rejet de la nullité permet de ne pas la dévoyer pour atteindre le résultat européen fixé, la nature de la sanction consistant à priver d'effet le licenciement demeure incertaine. Selon un conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation⁽⁹⁹⁾, la privation d'effet constitue une nouvelle sanction autonome. En atteste la difficulté à la rattacher, sauf forçage, à toute autre sanction civile nommée. La privation d'effet ne s'apparente ni à la caducité ni à l'inopposabilité, ces dernières frappant d'inefficacité un acte juridique à l'origine correctement constitué, ce que n'est pas le licenciement prononcé en raison du transfert⁽¹⁰⁰⁾. Retenir l'inexistence est discutable en raison de son exclusion jurisprudentielle au profit de la nullité lorsque l'acte qui doit être frappé d'inefficacité possède une « apparence »⁽¹⁰¹⁾. Or, le licenciement, bien que non valable, n'en demeure pas moins matériellement formé et peut produire des conséquences indemnitaires avant sa remise en cause⁽¹⁰²⁾.

des règles qu'il estime impératives. Cette liberté ne donne pas au juge un pouvoir identique. La Cour de cassation le rappelle en censurant l'arrêt d'une cour d'appel qui avait décidé que la procédure de licenciement était nulle en considération de la cause économique de licenciement (Cass. soc., 3 mai 2012, n° 11-20.741, *Sté Viveo France c/ Comité d'entreprise de la Sté Viveo France* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 129 ; *JCP S* 2012, 1241, note F. Favennec-Héry).

(95) C. trav., art. L. 1225-4 et L. 1225-70.

(96) C. trav., art. L. 1226-9, L. 1226-14 et L. 1226-18.

(97) C. trav., art. L. 1132-1 (anc. art. L. 122-45) (non-discrimination). – C. trav., art. L. 1132-2 et L. 2511-1, al. 1^{er} et 3 (exercice du droit de grève). – C. trav., art. L. 1134-4 et L. 1144-3 (droit d'agir en justice). – C. trav., art. L. 1152-2 et s. (harcèlement moral). – C. trav., art. L. 1153-2 et s. (harcèlement sexuel).

(98) En ce sens, V. P. Bailly, *Licenciements et L. 122-12 : nullité ou inefficacité ? : Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1211, p. 7, spéc. p. 9, relevant « que tout licenciement prononcé hors des prévisions de la loi et, notamment, sans cause réelle et sérieuse, affecte le droit à l'emploi, sans pour autant que sa nullité soit encourue de ce seul fait. Sans doute, cette situation tient-elle en ce cas au choix que le législateur a fait de n'ouvrir au salarié qu'une action indemnitaire qui ne passe pas par la sanction de la nullité ». – Comp. B. Gauriau, *Le licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail : nul plutôt qu'inefficace* : *Dr. soc.* 2005, p. 852, spéc. p. 854, pour qui « l'atteinte au droit à l'emploi est une atteinte à un droit fondamental ». L'auteur ajoute que « quant à la réserve tirée des articles L. 122-14-4 et s. du Code du travail (aujourd'hui art. L. 1235-3, excluant la sanction de la nullité du licenciement sans cause réelle et sérieuse au profit de la voie indemnitaire), elle traduit une exception au principe de nullité et s'explique par le contexte de la loi du 13 juillet 1973 et la primauté donnée à l'époque à une logique indemnitaire sur une logique de pouvoirs ». (...) « C'est un choix politique que de refuser la nullité du licenciement illégitime et de lui préférer une sanction indemnitaire ».

(99) P. Bailly, *Licenciements et L. 122-12 : nullité ou inefficacité ?*, préc., spéc. p. 9.

(100) Il serait toutefois possible, à titre exceptionnel, de voir dans la privation d'effet des licenciements dits « de précaution » une application de la notion de caducité. Le liquidateur judiciaire a l'obligation de les prononcer dans les quinze jours du jugement. Or il arrive qu'une fois ces licenciements effectués, un nouvel employeur se présente et accepte, avec l'autorisation du juge-commissaire, de reprendre l'exploitation du fonds. Étant prononcés à l'occasion du transfert, les licenciements doivent être privés d'effet. Il s'agit pourtant de licenciements qui, par hypothèse, ne peuvent avoir été décidés en raison de la cession puisque, au moment où ils sont intervenus, cette cession n'était encore ni connue ni même envisagée (V. not. J. Mouly, *Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise. Pour dissiper quelques malentendus* : *Dr. soc.* 2007, p. 534, spéc. n° 33).

(101) Cass. 1^{re} civ., 5 mars 1991, n° 89-17.167, *SA Le Crédit général industriel c/ M. A. et a.*, non publié au bulletin ; *D.* 1993, p. 508, note L. Collet. – Cass. 3^e civ., 28 oct. 1992, n° 90-163.88, non publié au bulletin ; *RTD civ.* 1993, note J. Mestre. – Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 1993, n° 90-21.321, *Sté Alsa classement c/ Anger* : *Bull. civ.* 1993, I, n° 31 ; *RTD civ.* 1993, p. 843, note P.-Y. Gautier. – V. not. Ch. Larroumet, *Le contrat, 1^{re} partie, Conditions de formation*, Economica, 6^e éd. 2007, n° 532, p. 541.

(102) Le rattachement du licenciement privé d'effet à la théorie de l'inexistence a ses partisans (G. Pignarre, *Les licenciements privés d'effet en cas de transfert d'entreprise : la revanche du droit des contrats* : *D.* 2003, p. 14, spéc. n° 2, p. 15. – Y. Pagnerre, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse, ss dir. J.-M. Olivier, éd. Panthéon-Assas, 2012, n° 1135, p. 1163) et ses opposants (P. Bailly, *Licenciements et L. 122-12 : nullité ou inefficacité ? : Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1211, p. 7, spéc. p. 8. – J. Mouly, *Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise. Pour dissiper quelques malentendus*, préc., spéc. n° 44). Les critiques formulées au soutien de son rejet méritent d'être tempérées. La première se fonde sur la progressive substitution par le juge de la nullité à l'inexistence. Cette dernière conserve pourtant une

Le vide juridique n'existant pas, la privation d'effet accède mécaniquement au statut de nouvelle sanction civile nommée : « l'inefficacité ». Ce résultat demeure imparfait. Outre la confusion qu'il emporte entre la nature de la sanction et ses effets⁽¹⁰³⁾ (l'inefficacité entraîne... l'inefficacité), il charrie son lot d'insécurité propre à la création d'un nouveau régime. La critique doit pourtant être tempérée. L'inefficacité ne constitue pas une « non-qualification »⁽¹⁰⁴⁾. Elle est la marque d'un choix jurisprudentiel, le seul permettant le contournement de l'obstacle de la nullité face aux exigences européennes⁽¹⁰⁵⁾. Le juriste français est tenu d'admettre que les instruments traditionnels mis à sa disposition par le droit civil sont parfois insuffisants. Mais la situation demeure exceptionnelle et le juge national, en créant un nouvel outil, n'a pas déformé ceux que le juriste a appris à manier.

114. – Obstacle choisi. Les craintes du juriste réapparaissent lorsqu'il observe que le juge national peut se livrer, comme la Cour de justice de l'Union européenne, à l'identification des normes européennes dont la violation appelle l'inefficacité de l'acte national contraire à la norme supranationale. La voie est alors ouverte au délaissement des sanctions civiles classiques. Le contentieux de l'exécution des conventions individuelles de forfait en jours sur l'année en offre illustration. Celles-ci permettent la mise à l'écart de la durée légale hebdomadaire du travail⁽¹⁰⁶⁾ au profit d'un plafond de jours travaillés sur l'année⁽¹⁰⁷⁾, sous réserve que soient observées les durées minimales de repos quotidien et hebdomadaire⁽¹⁰⁸⁾. Leur caractère dérogoratoire impose que l'employeur respecte les modalités de décompte et de

utilité. L'inexistence a originellement été inventée par le juge pour contourner l'impossibilité de prononcer la nullité dans des hypothèses où, après avoir sondé l'intention du législateur, il était acquis que celui-ci ne voulait pas donner efficacité à l'acte. Le développement des cas de nullité virtuelle a rendu moins utile le recours à l'inexistence : à l'obscurité de son régime est préférable la certitude des solutions qu'apporte la nullité. Encore faut-il que cette dernière puisse être prononcée. Puisque tel n'est pas le cas s'agissant du licenciement intervenu en raison du transfert et puisque les législateurs national et européen commandent l'inefficacité de l'acte, l'inexistence remplit son rôle de succédané de la nullité en privant d'effet le licenciement. L'inexistence n'est pas une « catégorie logique, mais une catégorie pratique » (G. Durry, *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit français*, in *Trav. Assoc. H. Capitant*, t. XIV, *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Dalloz, 1965, p. 611, spéc. p. 628). Elle trouve en droit du travail, en raison de la faible place laissée aux nullités textuelles et virtuelles, un terrain d'accueil favorable. La seconde critique fait état de l'incertitude de la notion d'inexistence. Or, le même argument doit modérer l'engouement manifesté pour le rejet de l'inexistence au profit d'une nouvelle sanction autonome, « l'inefficacité », dont le régime juridique demeure incertain. – Sur la notion d'inexistence, V. not. O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, thèse, ss dir. P. Ancel, PUAM, 2001, nos 47 et s., p. 53 et s. et nos 92 et s., p. 78 et s. – H. Adida-Canac, *Actualité de l'inexistence des actes juridiques*, in Cour de cassation, Rapport annuel 2004, *La vérité*, Doc. fr., p. 119.

(103) L'inefficacité est présente, classiquement, comme la sanction frappant l'acte juridique auquel fait défaut une condition nécessaire à sa validité (J. Carbonnier, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^e éd. 1998, n° 104, p. 195. – M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, 1^{re} partie, par P. Esmein, LGDJ, 2^e éd. 1952, n° 280). Désignant l'inaptitude de l'acte à produire un quelconque effet, elle n'était pas – avant que la Cour de cassation en ait décidé autrement – une sanction autonome.

(104) B. Gauriau, *Le licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail : nul plutôt qu'inefficace* : Dr. soc. 2005, p. 852, spéc. p. 853. – Rapp. J. Mouly, *Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise. Pour dissiper quelques malentendus*, préc., spéc. n° 43.

(105) Dans l'arrêt du 15 février 2006 (n° 04-43.923, préc.), la Cour de cassation, pour décider que le licenciement prononcé à l'occasion du transfert d'entreprise est privé d'effet, place sa solution sous le visa de l'article L. 1224-1 du Code du travail interprété au regard de la directive européenne. La Cour de cassation pourrait enrichir cette référence et viser la directive « selon l'interprétation qu'en fait la Cour de justice de l'Union européenne », pour signifier que, cette dernière imposant l'inefficacité du licenciement, la décision du juge d'inventer une nouvelle sanction résulte d'une exigence européenne.

(106) C. trav., art. L. 3121-48, 1°.

(107) C. trav., art. L. 3121-44.

(108) C. trav., art. L. 3121-45.

contrôle du temps de travail prévues par la loi⁽¹⁰⁹⁾ et par l'accord collectif servant de base aux conventions individuelles⁽¹¹⁰⁾. En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution par l'employeur de ses obligations, la Cour de cassation décide, dans un arrêt du 29 juin 2011⁽¹¹¹⁾, guidée par les exigences constitutionnelles et européennes de protection de la santé et de la sécurité des salariés, que la convention de forfait est « privée d'effet »⁽¹¹²⁾. L'inefficacité emportant l'application rétroactive des règles de droit commun, le salarié peut prétendre à un calcul de son temps en heures dans un cadre hebdomadaire et, sous réserve d'en rapporter la preuve, solliciter le paiement d'heures supplémentaires et l'attribution des repos compensateurs non pris⁽¹¹³⁾. Au plan pénal, la requalification en heures supplémentaires expose l'employeur au risque de poursuite pour travail dissimulé⁽¹¹⁴⁾ et aux sanctions du dépassement de la durée maximale hebdomadaire de travail⁽¹¹⁵⁾. La Cour de cassation, dans son rapport annuel⁽¹¹⁶⁾, affirme sa volonté de rompre avec sa jurisprudence antérieure, par laquelle elle sanctionnait l'inexécution de la convention de forfait par l'allocation de dommages-intérêts au profit du salarié sur le fondement de la responsabilité contractuelle⁽¹¹⁷⁾. Cette solution semblait pourtant conforme à l'orthodoxie juridique. La privation d'effet de l'acte juridique inexécuté rompt avec elle. L'inefficacité intervient traditionnellement pour sanctionner soit le défaut de formation d'un acte (essentiellement par la nullité), soit sa mauvaise exécution dans le cas particulier de la résolution du contrat ou de l'exception d'inexécution. La solution de la Cour de cassation ne s'inscrit dans aucun de ces schémas. La seule technique faisant écho aux normes de droit civil emprunte à la notion de cause dans l'exécution du contrat : l'exigence d'une contrepartie ne s'impose pas seulement lors de la formation du contrat, mais subsiste pendant toute sa durée⁽¹¹⁸⁾ ; la cause de l'engagement des parties à la convention de forfait (dérogation aux règles de la durée légale du travail) disparaît lorsque n'est pas fournie la contrepartie promise (contrôler la charge de travail du salarié). Il s'agit d'empêcher l'employeur de retirer à la convention

(109) C. trav., art. L. 3121-46.

(110) C. trav., art. L. 3121-39. *Adde* C. trav., art. L. 2323-29.

(111) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, X... c/ Sté Y... : *Bull. civ.* 2011, V, n° 191 ; *JCP S* 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé ; *JCP S* 2011, 1333, note M. Morand ; *RDT* 2011, p. 481, note M.-F. Mazars, S. Laulom et C. Dejours ; *RDT* 2011, p. 486, note E. Mazuyer.

(112) La cour a parfois recours à la sanction consistant à déclarer « illicite et inopposable au salarié la convention » (Cass. soc., 17 déc. 2014, n° 13-23.230, *Sté Fondasol c/ M. D.*, à paraître au bulletin ; *RJS* 3/2015, n° 191).

(113) C. trav., art. L. 3171-4 (*adde* Cass. soc., 24 nov. 2010, n° 09-40.928, *M. P. c/ Sté Résidence Les Serpolets* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 266 ; *RJS* 2/2011, n° 142). – Les juges du fond acceptent, en plus des rappels de salaire, d'allouer au salarié des dommages-intérêts pour non-respect des dispositions d'ordre public en matière d'amplitude journalière et de repos obligatoire si les seuils ne sont pas respectés, ainsi qu'en réparation du préjudice subi sur le fondement de l'article L. 3121-47 du Code du travail (CA Limoges, 4 juin 2012, n° 11/01230. – CA Aix-en-Provence, 30 avr. 2013, n° 2013/355).

(114) C. trav., art. L. 8224-1. – Cass. soc., 13 juin 2012, n° 11-10.929, *M. B. c/ Sté Médiapost* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 187 ; *JCP S* 2012, 1370, note M. Morand. – Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807 et 10-17.593, *M. M. c/ Sté Métaux Spéciaux (MSSA)* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 44 ; *JCP S* 2012, 1120, note M. Morand. – Cass. soc., 29 juin 2011, préc.

(115) C. trav., art. R. 3124-11.

(116) Cour de cassation, Rapport annuel 2011, Doc. fr., p. 417.

(117) Cass. soc., 13 janv. 2010, n° 08-43.201, *Sté Castorama France c/ M^{me} M.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 14 ; *RJS* 3/2010, n° 264 ; *JCP S* 2010, 1101, note F. Dumont.

(118) Selon un auteur, cette approche apparaît en filigrane dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation relative aux clauses de non-concurrence (L.-F. Pignarre, *Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influences* : *RDT* 2009, p. 151). Le juge considère que lorsque l'employeur ne verse pas la contrepartie financière contractuellement prévue, le salarié est libéré de son obligation de non-concurrence (Cass. soc., 25 févr. 2003, n° 00-46.263, *M. R. c/ Sté Molyslip* : *Bull. civ.* 2003, V, n° 65 ; *JCP G* 2003, II, 10104, note D. Corrigan-Carsin).

son utilité. Mais, outre que cette notion demeure controversée⁽¹¹⁹⁾, son invocation est vaine : la poursuite de la lecture du rapport annuel de la Cour de cassation révèle le fondement juridique véritable de sa solution. Selon elle, « le revirement de jurisprudence est justifié par la prise en compte, par la chambre sociale, du principe constitutionnel du droit à la santé et au repos du travailleur, principe également protégé par les textes européens cités, rappelés dans le visa et le chapeau de cet important arrêt de cassation »⁽¹²⁰⁾. Nulle règle civiliste n'offre soutien au propos. L'invocation du droit européen agit à la fois pour souligner l'inspiration et présenter la justification de la solution. Elle s'inscrit dans un syllogisme empreint d'autolégitimation de son pouvoir par le juge. La prise en compte des exigences européennes commande, selon le juge, l'inefficacité de la convention individuelle de forfait inexécutée. Or, aucune des techniques nationales mises à la disposition du juge ne lui permet d'obtenir ce résultat. Donc le juge n'a d'autre choix que d'inventer une nouvelle sanction : la privation d'effet. La portée de la démonstration réside dans la vigueur des termes de la majeure. Le juge national, endossant l'habit de juge de la conventionnalité, peut sélectionner les normes supranationales méritant de priver d'effet les actes nationaux qui les violent⁽¹²¹⁾. Le choix du juge de contourner l'absence de nullité (qu'il ne pouvait pas prononcer) par le biais de la privation d'effet est faussement contraint. L'obstacle est d'essence européenne mais d'origine interne : le juge national, non forcé par son homologue européen, s'est imposé, seul, le devoir de priver d'effet la convention de forfait inexécutée.

Bâtir une nouvelle sanction suppose d'en déterminer le régime juridique, donc de répondre à « trois catégories de questions : qui peut agir, quels sont les effets de l'action, quels facteurs peuvent faire obstacle à celle-ci »⁽¹²²⁾. Selon un conseiller référendaire à la Cour de cassation⁽¹²³⁾, la privation d'effet de la convention de forfait ne se confond pas, à l'instar de celle qui s'attache au licenciement décidé en raison du transfert d'entreprise, avec l'inexistence. Serait ainsi offerte au juge la possibilité de rendre inefficace la convention pour le seul temps durant lequel l'employeur

(119) L'existence de la cause s'apprécie, selon la majorité de la doctrine (V. not. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 1. *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. « Thémis droit », 3^e éd. 2012, p. 429 et p. 440. – J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd. 2014, n° 262, p. 271, et les réf. citées) et de manière traditionnelle dans la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. 3^e civ., 8 mai 1974, n° 73-10.820, *Vve F. c/ Dame V.* : *Bull. civ.* 1974, III, n° 188, p. 141 ; D. 1975, jurispr. p. 305, note Ch. Larroumet. – Cass. com., 8 févr. 2005, n° 03-10.749 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 21 ; D. 2005, p. 2836, note S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; RDC 2005, p. 684, note D. Mazeaud) au moment de la conclusion du contrat et non au cours de son exécution. Cause du contrat et intérêt à la poursuite du contrat ne se confondent pas : si ce dernier disparaît, c'est un autre régime juridique que celui de la cause qui prend le relais (comp. Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008, n° 07-17.646, *M^{me} S. c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2008, I, n° 241 ; JCP G 2009, II, 10000, note D. Houtcieff ; RDC 2008, p. 49, note D. Mazeaud, admettant que, pour les contrats à exécution successive, le maintien de la cause est non seulement une condition de validité, qui doit être appréciée au jour de leur conclusion, mais aussi une condition de leur pérennité, qui peut être vérifiée tout au long de leur exécution et dont la disparition entraîne la caducité du contrat).

(120) Cour de cassation, Rapport annuel 2011, Doc. fr., p. 417.

(121) Le juge, pour placer sa solution à l'abri de la critique, peut l'insérer dans un second syllogisme s'inscrivant dans la suite du précédent : le respect des normes supranationales peut imposer au juge de s'écarter des solutions nationales ; or, décider de priver d'effet la convention de forfait en raison de son inexécution assure le respect des normes supranationales ; donc le juge peut délaisser les solutions nationales en privant d'effet la convention de forfait sur le fondement de son défaut d'exécution.

(122) G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse, ss dir. B. Goldman, LGDJ, 1963, p. 312, n° 318.

(123) Ph. Florès, *Forfaits jours* : « La souplesse ne doit pas permettre de se désintéresser de la charge de travail réelle du salarié » : *Cah. soc.* 2013, p. 476, spéc. p. 478.

manque à ses obligations⁽¹²⁴⁾, ce que ne permet pas l'inexistence qui opère, comme la nullité, *ab initio*. Retenir cette dernière serait sévère : elle entraînerait la disparition rétroactive de la convention depuis sa signature alors que l'employeur a pu, un moment, respecter ses engagements⁽¹²⁵⁾. S'agissant de l'identification des titulaires de l'action en justice et des délais de prescription, les règles de droit commun doivent recevoir application⁽¹²⁶⁾.

B. – Exclusion de la nullité

115. – **Aujourd'hui.** Le contentieux relatif aux conventions de forfait réserve au juriste attaché au jeu des règles civilistes d'autres motifs d'inquiétude. La sanction du défaut de validité des conventions de forfait a fait l'objet de revirements de jurisprudence successifs : la Cour de cassation, après avoir retenu la nullité⁽¹²⁷⁾, l'a abandonnée en 2012⁽¹²⁸⁾ au profit de la privation d'effet, avant de revenir à sa solution d'origine depuis 2013⁽¹²⁹⁾. L'invocation de la privation d'effet laissait complexe. Elle emporte les mêmes effets que les techniques civilistes connues qui sanctionnent le défaut de validité d'un acte, que ce soit au moment de la formation du contrat (nullité)⁽¹³⁰⁾ ou postérieurement à celle-ci (caducité en cas de disparition

(124) V. not. D. Baugard, *Le sauvetage du forfait-jours : tour de force ou... de passe-passe ?*, obs. ss. Cass. soc., 29 juin 2011 : *Gaz. Pal.* 1^{er} sept. 2011, jurispr. p. 2895, n° 16923. – A. Fabre, *Le contentieux des forfaits jours. Essai d'ordonnancement* : *Cah. soc.* 2013, p. 479, spéc. p. 482.

(125) Le contentieux relatif à l'inexécution des conventions de forfait n'a pas, pour l'heure, été nourri de litiges permettant un découpage entre périodes de correcte et de mauvaise exécution. V. not. CA Lyon, 13 janv. 2012, n° 11/03547 (employeur n'ayant fait bénéficier le salarié d'aucun des entretiens annuels prévus, conformément à la convention collective, avec son supérieur hiérarchique au cours desquels auraient dû être évoquées l'organisation, la charge de travail et l'amplitude des journées d'activité). – CA Aix-en-Provence, 26 juin 2012, n° 11/05047 (employeur n'ayant pas mis en place le suivi semestriel de l'organisation du temps de travail). – CA Versailles, 6 déc. 2012, n° 10/03747 (employeur n'ayant ni informé le salarié des conditions de mise en œuvre du forfait ni procédé aux entretiens annuels prévus par la convention collective). – CA Paris, 10 janv. 2013, n° 09/06705 (employeur n'ayant pas organisé la réunion annuelle nécessaire au suivi de l'organisation du travail, sans que cette absence ait été suppléée par l'entretien annuel d'évaluation). – CA Aix-en-Provence, 27 juin 2013, n° 2013/443 (employeur n'ayant pas décompté la durée du travail du salarié chaque année par récapitulation du nombre de journées ou demi-journées travaillées dans un document de contrôle et n'ayant pas organisé d'entretien annuel individuel portant sur l'organisation du travail).

(126) Le droit d'agir en justice doit être réservé, conformément à l'article 31 du Code de procédure civile, aux personnes qui justifient d'un intérêt et d'une qualité pour agir. Devrait en pratique n'être concerné que le salarié. L'action portant sur l'exécution du contrat se prescrit par deux ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son droit, conformément à l'article L. 1471-1 du Code du travail. Quant à l'action en paiement ou en répétition du salaire, elle se prescrit par trois ans à compter du jour où celui qui l'exerce a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. La demande peut porter sur les sommes dues au titre des trois dernières années à compter de ce jour ou, lorsque le contrat de travail est rompu, sur les sommes dues au titre des trois années précédant la rupture du contrat (C. trav., art. L. 3245-1). Ainsi, si l'action en justice exercée par le salarié pour demander la privation d'effet de la convention de forfait se prescrit par deux ans, elle se prescrit par trois ans en ce qui concerne les seuls aspects relatifs aux salaires (requalification des temps en heures supplémentaires).

(127) Cass. soc., 13 déc. 2006, n° 05-14.685, *X c/ Sté Ey Law* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 382 ; *JCP S* 2007, 1217, note M. Del Sol ; *Dr. soc.* 2007, p. 359, obs. J. Barthélémy.

(128) Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807, *M. M. c/ Sté Métaux Spéciaux (MSSA)* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 43 ; *JCP S* 2012, 1120, note M. Morand ; *D.* 2012, p. 901, note P. Lokiec et J. Porta ; *Dr. soc.* 2012, p. 536, obs. P.-H. Antonmattéi. – Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *M. R. c/ Sté Toupargel* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 250 ; *JCP S* 2012, 1461, note D. Blanc ; *JCP G* 2013, 279, note J.-F. Cesaro ; *D.* 2013, p. 1026, note P. Lokiec et J. Porta.

(129) Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.398, *Sté Lowendalmasai c/ M^{me} P. et a.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 117 ; *RDT* 2013, p. 493, note M. Véricel ; *JCP S* 2013, 1240, note M. Morand. – Cass. soc., 11 juin 2014, n° 11-20.985, *M. O. c/ Sté Eiffage TP* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 137 ; *RJS* 8-9/2014, n° 633. – Cass. soc., 13 nov. 2014, n° 13-14.206, *M. H. c/ Sté Chardon Tarrade Le Pleux*, à paraître au bulletin ; *RJS* 2/2015, n° 102. – Cass. soc., 4 févr. 2015, n° 13-20.891, *M. D. c/ Sté Lidl*, à paraître au bulletin ; *RJS* 4/2015, n° 258. – Cass. soc., 7 juill. 2015, n° 13-26.444, *M. L. c/ Sté Le Meurice SPA*, à paraître au bulletin ; *RJS* 10/2015, n° 645 ; *JCP S* 2015, 1364, note M. Morand.

(130) Ainsi du défaut d'accord collectif, d'entreprise ou de branche, prévoyant la conclusion de conventions individuelles de forfait et garantissant le respect de la santé et de la sécurité du salarié (C. trav., art. L. 3121-39 et L. 3121-45. – V. les arrêts précédemment cités). Ainsi encore du défaut de conclusion par écrit de la convention

non fautive d'un élément nécessaire à la validité de l'acte⁽¹³¹⁾ et résolution dans le cas inverse⁽¹³²⁾. Elle n'innove pas en fondant l'interdiction de la confirmation par le salarié, laquelle demeure acquise s'agissant de la nullité des conventions de forfait⁽¹³³⁾. Sauf à penser que la Cour de cassation utilise indistinctement les notions de privation d'effet et de nullité, ce qui paraîtrait curieux puisqu'elle a eu l'occasion d'ériger la première en sanction autonome pour lui conférer un régime propre, il faut se résoudre à convenir que le choix de la privation d'effet des conventions de forfait invalides résidait dans la mise à l'écart des règles relatives à la prescription. Elle emprunterait alors, sur ce point, le régime de l'inexistence⁽¹³⁴⁾. Convoquer les normes européennes pour déroger aux règles légales qui imposent le choix de la nullité et l'application des délais de prescription qui l'accompagnent est surprenant. Il importe de ne pas sacrifier l'orthodoxie et la sécurité juridique. Il est heureux que la Cour de cassation ait retrouvé ces valeurs en renouant avec la sanction de la nullité pour frapper d'inefficacité la convention de forfait à laquelle fait défaut, *ab initio*, un élément nécessaire à sa validité.

116. – Demain. Le juge ne s'arroge plus seulement dans le droit commun des contrats la maîtrise de la sanction⁽¹³⁵⁾. L'invocation de fondements supranationaux lui permet de s'en détourner lorsqu'aucune des sanctions proposées n'a sa préférence. La privation d'effet, invoquée pour sanctionner le défaut de forma-

individuelle avec le salarié (C. trav., art. L. 3121-40. – Cass. soc., 28 févr. 2012, n° 10-27.839, *Sté MCS routage façonnage* c/ M. R. : RJS 5/2012, n° 491. – Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-17.593, M. G. c/ *Sté Datafirst* : Bull. civ. 2012, V, n° 44 ; JCP S 2012, 1121, note M. Morand ; RDT 2012, p. 500, note S. Amalric. – Cass. soc., 26 mars 2008, n° 06-45.990, M. G. c/ *Sté Paindor Côte d'Azur* : Bull. civ. 2008, V, n° 71 ; JCP S 2008, 1375, note F. Dumont) ou encore de la non-appartenance du salarié aux catégories éligibles au forfait (C. trav., art. L. 3121-42 et L. 3121-43. – Cass. soc., 21 nov. 2012, n° 11-10.829, M. L. c/ *SCP société Laureau Jeannerot et a.* : Bull. civ. 2012, V, n° 303 ; JCP S 2013, 1069, note M. Morand. – Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-14.637, *Sté Linedata services leasing et crédit* c/ M. T. : Bull. civ. 2011, V, n° 250 ; JCP S 2011, 1462, note M. Morand. – Cass. soc., 31 oct. 2007, n° 06-43.876, *Sté Blue Green Villennes* c/ M. L. : Bull. civ. 2007, V, n° 180 ; JCP S 2008, 1004, note G. Vachet).

(131) Ainsi de la disparition de la convention collective de branche servant de base à la convention individuelle de forfait ou de sa modification dans un sens qui n'assure plus le respect de la santé et de la sécurité du salarié.

(132) Ainsi de la disparition de la convention collective d'entreprise servant de base à la convention individuelle de forfait ou de sa modification dans un sens qui n'assure plus le respect de la santé et de la sécurité du salarié, alors que la convention collective de branche demeure insuffisante sur ces points. Ainsi encore de la privation par l'employeur, au cours de la relation de travail, de l'autonomie du salarié dans l'organisation de son emploi du temps ou de l'obligation faite au cadre de suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel il est intégré.

(133) Que la nullité de la convention de forfait invalide soit qualifiée d'absolue ou de relative, elle interdit la confirmation. D'une part, la confirmation d'une nullité absolue est impossible. D'autre part, la confirmation d'une nullité relative, en principe possible, est prohibée « lorsqu'elle aboutit à ruiner le principe même de la protection légale, en rendant celle-ci illusoire » (J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd. 2014, n° 346, p. 360). Or, tel serait le résultat si le salarié renonçait à la protection des règles relatives au temps de travail garantissant sa santé et sa sécurité. Les conditions posées pour la validité de la convention individuelle de forfait en jours sur l'année ont pour but la protection du salarié qui s'y soumet. Le législateur, s'il a voulu protéger indirectement l'intérêt général, a entendu établir une règle qui sert directement les intérêts d'une personne (V. not. Y. Pagnier, *Rupture du contrat par annulation* : JCl. *Travail Traité*, Fasc. 172, n° 65). Assurant la défense d'un intérêt privé, la nullité devrait être, selon nous, de nature relative. Les termes de l'arrêt du 29 juin 2011 (préc.) autorisent cette analyse : la Cour de cassation considère que les règles relatives au temps de travail doivent bénéficier à chaque travailleur, en tant que *prescription minimale* nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé. Cette opinion n'est pas partagée (V. not. B. Boubli, *Forfaits en jours : conditions de validité et recours. Seconde partie : Semaine sociale Lamy* 2013, 1586, p. 7, spéc. p. 8).

(134) M. le Conseiller Boubli, commentant la jurisprudence privant d'effet la convention de forfait invalide, s'exprimait en ces termes : « La clause d'un accord collectif qui n'institue pas les garanties exigées par la jurisprudence, en application des principes auxquels elle se réfère, est inexistante. Si la "théorie" de l'inexistence est loin d'avoir notre faveur (...), il faut rappeler, tout de même, qu'elle est née du souci de faire échec à une prescription extinctive injuste » (*Forfaits en jours : conditions de validité et recours. Seconde partie, préc.*).

(135) P. Ancel, préface de la thèse d'O. Gout, *Le juge et l'annulation du contrat*, PUAM, 1999, p. 11.

tion ou d'exécution de l'acte juridique, joue pleinement son rôle de notion fonctionnelle dont le propre est « de voir ses effets mieux appréhendés que ses conditions de mise en œuvre »⁽¹³⁶⁾. Mais la recherche de l'efficacité de la sanction des normes nationales contraires aux normes supranationales ne doit pas donner au juge un prétexte pour repousser trop facilement le droit commun. Si la Cour de cassation a, aujourd'hui, corrigé son écart sur le terrain de la sanction de la validité des conventions de forfait, il révèle le caractère subversif de son pouvoir pour demain. La préservation des techniques nationales n'est pas incompatible avec la considération des exigences européennes. À leur équilibre, il appartient au juge de veiller.

117. – Conclusion de section. La norme inconventionnelle a, dans la majorité des cas, vocation à disparaître du paysage juridique français. Tant le régime de la disparition de la norme étatique que celui de la norme privée soulèvent des difficultés. Les règles sont en formation. Les pouvoirs publics et privés apprennent progressivement à les manier. Ils doivent, comme souvent, s'efforcer de ne pas abandonner le respect de l'orthodoxie juridique au profit de l'invocation sans limites de l'effet utile de la sanction. Des impératifs de sécurité juridique commandent ainsi parfois de ne pas écarter la règle inconventionnelle tout en réparant les conséquences que son application a causées. Forcer néanmoins son exclusion est alors souvent source d'erreurs juridiques. La contrariété de la loi aux normes supranationales n'implique pas nécessairement son exclusion du litige ; l'inconventionnalité de la décision de l'employeur n'impose pas toujours le prononcé de la nullité.

SECTION 2

Le sort de l'utilisateur de la norme française irrégulière

118. – L'employeur qui ne parvient pas à éviter sa responsabilité doit l'assumer (§ 1). Mais il peut vouloir la partager lorsque la norme qu'il a appliquée a été forgée par d'autres que lui (§ 2).

§ 1. – Un engagement de responsabilité ?

119. – La diffusion des normes supranationales dans les relations horizontales accroît les obligations que l'employeur doit respecter à l'égard de la communauté de travail. Éviter de porter atteinte aux droits des salariés est une gageure. Les règles de droit transitoire (I) et de droit probatoire (II) facilitent l'engagement de la responsabilité de l'employeur lorsqu'est en cause l'application du droit supranational.

(136) H. Adida-Canac, *Actualité de l'inexistence des actes juridiques*, in Cour de cassation, Rapport annuel 2004, *La vérité*, Doc. fr., p. 119, spéc. p. 132.

I. – Droit transitoire

120. – Deux adages classiques interdisent au particulier de prétendre ne pas connaître les règles de droit applicables pour échapper à sa responsabilité : il ne peut ni résister à la rétroactivité du revirement de jurisprudence ni se prévaloir de son ignorance de la loi. La fiction juridique qu'entretiennent ces énoncés est exaltée lorsque les normes supranationales sont concernées.

121. – **Nul n'a droit à une jurisprudence supranationale figée.** Un employeur est confronté aux doléances de deux salariés. Le premier, vendeur au contact de la clientèle, exige de pouvoir porter au-dessus de sa cravate une croix en pendentif. Le second, durant une période de congés payés, s'est rompu le ligament croisé antérieur en jouant au tennis et réclame la restitution des jours de repos dont il n'a pas pu profiter en raison de cet accident. Chacun d'eux présente à l'appui de sa demande un arrêt du juge européen (l'un émane de la Cour européenne des droits de l'homme⁽¹³⁷⁾, l'autre de la Cour de justice de l'Union européenne⁽¹³⁸⁾). Quelle réponse l'employeur doit-il apporter ? L'interrogation révèle un doute sur l'applicabilité de la jurisprudence supranationale. Cette méfiance n'existe plus lorsqu'elle a une origine interne. L'employeur sait qu'il ne peut pas se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée⁽¹³⁹⁾ : la rétroactivité inhérente à la jurisprudence couplée à son rayonnement au-delà du litige soumet l'employeur au respect de la solution dégagée par le juge dans des cas similaires au sien⁽¹⁴⁰⁾. La jurisprudence européenne jouit pourtant des mêmes qualités : l'interprétation jurisprudentielle fait corps avec le texte interprété et saisi en pratique – sinon en droit – les situations identiques : de la même manière que les juges du fond respectent la solution de la Cour de cassation sous peine de censure, les juges nationaux intègrent la jurisprudence européenne sous la menace de la condamnation de l'État. Comment saisir la différence de réaction des employeurs selon l'origine de la jurisprudence ?

La première raison est de nature extrajuridique. Deux arguments la nourrissent. Est d'abord en cause un manque d'habitude de l'employeur dans le maniement de

(137) CEDH, 15 janv. 2013, req. n°s 48420/10 et s., *Eweida et a. c/ Royaume-Uni* : *Rec. CEDH* 2013, I ; *RJS* 05/2013, p. 285, note A. Gardin ; *JCP G* 2013, 180, note K. Blay-Grabarczyk.

(138) CJUE, 21 juin 2012, aff. C-78/11, *ANGED* : *Rec. CJUE* 2012 ; *Europe* 2012, comm. 341, note L. Driguez. – *CJCE*, 10 sept. 2009, aff. C-277/08, *Pérèda c/ Madrid Movilidad SA* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 8405 ; *JCP S* 2009, 1492, note E. Jeansen ; *RDT* 2009, p. 725, note M. Véricel ; *RTDE* 2010, p. 673, note S. Robin-Olivier.

(139) Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n°s 07-14.932 et 08-16.914, *M. M. c/ M^{me} S.* : *Bull. civ.* 2009, I, n° 124 ; *D.* 2009, p. 2064, note C. Creton et p. 2567, note N. Molfessis ; *JCP G* 2009, 237, note X. Lagarde ; *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 240, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2009, p. 495, note P. Deumier. – Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001, n° 00-14.564, *M. C. c/ M. C.* : *Bull. civ.* 2001, I, n° 249, p. 157 ; *D.* 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos ; *JCP G* 2000, II, 10045, note O. Cachard ; *Contrats, conc. consom.* 2002, comm. 22, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2002, p. 176, note R. Libchaber). – *Adde* CEDH, 18 déc. 2008, req. n° 20153/04, *Unedic c/ France*, § 74 : *JCP G* 2009, 143, note F. Sudre, décidant que « les exigences de la sécurité juridique et de protection de la confiance légitime des justiciables ne consacrent pas un droit acquis à une jurisprudence constante ».

(140) Ainsi l'employeur doit-il se soumettre à la solution par laquelle la Cour de cassation exige que la convention de forfait en jours soit prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent « la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires », sauf à risquer une condamnation (Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *X... c/ Sté Y...* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 191 ; *JCP S* 2011, 1333, note M. Morand). La formule est reprise dans les arrêts postérieurs (V. not. Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.398, *Sté Lowendalmasai c/ M^{me} P. et a.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 117 ; *RDT* 2013, p. 493, note M. Véricel ; *JCP S* 2013, 1240, note M. Morand. – Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, *M. R. c/ Sté Toupargel* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 250 ; *JCP S* 2012, 1461, note D. Blanc ; *JCP G* 2013, 279, note J.-F. Cesaro ; *D.* 2013, p. 1026, note P. Lokiec et J. Porta).

sources venues d'ailleurs. L'absence de réception de la solution européenne en droit national – par la loi ou la jurisprudence – a, pour l'heure, la force de l'argument rhétorique permettant à l'employeur d'expliquer au salarié qu'il l'ignorera. Sa vigueur s'étiolera avec l'écoulement du temps, par l'adhésion progressive du juge interne – et donc de l'employeur – à l'autorité de la jurisprudence européenne. Est ensuite en cause un excès de confiance accordé par l'employeur à son droit national, bien qu'il soit difficile de le lui reprocher entièrement. Cet excès s'amenuisera au fil de la remise en cause par le juge de la conventionnalité de l'assurance qu'a l'employeur de respecter la loi.

La seconde explication est de nature juridique. Elle réside dans la difficulté pour l'employeur de mesurer la capacité matérielle du juge national à appliquer la solution de ses homologues européens. L'employeur, pour anticiper la solution du juge, doit se livrer à la même analyse que lui. Elle réside dans l'identification de la nature de la norme supranationale ayant nourri la solution jurisprudentielle, si tant est que l'employeur ait préalablement identifié le sens que va conférer le juge national à la disposition supranationale. Si celle-ci est dotée de l'effet direct, elle permet à ce dernier d'imposer, *via* son invocabilité horizontale, son respect. Encore faut-il que soit identifiée une « jurisprudence » européenne suffisamment détachable des considérations factuelles ayant nourri la solution. La Cour européenne des droits de l'homme condamne, sur le fondement de l'article 9 de la Convention, le licenciement par une compagnie aérienne d'une salariée hôtesse de l'air refusant de cacher la croix qu'elle portait en pendentif⁽¹⁴¹⁾ : « Une société démocratique saine a besoin de tolérer et soutenir le pluralisme et la diversité mais aussi en raison de l'utilité que revêt pour quiconque fait de la religion un principe essentiel de sa vie la possibilité de communiquer cette conviction à autrui »⁽¹⁴²⁾ (le principe de solution est clair). Mais elle relève à l'appui de sa décision que si la poursuite d'une image commerciale par l'entreprise constitue un but « assurément légitime », les tribunaux internes lui ont donné « trop d'importance » ; en outre, l'employeur avait accepté dans le passé le port du voile, sans que cette pratique semble le déranger, ce qui révélait que l'« interdiction n'était pas d'une importance cruciale »⁽¹⁴³⁾ (les précisions réduisent la simplicité de l'énoncé antérieur)⁽¹⁴⁴⁾. Si, à l'inverse, la norme ayant nourri la solution du juge européen n'est pas d'effet direct (par exemple une directive européenne dans les relations horizontales), elle ne peut être opposée à l'employeur que par le biais du droit national interprété conformément à cette norme, sous réserve que l'exercice ne conduise pas à consacrer une obligation non transposée en droit interne⁽¹⁴⁵⁾. Une illustration peut être donnée. L'employeur, dès lors qu'il observe, d'une part, que la Cour de justice de l'Union européenne interdit de priver le salarié

(141) CEDH, 15 janv. 2013, req. n^{os} 48420/10 et s., *Eweida et a. c/ Royaume-Uni* : *Rec. CEDH* 2013, I ; *RJS* 05/2013, p. 285, note A. Gardin ; *JCP G* 2013, 180, note K. Blay-Grabarczyk.

(142) CEDH, 15 janv. 2013, préc., § 94.

(143) CEDH, 15 janv. 2013, préc., § 94.

(144) Le constat n'est pas condamnable. La proportionnalité implique par essence de confronter le principe, clair et fixe, à des restrictions, multiples et indéterminées.

(145) CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki e.a.*, pt 199 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 3071 ; *Europe* 2009, comm. 235, note L. Driguez. – CJCE, 4 juill. 2006, aff. C-212/04, *Adeneler e.a.*, pt 110 : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 6057 ; *Europe* 2006, comm. 276, note L. Driguez. – CJCE, 15 avr. 2008, aff. C-268/06, *Impact*, pt 100 : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 2483 ; *Europe* 2008, comm. 190, note L. Driguez. – CJCE, 26 févr. 1986, aff. C-152/84, *Marshall*, pt 48 : *Rec. CJCE* 1986, I, p. 723.

des jours de congés payés dont il n'a pas pu profiter du fait d'une maladie d'origine non professionnelle déclarée préalablement à la prise des congés⁽¹⁴⁶⁾ et, d'autre part, que les textes français autorisent la réception de cette solution par la mécanique de l'interprétation conforme, doit raisonnablement s'attendre à ce que le juge interne la lui oppose⁽¹⁴⁷⁾. Il sera condamné pour ne pas avoir appliqué cette solution dans le passé (alors qu'il l'ignorait) et pourra l'être s'il ne la respecte pas dans le futur. La connaissance de la frontière entre le permis (l'interprétation conforme) et l'interdit (l'interprétation *contra legem*) est essentielle à la fixation par l'employeur de son comportement. La démarcation demeure pourtant incertaine ; la Cour de justice de l'Union européenne⁽¹⁴⁸⁾ et la Cour de cassation⁽¹⁴⁹⁾ ont accepté, pour l'une de suggérer, pour l'autre de pratiquer, l'interprétation conforme alors que le texte national semblait la prohiber. Le manque de certitude nuit à la sécurité juridique. Obliger chaque employeur à contenir le risque par le respect automatique de chacune des solutions énoncées par les juges européens est irréaliste. Bâter clairement les limites de l'interprétation conforme est souhaitable⁽¹⁵⁰⁾.

122. – Nul n'est censé ignorer la loi supranationale. La rétroactivité inhérente à la jurisprudence n'est pas la seule fiction juridique qu'appréhende l'employeur. S'y ajoute l'impossibilité de se prévaloir de son ignorance de la loi pour échapper à son application⁽¹⁵¹⁾, même lorsqu'elle est d'origine supranationale. Le respect de la hiérarchie des normes l'oblige à connaître les sources européennes et internationales qui, d'effet direct, exigent leur respect en chassant le droit national contraire. La confiance dans celui-ci manifeste la sécurité juridique « subjective » à laquelle aspirent les particuliers ; mais l'hommage à celles-là est commandé par la sécurité juridique « objective » que réclame la réalisation de la primauté des sources supranationales⁽¹⁵²⁾. Le contentieux relatif au contrat « nouvelles embauches » manifeste cette opposition dans l'acceptation de la sécurité juridique. L'invocation de l'article 4 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement, texte d'effet direct⁽¹⁵³⁾, exigeant un « motif valable de licenciement », permet au juge d'écarter du litige dont il est saisi l'article 2 de l'ordonnance du 2 août 2005 instituant le contrat « nouvelles embauches », lequel excluait le respect d'une

(146) CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06, *Schultz-Hoff e.a.* et aff. C-520/06, *Stringer e.a.* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 179 ; *Europe* 2009, comm. 128, note L. Driguez.

(147) Ce que n'a pas manqué de faire la Cour de cassation : Cass. soc., 24 févr. 2009, n° 07-44.488, *Caisse Primaire d'Assurance Maladie de Creil c/ M^{me} K. et a.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 49 ; *JCP S* 2009, 1152, note E. Andréo ; *RDT* 2009, p. 241, note M. Véricel.

(148) CJUE, 22 nov. 2011, aff. C-214/10, *KHS* : *Rec. CJUE* 2011, I, p. 11757 ; *RJS* 2/2012, n° 201. – CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez*, pt 44 : *Rec. CJUE* 2012 ; *Europe* 2012, comm. 115, note D. Simon ; *JCP S* 2012, 1135, note E. Andréo et J. Misslin.

(149) La Cour de cassation a intégré à la liste – pourtant limitative – prévue à l'article L. 3141-5 du Code du travail des cas de périodes prises en compte pour le calcul des droits à congés l'accident de trajet en l'assimilant à l'accident de travail (Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 08-44.834, *M. D. c/ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 204 ; *RDT* 2012, p. 567, note M. Véricel). Le caractère *contra legem* de l'interprétation peut toutefois être discuté : *V. infra*, n° 173.

(150) Sur ce point, *V. infra*, nos 172 et s.

(151) Sur le sujet, *V. not. C. Puigelier, La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi », in C. Puigelier (ss dir.), La loi, Bilan et perspectives*, Economica, 2005, p. 309.

(152) Sur cette distinction entre sécurité « subjective » et « objective », *V. Th. Piazzon, La sécurité juridique*, thèse, ss dir. B. Beignier, Defrénois, 2009, n° 57 et s.

(153) Cass. soc., 29 mars 2006, n° 04-46.499, *Sté Euromedia télévision c/ Peter* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 131 ; *JCP S* 2006, 1427, note R. Vatinet, qui visait les articles 1, 2 et 11 de la convention n° 158.

cause réelle et sérieuse de licenciement durant les deux premières années de la relation contractuelle. Les règles de droit commun, issues de la loi du 13 juillet 1973, retrouvent application⁽¹⁵⁴⁾. La solution, énoncée par la Cour de cassation dans un arrêt du 1^{er} juillet 2008⁽¹⁵⁵⁾, a été reprise par les juges du fond saisis de contentieux similaires. Certains employeurs, pour contester que leur soit appliquée directement la convention n° 158 de l'OIT, ont tenté de se placer sur le terrain des conflits dans le temps des règles juridiques⁽¹⁵⁶⁾. L'idée n'est pas, à première vue, sans fondement : le juge applique aux employeurs une règle différente de celle qui régissait leur situation dans le passé. Mais la maladresse avec laquelle ils conduisent leur argumentation trahit l'inexactitude du choix du droit transitoire comme angle de contestation.

123. – Ne pouvait pas être invoquée la non-rétroactivité de la loi interdite à l'article 2 du Code civil, car « le droit en vigueur » n'a jamais évolué. La convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail, parée de l'effet direct, faisait partie de la légalité interne⁽¹⁵⁷⁾ au moment de la conclusion de l'acte juridique litigieux. L'employeur n'est pas censé ignorer la loi, même supranationale. Un conflit de lois dans le temps se présente lorsque deux règles ont vocation successive à régir une même situation⁽¹⁵⁸⁾. Tel n'était pas le cas. Le conflit de sources est d'ordre hiérarchique et non de nature temporelle. La Cour de cassation fait primer la hiérarchie des normes comme composante de la sécurité juridique objective sur l'atteinte à la sécurité juridique subjective ressentie par l'employeur en raison de sa « bonne foi » lorsqu'il respectait la loi nationale. Le salarié, directement bénéficiaire de droits à opposer à l'employeur, ne doit pas subir le manquement de l'État à ses obligations internationales⁽¹⁵⁹⁾. La solution repose sur la fiction juridique véhiculée par un adage. La perte de confiance progressive dans la loi qu'elle suscite dans l'esprit de l'employeur (invité à douter d'elle avant de la respecter) est néanmoins réelle.

124. – L'invocation de l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales condamnant l'atteinte à la sécurité juridique *via* la garantie du droit à un procès équitable était-elle pertinente ? Les employeurs reprochent aux juges du fond d'avoir appliqué « rétroactivement le revirement de jurisprudence » de 2008, permettant ainsi de remettre en cause des actes accomplis de bonne foi. L'argument est doublement erroné. D'abord n'était pas en cause un revirement de jurisprudence. La Cour de cassation n'a pas modifié

(154) C. trav., art. L. 1232-1 (anc. art. L. 122-14-3).

(155) Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, *Samzun c/ Linda de Wee* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 146 ; *JCP S* 2008, 1548, note F. Dumont ; *RDT* 2008, p. 504, avis J. Duplat ; *RJS* 10/2008, p. 775, rapp. J.-M. Béraud.

(156) Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-45.242, *SARL Sté d'exploitation Le Domaine de Valmont c/ M. R.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 297 ; *JCP S* 2011, 1130, note L. Sebillé.

(157) Le vocabulaire de la Cour de cassation en témoigne. Elle relève que « la bonne foi des contractants n'est pas de nature à faire échec à l'application des normes régissant **légalement** leurs relations » et « qu'en écartant l'article 2 de l'ordonnance du 2 août 2005 instituant le contrat nouvelles embauches comme contraire aux dispositions de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement adoptée à Genève le 22 juin 1982 et **entrée en vigueur** en France le 16 mars 1990, la cour d'appel n'a fait qu'appliquer exactement au litige **les normes en vigueur** et n'a dès lors pas méconnu le principe de sécurité juridique et l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde et des libertés fondamentales » (Cass. soc., 15 déc. 2010, préc.).

(158) R. Encinas de Munagorri, *Introduction générale au droit*, Flammarion, 3^e éd. 2011, p. 198.

(159) Sur la responsabilité de l'État, V. *infra*, n° 133.

son interprétation de la loi⁽¹⁶⁰⁾. Elle a décidé l'applicabilité directe de la convention n° 158 de l'OIT aux fins d'exclusion du droit national inconventionnel. Ensuite, même si un revirement de jurisprudence avait été identifié, il n'aurait pas porté atteinte à la sécurité juridique, sauf à compromettre l'accès au juge⁽¹⁶¹⁾, ce qui n'était pas ici le cas. L'employeur, pas plus que quiconque, n'a de droit acquis à une jurisprudence figée.

125. – Pouvait enfin être perçue dans l'argument des demandeurs l'inspiration qu'ils tiraient des règles du droit de l'Union européenne⁽¹⁶²⁾. Le pourvoi affirmait que « le principe général de sécurité juridique s'oppose à ce que la constatation, par le juge, de la non-conformité d'une loi interne à l'ordre international permette rétroactivement la remise en cause de relations contractuelles établies, exécutées et définitivement rompues de bonne foi ». Le grief évoque la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle l'interprétation d'une règle du droit de l'Union dans le cadre d'une question préjudicielle peut, à titre exceptionnel, ne pas s'appliquer depuis le moment de sa mise en vigueur. Cette exception, admissible en raison du principe général de sécurité juridique inhérent à « l'ordre juridique communautaire », est retenue « en tenant compte des troubles graves que l'arrêt rendu sur renvoi préjudiciel pourrait entraîner pour le passé dans les relations juridiques établies de bonne foi »⁽¹⁶³⁾. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi décidé de moduler dans le temps les effets de l'arrêt par lequel elle reconnaissait un effet direct à l'article 119 TCE (devenu l'article 157 TFUE), prohibant la discrimination salariale entre hommes et femmes, en raison du risque de déclenchement de nombreux recours susceptibles d'entraîner de lourdes conséquences financières pour nombre d'entreprises. La Cour exige alors la présence de « considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés »⁽¹⁶⁴⁾. Mais l'argument des plaideurs est écarté par la Cour de cassation : « la bonne foi des contractants n'est pas de nature à faire échec à l'application des normes régissant légalement leurs relations ». La sécurité juridique est écartée au profit des exigences de primauté.

II. – Droit probatoire

126. – Les règles probatoires issues de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telles que les interprète le juge européen, organisent la défense en justice d'un droit différemment de celle d'un intérêt. Or si

(160) Sur le sujet, V. not. J.-F. Casile, *Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé* : RRJ 2004, p. 639.

(161) CEDH, 26 mai 2011, req. n° 23228/08, *Legrand c/ France*, § 41 ; JCP G 2011, 730, note C. Picheral et 742, note A. Marais. – Rapp. CEDH, 18 déc. 2008, req. n° 20153/04, *Unedic c/ France*, § 78 ; JCP G 2009, 143, note F. Sudre, spéc. n° 9. – Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n° 08-16914, *M. M. c/ M. S.* et n° 07-14932, *M. M. c/ M^{me} S.* : *Bull. civ.* 2009, I, n° 124 ; JCP G 2009, 237, note X. Lagarde ; *Cah. Cons. const.* 2009, comm. 240, note L. Leveneur ; *RTD civ.* 2009, p. 495, note P. Deumier. – Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, *Sté La Provence c/ M^{me} D.* : *Bull. civ.* 2006, ass. plén., n° 15 ; JCP G 2007, II, 10040, note E. Dreyer ; *RTD civ.* 2007, p. 72, note P. Deumier et p. 168, note Ph. Théry.

(162) D. Baugard, *Le droit international et européen dans le processus : prévenir les risques d'inconventionnalité*, in G. Couturier et J.-F. Akandji-Kombé (ss dir.), *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi. Le passage de l'accord à la loi*, IRJS éd., 2013, p. 27, spéc. n° 20, p. 37.

(163) CJCE, 7 mars 1989, aff. C-61/79, *Denkavit Italiana Srl* : *Rec. CJCE* 1989, I, p. 1205.

(164) CJCE, 8 avr. 1976, aff. 43/75, *Defrenne* : *Rec. CJCE* 1976, I, p. 455.

l'employeur a certainement des intérêts privés à protéger, il ne tient de droits des normes supranationales qu'en nombre limité.

127. – Les intérêts privés de l'employeur. L'exercice de conciliation des intérêts (au sens large) de l'employeur et de ses salariés est, lorsque sont concernées des normes nationales, classique pour le juge interne, habitué à appliquer l'article L. 1121-1 du Code du travail. Seuls des intérêts privés doivent être mis en balance. Que le salarié tienne directement son droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'y change rien. Le juge national et le juge européen l'ont parfois oublié, appliquant aux relations privées les critères énoncés aux paragraphes seconds des articles 8 à 11 de la Convention pourtant formulés pour encadrer l'ingérence de l'État dans les droits des particuliers lors du contrôle qu'effectue la Cour européenne des droits de l'homme. La confusion expose le juge à retenir des solutions perverses. Elle peut d'abord conduire à refuser à l'employeur toute possibilité d'ingérence dans le droit des salariés. La solution repose sur un syllogisme défectueux : seule une autorité publique peut, conformément au paragraphe 2 desdits articles, commettre une ingérence dans le droit des particuliers ; or, un employeur privé n'est pas une autorité publique ; donc un employeur privé ne peut jamais restreindre le droit qu'un particulier lui oppose⁽¹⁶⁵⁾. Le principe de proportionnalité est écarté. Les droits fondamentaux, pourtant relatifs, deviendraient ainsi absolus dès qu'ils feraient l'objet d'une diffusion horizontale : nul employeur privé ne pourrait restreindre les droits qu'invoquent ses salariés sur le fondement du texte européen⁽¹⁶⁶⁾. Devenirait lettre morte l'article L. 1121-1 du Code du travail. Pareil résultat ne saurait être toléré. L'autre confusion consiste à autoriser l'employeur à restreindre les droits du salarié sur le fondement du paragraphe second en l'assimilant cette fois à une autorité publique⁽¹⁶⁷⁾. Or une personne privée ne saurait être placée dans la situation exorbitante de pouvoir limiter un droit fondamental d'une autre dans un but d'intérêt général. Cette solution doit, comme la précédente, être écartée.

Ces confusions demeurent marginales. La Cour de cassation⁽¹⁶⁸⁾ et la Cour européenne des droits de l'homme⁽¹⁶⁹⁾, confrontées à une mise en balance entre les

(165) V. not. J. Mouly et J.-P. Marguénaud, *Vie privée des salariés handicapés et information du comité d'entreprise : contresens sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* : D. 2005, p. 469, spéc. p. 470.

(166) La Cour de cassation a suivi cette logique dans l'arrêt *Comité d'établissement de Pierre Bénite* (Cass. 2^e civ., 10 juin 2004, n° 02-12.926 : *Bull. civ.* 2004, V, n° 292 ; D. 2005, p. 469, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly), à ceci près qu'il s'agissait d'apprécier l'ingérence d'un comité d'établissement dans les droits fondamentaux des salariés. Le comité d'établissement, entité privée, ne peut être destinataire des déclarations annuelles relatives à l'état de santé des salariés puisque cette action constitue une atteinte à leur vie privée à laquelle seule une autorité publique peut procéder.

(167) V. not. CEDH, 29 févr. 2000, req. n° 39293/98, *Fuentes Bobo c/ Espagne* : D. 2001, p. 574, spéc. p. 578, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud. – CEDH, 7 nov. 2002, req. n° 58341/00, *Madsen c/ Danemark* : D. 2005, p. 36, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud, relatif à la fourniture d'échantillons d'urine par l'équipage d'un ferry afin de détecter l'usage d'alcool ou de drogue.

(168) La Cour européenne des droits de l'homme impose aux juridictions internes, à l'occasion d'un contentieux né d'un licenciement, de « ménager un équilibre entre plusieurs intérêts privés » (CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne*, § 52 : *Rec. CEDH* 2010, V. – CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne*, § 69 : *Rec. CEDH* 2010, V. – CEDH, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02, *Siebenhaar c/ Allemagne*, § 47 ; D. 2011, p. 1637, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud).

(169) Bien que sa jurisprudence soit encore hésitante, la Cour européenne des droits de l'homme, de manière croissante, admet de contrôler les intérêts privés en tant que tels à l'aune de la proportionnalité privatisée. Si la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme demeure limitée au contrôle de la justification dans une société démocratique de l'atteinte portée par l'État aux intérêts des particuliers (impliquant la légitimité de l'objectif poursuivi

intérêts de l'employeur et du salarié utilisent la méthode de la proportionnalité « privatisée »⁽¹⁷⁰⁾, sans référence à l'intérêt général invoqué par l'un des particuliers. L'employeur a ainsi des intérêts privés. Le choix de la formule n'est pas anodin : elle s'oppose au bénéfice de « droits ».

128. – Les seuls intérêts privés de l'employeur. La vie dans l'entreprise suppose que soit présumée conforme à son intérêt la mise en œuvre par l'employeur de son pouvoir⁽¹⁷¹⁾. La diffusion horizontale de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales altère cette présomption. L'article L. 1121-1 du Code du travail en constitue le pivot : érigé traditionnellement en méthode de cantonnement du pouvoir de l'employeur, il autorise le juge à y déceler une règle d'organisation de la charge de la preuve peu favorable à celui-ci. La démonstration repose sur un syllogisme construit classiquement en trois temps. Lorsque le salarié invoque une atteinte de l'employeur à l'un de ses droits ou libertés, il appartient à ce dernier d'écarter sa responsabilité en apportant la preuve soit de l'absence d'atteinte, soit du caractère justifié de celle-ci en raison de la poursuite d'un intérêt légitime (par exemple l'intérêt de l'entreprise)⁽¹⁷²⁾ et du caractère proportionné de l'atteinte à la réalisation de cet intérêt. Or, il est difficile pour l'employeur de mettre en œuvre son pouvoir sans porter atteinte à l'un des droits que le salarié tient de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (quelle mesure n'affecte pas, de près ou de loin, la vie privée, familiale ou sociale du salarié ou son droit au respect des biens largement entendus ?). Donc le principe devient la démonstration par l'employeur de l'intérêt de l'entreprise au soutien de chacune de ses actions (ou presque). La vigueur du raisonnement repose sur la seconde prémisse. Le développement des champs couverts par les droits fondamentaux du travail la nourrit. L'observation mérite d'être tempérée : l'article L. 1121-1 du Code du travail, en exigeant la démonstration d'une atteinte légitime et proportionnée, n'implique pas formellement l'abandon de la présomption d'intérêt de l'entreprise ; la preuve ne concerne alors que le caractère proportionné de l'atteinte à la réalisation de l'intérêt. Déterminer la proportionnalité impose pourtant, en creux, de définir les contours de l'intérêt de l'entreprise puisqu'elle implique de révéler la « cohérence » entre la mesure adoptée et l'objectif recherché (l'intérêt de l'entreprise ne peut pas légitimer n'importe quelle action) ainsi que la « modération » dans le choix de cette mesure (l'intérêt de l'entreprise ne doit pouvoir être réali-

par l'atteinte et sa proportionnalité à la réalisation de cet objectif), il lui suffit pour respecter cette compétence d'affirmer que l'intérêt général contrôlé réside dans l'équilibre auquel parvient le juge interne dans la mise en balance des intérêts privés (CEDH, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02, *Siebenhaar c/ Allemagne*, § 47 : D. 2011, p. 1637, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud. – CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne*, § 52 : Rec. CEDH 2010, V. – CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne*, § 57 : Rec. CEDH 2010, V. – Sur le sujet, V. *infra*, n° 376.

(170) J. Mouly et J.-P. Marguénaud, *L'alcool et la drogue dans les épreuves de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité* : D. 2005, jurispr. p. 36.

(171) Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 03-42.018, *Fort Cros c/ M. S.* : Bull. civ. 2005, V, n° 64 ; Dr. soc. 2005, p. 634, obs. P. Bouaziz et I. Goulet ; JCP G 2005, II, 10076, note D. Corrigan-Carsin.

(172) Aux côtés de l'intérêt de l'entreprise, l'intérêt légitime prend souvent la forme du motif pris de la santé et de la sécurité des salariés. La Cour européenne des droits de l'homme le reconnaît. Elle décide que la restriction par l'employeur du port d'une croix montée sur une chaîne par une infirmière en milieu hospitalier est proportionnée au but légitime consistant à protéger l'hygiène et la sécurité ; sa fonction impose d'éviter que la chaîne ne s'accroche à un patient ou au matériel médical (CEDH, 15 janv. 2013, req. n°s 48420/10 et s., *Eweida et a. c/ Royaume-Uni* : Rec. CEDH 2013, I ; RJS 05/2013, p. 285, note A. Gardin ; JCP G 2013, 180, note K. Blay-Grabarczyk).

se par aucune mesure moins attentatoire aux droits du salarié)⁽¹⁷³⁾. L'influence des normes supranationales, en renversant la présomption d'intérêt de l'entreprise⁽¹⁷⁴⁾, conduit à admettre que le pouvoir de l'employeur est vraisemblablement offensant par nature. La décision entrepreneuriale est empreinte de doute : elle côtoie le scepticisme que l'employeur doit nourrir envers la loi (potentiellement non conforme aux normes supranationales) et le scepticisme quant à son caractère non attentatoire aux droits que les salariés tiennent de ces mêmes normes supranationales. La Cour européenne des droits de l'homme ne devrait pas oublier que « pour pouvoir prospérer, les relations de travail doivent se fonder sur la confiance entre les personnes »⁽¹⁷⁵⁾.

129. – Cette vision manichéenne des relations de travail est pourtant parfois nécessaire. Ainsi, en matière de non-discrimination, directe ou indirecte⁽¹⁷⁶⁾, le législateur national, d'abord sur les ordres du législateur européen s'agissant de la discrimination fondée sur le sexe⁽¹⁷⁷⁾, puis inspiré par lui pour l'ensemble des discriminations prohibées par le droit français⁽¹⁷⁸⁾, a allégé l'objet de la preuve que doit apporter le salarié. Il ne lui appartient pas de fournir la preuve de la discrimination mais celle des indices permettant de la présumer ; l'employeur doit à son tour, pour éviter une condamnation, apporter la preuve de l'absence de discrimination ou justifier la discrimination par un motif légitime⁽¹⁷⁹⁾. Cet aménagement de l'objet de la preuve (qui

(173) Le contrôle de proportionnalité s'impose individuellement (la décision de l'employeur restreint-elle de manière proportionnée le droit fondamental d'un salarié ? V. not. Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.036, *Sté Moreau incendies c/ M. D.* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 247 ; *RJS* 1/2012, n° 4, considérant que « l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail (...) n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen ») et collectivement (quel salarié subit une moindre atteinte à son droit fondamental par suite de la décision de l'employeur ?). Les juges prennent en compte l'âge du salarié (Cass. soc., 24 nov. 2004, n° 02-46.988, *SA Dépêche du Midi c/ M. T.*, non publié au bulletin), la situation familiale critique de ce dernier (Cass. soc., 18 mai 1999, n° 96-44.315, *Sté Legrand c/ M. R.* : *Bull. civ.* 1999, V, n° 219 ; *JCP E* 2000, p. 40, note C. Puigelier ; *Dr. soc.* 1999, p. 734, obs. B. Gauriau), telle que la charge d'un enfant handicapé (Cass. soc., 6 févr. 2011, n° 98-44.190, *Sté Abilis c/ M. D.* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 41 ; *RJS* 4/2001, n° 412) ou encore la présence d'un enfant en bas âge (Cass. soc., 19 mars 2003, n° 01-40.128, M. G. c/ *Sté Triangle service*, non publié au bulletin).

(174) Cass. soc., 14 oct. 2008, n° 07-40.523, *Mme M. c/ Sté Price Waterhouse Coopers Développement* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 192 ; *RJS* 12/2008, n° 1162, 2^e esp., décidant qu'« il appartient aux juges du fond [donc, à l'employeur] de rechercher [donc pour l'employeur de prouver] si la mise en œuvre d'une clause de mobilité ne porte pas atteinte au droit du salarié à une vie personnelle et familiale et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ». Il n'est pas certain que la Cour de cassation puisse continuer à décider, au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « la bonne foi contractuelle étant présumée, les juges n'ont pas à rechercher si la décision de l'employeur de modifier les conditions de travail d'un salarié est conforme à l'intérêt de l'entreprise [et] qu'il incombe au salarié de démontrer que cette décision a en réalité été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt, ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle » (Cass. soc., 23 févr. 2005, préc.).

(175) CEDH, 12 sept. 2011, req. n°s 28955/06, 28957/06, 28959/06 et 28964/06, *Palomo Sánchez et a. c/ Espagne*, § 76 : *Rec. CEDH* 2011, V ; *RJS* 2/2012, n° 205.

(176) C. trav., art. L. 1132-1.

(177) C. trav., art. L. 1144-1, issu de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, laquelle transpose le dispositif probatoire prévu par l'article 4, § 1, de la directive n° 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, aujourd'hui abrogée, avec effet au 15 août 2009, par la directive « refonte » n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, dont elle a repris la substance.

(178) C. trav., art. L. 1134-1, issu de l'article 6 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

(179) C. trav. art. L. 1133-1 : « L'article L. 1132-1 (prohibant les discriminations) ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée » ; sur cette question, V. not. V. Manigot, *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise. Réflexions sur un risque*, thèse, ss dir. B. Teysssié, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012, n°s 462 et s., p. 156.

n'est pas un renversement de sa charge)⁽¹⁸⁰⁾ est justifié par la difficulté pour le salarié d'accéder aux éléments permettant de prouver ses prétentions⁽¹⁸¹⁾. Le législateur français, séduit par le modèle probatoire proposé, l'a étendu au cas du harcèlement moral et sexuel⁽¹⁸²⁾.

130. – L'influence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales pourrait permettre de généraliser cette règle à tous les types d'atteinte aux droits des salariés. Pour décider qu'il n'appartient pas au salarié d'apporter la preuve de la violation de sa liberté d'action en justice par suite du licenciement décidé par l'employeur, mais seulement de présenter les indices laissant présumer cette violation, à charge pour l'employeur de fournir les éléments objectifs l'excluant, la Cour de cassation⁽¹⁸³⁾ réunit notamment dans son visa l'article L. 1121-1 du Code du travail, l'article 1315 du Code civil et l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽¹⁸⁴⁾. La combinaison des textes manifeste l'empreinte des normes supranationales sur les méthodes probatoires internes. La difficulté pour le salarié de prouver autrement que par certains indices l'atteinte injustifiée à son droit explique la solution en l'espèce adoptée. Pour autant, la Cour de cassation s'écarte des cas limitativement prévus par le législateur pour lesquels il organise un tel aménagement de la charge de la preuve. L'extension jurisprudentielle côtoie-t-elle la définition de l'arrêt de règlement ? Qu'importe la réponse puisque l'invocation de l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales légitime intrinsèquement la démarche de la Cour.

131. – Faute pour l'employeur de jouir de droits tirés de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽¹⁸⁵⁾, la méthode probatoire se déploie dans un sens unilatéral : c'est, sous l'angle de la preuve, nécessairement l'employeur qui porte atteinte aux droits du salarié, même si c'est celui-ci qui

(180) À défaut de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une discrimination, le salarié sera débouté de sa demande.

(181) La preuve de l'inégalité de traitement est, en revanche, régie par l'article 1315 du Code civil. Le juge allège toutefois l'objet de la preuve que doit apporter le salarié, sur le fondement de l'article 1353 du Code civil (autorisant le recours aux présomptions du fait de l'homme), pour favoriser la révélation de l'inégalité. La Cour de cassation décide que, dans un premier temps, le demandeur doit soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser la prétendue inégalité de traitement et que, dans un second temps, si cette première étape est franchie, il revient à l'employeur de démontrer que sa décision repose sur des justifications objectives (Cass. soc., 28 sept. 2004, n° 03-41.825, *Sté STAVS Transport de voyageurs c/ M. H.* : Bull. civ. 2004, V, n° 228 ; *RJS* 12/2004, n° 1287. – *Adde* Cass. soc., 12 juin 2013, n° 11-14.458, *M. D. c/ Sté Manpower France* : Bull. civ. 2013, V, n° 156 ; *JCP S* 2013, 1397, note V. Manigot).

(182) C. trav., art. L. 1154-1.

(183) Cass. soc., 6 févr. 2013, n°s 11-11.740 et 11-11.742 à 11-11.748, *M. K. et a. c/ SA société France Télécom et a.* : Bull. civ. 2013, V, n° 27 ; *Dr. soc.* 2013, p. 415, obs. J. Mouly ; *RDT* 2013, p. 630, note P. Adam ; *RDT* 2014, p. 58, note V. Orif ; *JCP S* 2013, 1385, note F. Bousez. L'analyse de la cour d'appel, pour avoir décidé que n'était pas rapportée la preuve du lien de causalité entre la rupture et l'action en requalification, est censurée pour inversion de la charge de la preuve.

(184) Comp. C. trav., art. L. 1134-4 et L. 1144-3 : « Est nul et de nul effet le licenciement d'un salarié faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle [ou du principe de non-discrimination] entre les femmes et les hommes lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et constitue en réalité une mesure prise par l'employeur en raison de cette action en justice ». – Cass. soc., 28 nov. 2000, n° 97-43.715, *M^{me} H. c/ Féd. nationale de la mutualité française* : Bull. civ. 2000, V, n° 395 ; *Dr. soc.* 2001, p. 315, obs. G. Couturier.

(185) Ni la Cour européenne des droits de l'homme ni le juge national n'ont reconnu (faute d'occasion offerte) à l'employeur la jouissance d'un droit substantiel (exclusion faite de l'article 6, § 1) issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (l'article 11 permettrait la reconnaissance du droit de *lock-out* et l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales permettrait la reconnaissance du droit de propriété de l'entreprise et, derrière lui, de la liberté d'entreprendre).

prend l'initiative de s'élever contre les intérêts de l'entreprise. Ce dernier, à la différence du premier, détient des droits. Donc ce dernier, à la différence du premier, n'a pas à justifier son comportement. Voilà un salarié qui réclame que l'employeur accomplisse une action pour promouvoir l'un de ses droits (par exemple un aménagement des horaires ou une mobilité géographique, motif pris du droit à la vie privée). Si l'employeur refuse, la Cour de cassation admet qu'il doit apporter la preuve du caractère justifié du refus et de la proportionnalité de l'atteinte portée aux droits du salarié au but légitimant le refus⁽¹⁸⁶⁾. La solution s'explique par la redéfinition des règles probatoires qu'opèrent les droits fondamentaux supranationaux ; la liberté d'entreprendre n'a pas la même valeur normative que les droits que le salarié tient des normes supranationales. Considérer qu'il revient à la partie au contrat de travail qui, la première, porte atteinte aux intérêts de l'autre de justifier son comportement, suppose que des droits d'égale valeur normative leur soient reconnus. La situation est rare, mais elle existe. Elle prend sa source dans le droit de l'Union européenne. La Cour de justice admet que l'exercice d'un droit par les salariés puisse les obliger à justifier de sa conciliation avec les droits de l'employeur. La grève, élevée au rang de droit fondamental, qui porte atteinte à l'exercice d'une liberté économique que l'entreprise tient du traité, comme la liberté d'établissement⁽¹⁸⁷⁾ ou de prestation de services⁽¹⁸⁸⁾, doit, pour être justifiée, être légitime et proportionnée à la réalisation du but qu'elle poursuit⁽¹⁸⁹⁾. La méthode n'est pas entièrement transposable devant le juge français : la reconnaissance de libertés économiques est exclue si le litige ne dépasse pas les frontières nationales.

Le déséquilibre entre les parties au contrat de travail dans l'obtention de certaines preuves justifie que soient aménagées plusieurs règles probatoires. Mais le déséquilibre entre les parties au contrat de travail ne justifie pas que l'aménagement devienne général. Les droits fondamentaux supranationaux l'imposent.

(186) Cass. soc., 24 janv. 2007, n° 05-40.639, *Negri c/ SA Omnium de gestion et de financement* : JCP S 2007, 1243, note S. Béal et A.-L. Dodet ; JCP G 2007, II, 10110, note J. Mouly. La salariée avait informé l'employeur qu'elle était contrainte, pour des raisons familiales impérieuses, d'installer son domicile dans une ville différente de celle où elle exerçait ses fonctions et avait exigé sans succès une mutation. La Cour de cassation sanctionne l'employeur qui ne rapporte pas les raisons objectives de son refus.

(187) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking Line (International Transport workers' Union)*, pts 44 à 46 : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 10779 ; JCP S 2008, 1086, note J. Cavallini ; RJS 3/2008, p. 182, chron. H. Tissandier.

(188) CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri*, pts 91 à 94 : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 11767 ; RTDE 2008, p. 47, note P. Rodière ; *Dr. soc.* 2008, p. 210, obs. P. Chaumette ; *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1335, p. 8, note S. Laulom ; RJS 3/2008, p. 179, chron. E. Lafuma ; RJS 07/2008, p. 601, chron. J.-Ph. Lhernould ; JSL 2008, n° 228, p. 4, note J.-Ph. Lhernould ; JCP S 2008, 1087, note J. Cavallini.

(189) Le professeur Dockès s'étonne que « dans ces arrêts le droit de grève est présenté comme un droit fondamental. Mais il est traité comme une restriction, comme une entorse à un droit fondamental » (E. Dockès, *L'Europe antisociale* : RDT 2009, p. 145, spéc. p. 149). Cet auteur semble proposer une hiérarchie parmi les droits et libertés fondamentaux selon laquelle les intérêts des salariés, intrinsèquement supérieurs à ceux de l'entreprise, ne devraient jamais avoir à s'excuser d'y porter atteinte. La reconnaissance à l'employeur de droits n'aurait donc rien changé par rapport à la situation dans laquelle ne lui en était accordé aucun. Cet auteur est rejoint par les professeurs Marguénaud et Mouly. Selon eux, « après avoir solennellement proclamé le droit fondamental des salariés à mener des actions collectives, la Cour en soumet l'exercice à des conditions qui en constituent, paradoxalement, la négation pure et simple. Normalement, en effet, le titulaire d'un droit n'a pas à se justifier pour en revendiquer l'exercice » (J.-P. Marguénaud et J. Mouly, *Les jurisprudences européennes et les droits d'action collective*, in L. Potvin-Solis [ss dir.], *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012, p. 131, spéc. p. 136). Un autre auteur remarque que « l'érection [dans l'arrêt *Laval*] du droit de mener des actions collectives au rang de droit fondamental semble avoir comme unique utilité sa mise en confrontation avec la libre prestation de services. Du reste, le caractère fondamental de ce droit n'a aucune incidence sur l'appréciation de la Cour de justice de l'Union européenne : il est traité comme une entrave à la libre prestation des services et, comme tout autre entrave, son exercice doit être justifié » (K. Chatziloua, *La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval* : RDT 2014, p. 160).

§ 2. – Un partage de responsabilité ?

132. – Exercer le pouvoir implique d'en assumer la responsabilité. Confronté à l'application des normes supranationales, l'employeur hérite de la seconde sans véritablement profiter du premier. Il est susceptible de partager sa responsabilité avec l'État (I) et avec les partenaires sociaux (II).

I. – Partage de la responsabilité avec l'État

133. – **Invention du garant.** La responsabilité de l'État du fait du droit national contraire aux normes supranationales poursuit un objectif simple : doit être réparé le préjudice dont souffrent les particuliers qui l'ont respecté. Plus complexe est l'identification de la victime de l'inconventionnalité.

Elle est, intuitivement, celle dont le respect du droit interne l'a privée du bénéfice des droits supranationaux. C'est dans ce schéma que la Cour de justice de l'Union européenne⁽¹⁹⁰⁾ et la Cour européenne des droits de l'homme⁽¹⁹¹⁾ envisagent la responsabilité de l'État et l'obligation qu'il a de réparer le préjudice subi par le justiciable. L'État est susceptible d'engager sa responsabilité, soit parce qu'a été adoptée une loi – ou un décret ou ordonnance – contraire à ses engagements internationaux⁽¹⁹²⁾ (ou a maintenu dans le paysage juridique une loi qu'une évolution des normes supranationales a rendue inconventionnelle)⁽¹⁹³⁾, soit parce que le juge a adopté une solution entachée d'une violation manifeste du droit de l'Union européenne ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers⁽¹⁹⁴⁾. Une distinction est ainsi opérée, s'agissant des décisions juridictionnelles, entre les normes supranationales. La solution ne crée pas pour autant une totale impunité des décisions inconventionnelles : la Cour européenne des droits de l'homme assimilant la juris-

(190) L'État est obligé de réparer les dommages causés aux justiciables par la violation du droit de l'Union européenne dès lors que celle-ci est suffisamment caractérisée (c'est-à-dire lorsqu'elle présente un « caractère manifeste ») et qu'il existe un lien de causalité entre la violation et le droit invoqué (CJCE, 19 nov. 1991, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Franco-vich*. – CJCE, 5 mars 1996, aff. C-46 et 48/93, *Brasserie du pêcheur et Factortame* : *Rec. CJCE* 1996, I, p. 1029 ; *RFDA* 1996, p. 583, note L. Dubouis. – CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Köbler* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 10239 ; *JCP A* 2003, 1943, note O. Dubos). La réparation est indépendante de l'effet direct reconnu à l'instrument juridique protégeant le droit violé, sans quoi ne pourrait pas être réparé le préjudice subi par le particulier du fait de la non-application, dans un litige horizontal, d'une directive contraire au droit national. La directive doit alors, au moins, être suffisamment précise et inconditionnelle pour révéler que les droits du particulier ont été violés.

(191) L'État dont la loi (au sens large) contraire à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou à ses protocoles a causé un préjudice aux justiciables est tenu de le réparer, sous réserve qu'il soit direct, personnel et certain (V. not. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11^e éd. 2012, n° 444, p. 831 et s., et les références jurisprudentielles citées). Aux termes de l'article 41 de la Convention, « si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ».

(192) CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, *Gardedieu* : *Rec. CE* 2007, p. 14 ; *JCP G* 2007, II, 10045, note M.-Ch. Rouault ; *Europe* 2007, étude 3, note D. Simon ; *D.* 2007, p. 1214, note G. Clamour ; *RFDA* 2007, p. 361, concl. L. Derepas. – CE, ass., 22 oct. 2010, n° 301572, *Bléitrach* : *JCP G* 2010, 1095, note Ch.-A. Dubreuil.

(193) TA Lille, 10 nov. 2009, req. n° 0702487, M. C. : *AJDA* 2010, p. 515, concl. Ch.-E. Minet.

(194) CE, 18 juin 2008, n° 295831, *Gestas* : *Rec. CE* 2008, p. 230 ; *RFDA* 2008, p. 755, concl. C. de Salins. – Cette solution constitue une dérogation à la jurisprudence *Darmont* selon laquelle en raison de l'autorité de la chose jugée, la responsabilité pour faute lourde du fait de la justice administrative ne peut pas être engagée si la faute résulte du contenu d'une décision devenue définitive (CE, ass., 29 déc. 1978, n° 96004, *Darmont* : *Rec. CE* 1978, p. 542 ; *AJDA* 1979, p. 45, note M. Lombard ; *D.* 1979, p. 155, note F. Moderne ; *D.* 1979, p. 278, note M. Vasseur ; *RDJ* 1979, p. 1742, note J.-M. Aubry). Cette dérogation est justifiée par le respect de la jurisprudence de la Cour de justice selon laquelle un particulier doit pouvoir obtenir devant une juridiction nationale réparation du préjudice causé par la violation du droit de l'Union du fait d'une décision d'une juridiction nationale statuant en dernier ressort (CJCE, 30 sept. 2003, *Köbler c/ Autriche*, préc.).

prudence à la loi pour vérifier les atteintes portées à la Convention, doit être réparé le préjudice subi par un particulier en raison de l'application d'une décision de justice contraire au texte européen, sous réserve que la Cour européenne des droits de l'homme soit saisie et condamne l'État.

La victime peut aussi prendre les traits du particulier condamné par le juge interne pour avoir respecté une loi nationale inconventionnelle⁽¹⁹⁵⁾. Cette situation résulte du déploiement volontaire des normes supranationales dans les relations horizontales que rien (au-delà des seuls règlements⁽¹⁹⁶⁾, traités, y compris la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁽¹⁹⁷⁾, décisions adressées aux particuliers⁽¹⁹⁸⁾, accords extérieurs conclus par l'Union⁽¹⁹⁹⁾ et principes généraux du droit de l'Union européenne⁽²⁰⁰⁾) n'obligeait le juge interne à opérer. Composant la légalité interne lorsqu'elles sont d'effet direct, ces normes interdisent à l'employeur d'échapper à leur application en s'abritant derrière l'écran de la loi d'origine nationale. Le régime du contrat « nouvelles embauches » ayant été jugé contraire à la convention n° 158 de l'OIT⁽²⁰¹⁾, les employeurs qui en avaient signé n'ont pas pu, dans leurs relations avec les salariés, invoquer leur confiance légitime dans la loi⁽²⁰²⁾ pour éviter la condamnation. Ils n'ont pu, qu'ensuite, se retourner contre l'État⁽²⁰³⁾.

(195) CE, ass., 8 févr. 2007, n° 279522, *Gardedieu*, préc.

(196) TFUE, art. 288.

(197) À cette Charte est reconnue la même valeur juridique que les traités (TUE, art. 6). – Pour produire un effet direct, les obligations des traités doivent être précises, claires, inconditionnelles et ne pas appeler de mesures complémentaires, de nature nationale ou européenne (CJCE, 5 févr. 1963, aff. C-26/62, *van Gend en Loos* : *Rec. CJCE* 1963, I, p. 3).

(198) V. not. J. Duthiel de la Rochère, *Introduction au droit de l'Union européenne*, Hachette supérieur, 6^e éd. 2010, p. 115.

(199) CJCE, 30 sept. 1987, aff. C-12/86, *Demirel* : *Rec. CJCE* 1987, I, p. 3719, décidant que les dispositions claires et suffisamment précises des accords extérieurs, créant des obligations inconditionnelles, peuvent être invoquées par les particuliers à leur bénéfice.

(200) CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, pt 74 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 9981 ; *Europe* 2006, comm. 18, note L. Idot ; *Dr. ouvrier* 2006, p. 521, obs. C. Vigneau. – CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Kücükdeveci*, pts 20 et 50 : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 365 ; *JCP S* 2010, 1082, note J. Cavallini.

(201) Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, *M. S. c/ M^{me} L.* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 146 ; *JCP S* 2008, 1548, note F. Dumont. – Cass. soc., 3 nov. 2010, n° 09-41.489, *M^{me} C. c/ Sté Stéphanie mariage*, non publié au bulletin. – Cass. soc., 15 déc. 2010, n° 08-45.242, *SARL Sté d'exploitation Le Domaine de Valmont c/ M. R.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 297 ; *JCP S* 2011, 1130, note L. Sebillé.

(202) Le contrat « nouvelles embauches » n'était pas le fruit d'une loi mais de l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 (devenu, avant son abrogation, l'article L. 1223-4 du Code du travail). Elle n'avait d'ailleurs pas fait l'objet d'une ratification expresse par le législateur. Le Tribunal des conflits, dans un arrêt du 19 mars 2007, décide que l'ordonnance a valeur législative en raison d'une ratification implicite résultant des « lois n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 et n° 2006-339 du 23 mars 2006, qui prévoient les mesures de financement de l'allocation forfaitaire allouée par ladite ordonnance aux travailleurs titulaires d'un contrat "nouvelles embauches" s'ils se trouvent privés d'emploi » : T. confl., 19 mars 2007, n° 3622, *Préfet de l'Essonne c/ Cour d'appel de Paris* : *AJDA* 2007, 1537, note M. Verpeaux.

Il faut remarquer sur ce point une évolution de la jurisprudence du Tribunal des conflits. Alors que, conformément à une solution ancienne (T. confl., 16 juin 1923, *Septfonds* : *Rec. CE* 1923, p. 498 ; *GAJA*, n° 40. – T. confl., 3 déc. 1979, *Fentrouci* : *Rec. CE* 1979, p. 579. – T. confl., 17 juin 1991, *Madhaoui* : *Rec. CE* 1991, p. 466), le juge judiciaire non répressif était incompétent pour se prononcer sur la légalité d'un acte administratif dont la validité était contestée par voie d'exception devant lui, à la seule exception des atteintes graves au droit de propriété ou à la liberté individuelle (T. confl., 30 oct. 1947, *Barinstein* : *Rec. CE* 1947, p. 511). Le Tribunal des conflits a récemment marqué un infléchissement de sa position. Il annule les arrêtés de conflit du préfet et retient la compétence du juge judiciaire saisi du litige au principal pour se prononcer lui-même, « le cas échéant après renvoi à la Cour de justice, sur un moyen tiré de la méconnaissance du droit de l'Union européenne ». Le tribunal réserve la solution au « cas particulier du droit de l'Union européenne » et l'écarte s'agissant du contrôle de conventionalité en général. En effet, les dispositions de l'article 55 de la Constitution « ne prescrivent ni n'impliquent aucune dérogation aux principes (...) régissant la répartition des compétences entre ces juridictions lorsqu'est en cause la légalité d'une disposition réglementaire, alors même que la contestation porterait sur la compatibilité d'une telle disposition avec les engagements internationaux » (T. confl., 17 oct. 2011, n° 3828 et 3829, *SCEA du Chêneau et a.* : *AJDA* 2012, p. 27, note M. Guyomar et X. Domino ; *Constitutions* 2012, p. 294, note A. Levade ; *RTDE* 2012, p. 135, note D. Riteleng ; *JCP G* 2011, 1423, note B. Plessix).

(203) TA Saint-Denis, 18 oct. 2010, n° 901373, *SCM Gervais Scemama* : *AJDA* 2011, p. 912, note S. Cazet. – TA Montpellier, 29 mars 2010, n° 09-02407.

L'employeur devient, comme l'État, destinataire d'obligations internationales et, à la place de l'État, garant auprès des salariés de l'application des droits qu'ils tiennent des normes supranationales. L'échange des rôles sacrifie la sécurité juridique. Est exigée de l'employeur une meilleure connaissance des normes supranationales que celle acquise par le législateur.

134. – Culpabilisation du garant. La responsabilité de l'État suppose que soit établie, selon les termes du juge administratif, « l'existence d'un lien de causalité suffisamment direct entre l'intervention de la loi et le préjudice invoqué »⁽²⁰⁴⁾. Est évitée toute référence à la faute de l'État⁽²⁰⁵⁾. Cette qualification est en revanche attribuée sans réserve au comportement de l'employeur qui a respecté la loi inconventionnelle : il engage sa responsabilité contractuelle à l'égard du salarié. Étudier le régime de la responsabilité de l'État à la lumière des règles applicables à la responsabilité civile en droit privé permet de mesurer la portée du partage des motifs de responsabilité. En droit civil, il est de tradition que la faute de la victime (ici l'employeur) diminue la part de la responsabilité de l'auteur du dommage⁽²⁰⁶⁾ (voire l'exclut lorsque ce dernier n'est pas fautif)⁽²⁰⁷⁾. La mise à l'écart de ce principe s'agissant de la responsabilité de l'État du fait des lois est compréhensible. Le retenir conduit à reprocher à l'employeur d'avoir refusé... de désobéir à la loi. L'argument est insoutenable sur le plan politique (mais pas sur le terrain contentieux puisque le gouvernement l'invoquait à l'encontre de l'employeur ayant signé un contrat « nouvelles embauches »)⁽²⁰⁸⁾. Il abolit la confiance du citoyen dans la loi, déjà dégradée par la reconnaissance croissante de l'effet direct horizontal. Si les juridictions administratives ont heureusement rejeté l'argument, la solution à laquelle elles parviennent ressemble davantage au mécanisme de la responsabilité sans faute de la victime. Selon une jurisprudence classique en droit civil, si le coauteur non fautif a indemnisé la victime, il peut se retourner pour le tout contre le coauteur fautif⁽²⁰⁹⁾. L'admission d'une responsabilité « de plein droit » de l'employeur ayant appliqué au salarié une loi inconventionnelle aurait le mérite de rendre compte plus nettement du rôle de garant dans lequel il est enfermé. Des raisons politiques resurgissent pour s'y opposer. La clarté n'est sans doute pas souhaitée. Elle peut susciter la défiance du particulier à qui est expliqué qu'il partage avec l'État la responsabilité d'assurer la réception des normes supranationales sans profiter de plus de pouvoirs. Est préférée une solution insidieuse : l'employeur est déclaré fautif tout en n'en n'assumant pas les conséquences au stade de la contribution à la dette dans la relation qui l'oppose à l'État. La faute noie son rôle de garant en créant chez lui un sentiment de culpabilité. La solution retenue par les juges administratifs semble, au final, être inspirée

(204) CE, ass., 8 févr. 2007, *Gardedieu*, préc.

(205) Sur le sujet, V. not. C. Broyelle, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, thèse, ss dir. Y. Gaudemet, LGDJ, 2003.

(206) V. not. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd. 2011, n° 178, p. 219.

(207) Cass. 2^e civ., 5 juin 1991, n° 90-12.117, *Caisse régionale d'assurances mutuelles agricoles du Puy-de-Dôme c/ Les Assurances générales de France (AGF) et a.* : *Bull. civ.* 1991, II, n° 175, p. 95. – Cass. 2^e civ., 31 janv. 1973, n° 71-13.961, *De Cintaz, Société Lilloise d'Assurances et de réassurances c/ Mutuelle Assurance Automobile des Instituteurs de France (MAAIF)* : *Bull. civ.* 1973, II, n° 38, p. 29.

(208) Le gouvernement faisait valoir que « la société requérante s'est volontairement placée dans une situation illégitime qui est l'unique cause du dommage qu'elle prétend avoir subi » (TA Saint-Denis, 18 oct. 2010, préc.).

(209) Cass. 2^e civ., 2 juill. 1969 : *Bull. civ.* 1969, II, n° 234. – Cass. 2^e civ., 11 juill. 1977, n° 75-15.669 : *Bull. civ.* 1977, II, n° 185, p. 130 ; D. 1978, p. 581, note E. Agostini.

par la règle interdisant à l'État d'opposer aux particuliers le non-accomplissement des obligations issues de textes supranationaux lorsqu'il est lui-même à l'origine de leur violation⁽²¹⁰⁾.

135. – Libération du garant. La loi interne contraire à une norme supranationale dénuée d'effet direct horizontal fait obstacle à l'application de cette dernière dans les relations entre particuliers. La situation préserve la sécurité juridique en offrant aux contractants la certitude que le droit interne qu'ils respectent leur sera appliqué par le juge. L'application des directives européennes, plus favorables que le droit national qui ne les transpose pas, relève du pouvoir de l'employeur et non de son devoir. Face au mutisme de la loi, il peut décider d'informer individuellement les salariés des modalités et des conséquences du transfert d'entreprise en l'absence de représentants du personnel⁽²¹¹⁾ ; il peut encore prendre en compte les périodes de maladie non professionnelle pour le calcul des droits à congés des salariés⁽²¹²⁾ ou intégrer certaines catégories de travailleurs dans le calcul des effectifs pour définir les obligations en matière de représentation du personnel alors pourtant qu'elles en sont exclues par la loi⁽²¹³⁾. À rebours, le salarié a un devoir d'obéissance à la loi nationale, même inconventionnelle⁽²¹⁴⁾. Il est invité à engager la responsabilité de l'État pour le préjudice que lui cause son application. L'employeur est libéré de son rôle de garant.

136. – Réinvention du garant. La libération peut n'être que partielle. La possibilité pour le juge de tordre la loi nationale en l'interprétant conformément aux normes supranationales prive l'employeur de la certitude que la loi qu'il applique aura, à l'occasion de contentieux, un sens toujours identique. Or, la torsion opérée peut être vigoureuse. Deux illustrations en donnent la mesure : 1) l'employeur qui signe une convention de forfait en jours doit, selon le juge, observer les « durées maximales de travail »⁽²¹⁵⁾, alors que le texte de loi le libère de respecter « la durée quotidienne maximale de travail » et les « durées hebdomadaires maximales de

(210) V. not. CJCE, 5 avr. 1979, aff. C-148/78, *Ratti* : *Rec. CJCE* 1979, I, p. 1629, décidant que « l'État membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par la directive, ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte » (CJCE, 5 avr. 1979, aff. C-148/78, *Ratti* : *Rec. CJCE* 1979, I, p. 1629).

(211) Est relevé le défaut de transposition de l'article 7, alinéa 6, de la directive n° 2001/23/CE (Cass. soc., 18 nov. 2009, n°s 08-43.397 et 08-43.398, *Sté Open Cascade c/ M. N.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 256 ; *RJS* 2/2010, n° 156 ; *JCP S* 2009, 1047, note P. Morvan ; *D.* 2010, 1266, note P. Rémy et H. Tissandier. – Cass. soc., 17 déc. 2013, n° 12-13.503, *M. H. c/ Sté Mayon ès qual.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 307 ; *RJS* 3/2014, n° 197 ; *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 346, p. 5, obs. J.-Ph. Lhernould ; *JCP S* 2014, 1151, note P. Morvan).

(212) Est relevé le défaut de transposition de l'article 7, § 1 de la directive n° 2003/88/CE selon l'interprétation qu'en fait la Cour de justice de l'Union européenne (Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, *Jiyar c/ Lanteri* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 73 ; *RDT* 2013, p. 341, note M. Véricel. – *Adde* CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez* : *Rec. CJUE* janv. 2012 ; *RJS* 4/2012, n° 399 ; *Europe* 2012, comm. 115, note D. Simon ; *JCP S* 2012, 1135, note E. Andréo et J. Misslin).

(213) Est relevé le défaut de transposition de l'article 3, § 1 de la directive n° 2002/14/CE selon l'interprétation qu'en donne la Cour de justice (CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Assoc. de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT et a.* : *Rec. CJUE* 2014 ; *JCP S* 2014, act. 35 ; *D. actualité* 21 févr. 2014, obs. B. Inès ; *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 345, note J.-Ph. Lhernould. – *Adde* CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-385/05, *CGT et a.* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 611 ; *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1292, p. 5, note S. Laulom).

(214) Si le salarié, en cours d'exécution du contrat de travail, décide d'appliquer la norme supranationale illégale plutôt que la loi interne (par exemple en invoquant le mécanisme de l'exception d'inexécution), il risque une sanction disciplinaire dont le préjudice qu'elle crée ne peut être réparé par l'État, faute, pour ce dernier, de l'avoir causé directement.

(215) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *X... c/ Sté Y...* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 191 ; *JCP S* 2011, 1333, note M. Morand ; *RDT* 2011, p. 481, note M.-F. Mazars, S. Laulom et C. Dejours ; *RDT* 2011, p. 486, note E. Mazuyer.

travail »⁽²¹⁶⁾ ; 2) l'employeur doit, selon le juge, prendre en compte la période d'accident de trajet pour l'ouverture des droits à congés payés⁽²¹⁷⁾ alors que le texte de loi dresse une liste limitative sur laquelle cette période ne figure pas⁽²¹⁸⁾. La technique de l'interprétation conforme présente un vif intérêt. La jurisprudence permet la réception rapide de l'évolution des exigences supranationales. Elle participe, au fil de ses solutions, à tisser la toile formée par les décisions des juges européens. La loi, de formation plus lente, n'a pas cette qualité. Pourtant, en sanctionnant l'employeur pour ne pas avoir anticipé un développement normatif que le législateur lui-même n'avait pas prévu, le juge transfère, à nouveau, du second au premier la garantie du risque de l'évolution du droit supranational. Le transfert demeure cette fois complet : le droit national étant rétroactivement réputé conforme, l'employeur ne peut pas se retourner contre l'État pour obtenir réparation de son préjudice. Le partage des responsabilités est clairement assumé : seul le comportement de l'employeur est irrégulier.

II. – Partage de la responsabilité avec les partenaires sociaux

137. – L'employeur iconoclaste. En sollicitant davantage d'autonomie normative, les partenaires sociaux exaltent le risque que leur convention ou accord collectif enfreigne les normes supranationales, qu'elles soient d'applicabilité directe ou que, privées de cette qualité, la loi en véhicule la substance par la technique de l'interprétation conforme. Viole ainsi directement la convention n° 158 de l'OIT la convention collective qui prévoit une période d'essai d'un an, renouvellement inclus, en raison du caractère déraisonnable que constitue cette durée⁽²¹⁹⁾. Viole indirectement (mais certainement) la directive n° 2003/88, par le biais de l'atteinte à la loi interprétée à sa lumière, la convention collective dont les stipulations n'assurent pas au salarié soumis à une convention de forfait en jours la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires⁽²²⁰⁾. S'inscrit dans un schéma identique la convention collective qui octroie des avantages à certains salariés en violation de l'article L. 1132-1 du Code du travail interprété à la lumière de la directive n° 2000/78 relative au « principe d'égalité de traitement »⁽²²¹⁾. Ce dernier irrigue la négociation collective⁽²²²⁾. Comme pour

(216) C. trav., art. L. 3121-48, al. 2 et 3.

(217) Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 08-44.834, M. D. c/ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique : Bull. civ. 2012, V, n° 204 ; RDT 2012, p. 567, note M. Véricel.

(218) C. trav., art. L. 3141-5.

(219) Cass. soc., 26 mars 2013, n° 11-25.580, M. V. c/ Sté Cityjet Ltd : Bull. civ. 2013, V, n° 82 ; JCP S 2013, 1292, note J.-Ph. Tricoit. – Adde Cass. soc., 4 juin 2009, n° 08-41.359, M. R. c/ CRCAM de Paris et d'Ile-de-France : Bull. civ. 2009, V, n° 146 ; JCP S 2009, 1335, note J. Mouly ; LPA 10 mai 2010, n° 92, p. 12, note A. Gardin, censurant la disposition de la convention collective nationale du Crédit Agricole prévoyant une période de stage probatoire de douze mois applicable à certains salariés embauchés par contrat à durée indéterminée, cette période étant jugée déraisonnable, donc incompatible avec les exigences posées par l'article 2, § 2, b) de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement.

(220) Cass. soc., 31 janv. 2012, n° 10-19.807, M. M. c/ Sté Métaux Spéciaux (MSSA) : Bull. civ. 2012, V, n° 43 ; JCP S 2012, 1120, note M. Morand. – Cass. soc., 26 sept. 2012, n° 11-14.540, M. R. c/ Sté Toupargel : Bull. civ. 2012, V, n° 250 ; JCP S 2012, 1461, note D. Blanc ; D. 2012, p. 1026, note P. Lokiec et J. Porta ; JCP G 2013, 279, note J.-F. Cesaro. – Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.398, Sté Lowendalmasai c/ M^{me} P. et a. : Bull. civ. 2013, V, n° 117 ; JCP S 2013, 1240, note M. Morand.

(221) CJUE, 12 déc. 2013, aff. C-267/12, Hay : Rec. CJUE 2013.

(222) V. not. Cass. soc., 8 juin 2011, n° 10-14.725, Sté Novartis Pharma et Cass. soc., 8 juin 2011, n°s 10-11.933 et 10-13.663 : JCP S 2011, 1321, note J. Daniel. – V. not. Y. Pagnerre et E. Jeansen, *Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction* : JCP S 2012, 1338.

la loi, l'annulation ou la mise à l'écart d'une disposition d'une convention collective contraire aux normes supranationales engage la responsabilité de l'employeur qui l'a appliquée aux salariés sans l'avoir négociée. Il est sanctionné pour les errements des partenaires sociaux. Victime par ricochet, il doit pouvoir se retourner contre les signataires. L'ambition est iconoclaste : l'absence de contentieux ainsi que le faible intérêt que l'action en responsabilité dirigée contre les partenaires sociaux suscite en doctrine⁽²²³⁾ révèlent un tabou. De fait, une ère d'impunité de l'autonomie collective s'est imposée. Y mettre fin s'impose à double titre. D'abord, la condamnation des signataires d'une convention collective contraire aux exigences supranationales à réparer le préjudice qu'ils contribuent à créer assure le respect de la hiérarchie des normes. Ensuite, la censure croissante des conventions collectives sur le fondement des normes européennes et internationales invite l'employeur à réagir. Le droit offre les outils nécessaires à la construction du régime de la responsabilité des partenaires sociaux. Deux situations doivent être distinguées, selon que l'employeur est tiers (A) ou partie à la convention collective (B).

A. – L'employeur tiers fautif

138. – L'application d'une convention collective par l'employeur n'exige pas qu'il y soit partie. Nombreuses sont les règles issues des accords territoriaux, professionnels ou de branche que les employeurs, soumis à l'acte en raison d'une extension ou d'un élargissement ou d'une application volontaire⁽²²⁴⁾, observent en pensant que les partenaires sociaux ont eux-mêmes respecté les normes supérieures. Incapable de s'abriter derrière la loi inconventionnelle pour échapper à sa responsabilité contractuelle à l'égard du salarié, l'employeur ne peut pas davantage prétexter du respect de la convention collective à l'égard de laquelle il est un tiers. Désireux de partager sa responsabilité avec les signataires, son action emprunte le canal de l'article 1382 du Code civil. Sont classiquement requis une faute, un préjudice et un lien de causalité.

139. – Les deux premières conditions ne suscitent, *a priori*, guère d'embarras. La faute résulte de la violation par les partenaires sociaux des règles composant le droit positif. Le préjudice réside dans la condamnation de l'employeur à réparer le dommage qu'inflige au salarié l'application d'une disposition méconnaissant certains des droits qui lui sont reconnus.

140. – Plus délicate est la démonstration du lien de causalité, car elle suppose d'identifier le degré d'intervention de l'employeur dans la réalisation de son propre dommage. Deux théories sont traditionnellement proposées pour déterminer le rôle causal. L'étude de la théorie de la causalité adéquate précédera celle de l'équivalence des conditions.

(223) V. sur le sujet, Y. Pagnerre, *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs* : JCP S 2012, 1001.

(224) Les normes dont l'employeur fait application volontaire acquièrent un caractère obligatoire permettant aux salariés d'en exiger le respect (V. not. Cass. soc., 19 oct. 2005, n° 03-42.130, *SA Cardinal France c/ M. G.* : JCP S 2006, 1051, note J.-M. Olivier. – Cass. soc., 11 févr. 2009, n° 07-17.863, *Féd. des employés et cadres CGT-FO c/ Sté Téléperformance France* : JCP S 2009, 1256, note E. Jeansen).

141. – La théorie de la causalité adéquate sélectionne, parmi les différents événements, celui qui devait nécessairement entraîner le dommage⁽²²⁵⁾. Son application fonde des solutions posées et peu nuancées.

Peut en premier lieu être retenue la responsabilité des seuls signataires de la convention collective, à l'exclusion de celle de l'employeur. L'exercice commande de ne reprocher aucune faute à ce dernier. Il doit, à cette fin, être admis qu'imposer à l'employeur de purger l'illicéité des conventions collectives à l'égard desquelles il est un tiers constitue une obligation excessive. Ne peut pas lui être opposée son omission consistant à ne pas avoir négocié un accord d'entreprise qui aurait permis d'éviter la violation des droits des salariés. À titre d'illustration, l'article L. 3121-39 du Code du travail n'oblige pas l'employeur à négocier un accord d'entreprise dès lors qu'un accord de branche permet la conclusion de conventions individuelles de forfait⁽²²⁶⁾. La démonstration ne convainc pas. D'abord, elle confond deux données distinctes. Que l'employeur n'ait pas l'obligation procédurale de conclure un accord d'entreprise lorsqu'un accord de branche existe sur le thème en cause n'induit pas qu'il n'a pas l'obligation de veiller à la conformité du droit qu'il applique aux salariés. Ensuite, exclure toute faute de l'employeur ne correspond pas au droit positif qui retient sa responsabilité contractuelle à l'égard des salariés pour violation de normes supranationales.

Peut en second lieu être retenue, à l'opposé, la responsabilité du seul employeur, à l'exclusion de celle des signataires de la convention collective. Ce résultat suppose de reprocher au premier sa faute⁽²²⁷⁾ consistant à avoir violé les normes supranationales par son application des dispositions de la convention collective et de considérer que cette faute est la cause exclusive du dommage relevé. La démonstration s'appuie sur la théorie de la *causa proxima*, déclinaison de celle de la causalité adéquate. Elle conduit à retenir, parmi les événements qui ont rendu possible le dommage, uniquement celui qui, fautif, en a été le plus proche dans le temps. Est responsable l'auteur qui a eu la dernière chance d'éviter le dommage. Or l'employeur, censé ne pas ignorer les lois, même supranationales, aurait pu (et dû) résister à l'application de la convention collective qui les viole, en concluant un accord d'entreprise valable ou en laissant de sa propre autorité inappliquées les dispositions irrégulières⁽²²⁸⁾. Une curiosité peut être relevée : lorsque la disposition de la convention collective est irrégulière car formulant un avantage contraire à l'égalité de traitement, son *inapplication* conduit étrangement... à l'*application* de l'avantage

(225) V. not. Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 14^e éd. 2014, n° 1691, p. 639.

(226) Aux termes de ce texte, « la conclusion de conventions individuelles de forfait (...) est prévue par un accord collectif d'entreprise ou d'établissement ou, à défaut, par une convention ou un accord de branche ». La subsidiarité évoquée par l'expression « à défaut » est de nature hiérarchique et non procédurale.

(227) La faute de la victime n'est pas l'unique cause d'exonération totale de la responsabilité de l'auteur. Mais, pour produire ce résultat, l'intervention de la première dans la réalisation de son dommage, si elle n'est pas fautive, doit présenter les caractères de la force majeure (Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1973, n° 71-12.953 : *Bull. civ.* 1973, I, n° 41, p. 37 ; *JCP G* 1973, II, 17450, note B. Stark ; *RTD civ.* 1973, p. 576, note G. Durry). Or, l'application par l'employeur de la convention collective de branche illicite à laquelle il est soumis, même si un caractère fautif ne lui est pas reconnu, demeure prévisible par ses signataires.

(228) La mise à l'écart de la disposition irrégulière n'oblige pas l'employeur, lorsqu'il y est soumis en raison de son application volontaire, à dénoncer ladite disposition qui a alors valeur d'usage (sur la procédure, V. not. Cass. soc., 3 déc. 1996, n° 94-19.466, *Synd. CFDT de la métallurgie Orbec, Lisieux, Livarot c/ Sté Sameto-Technifil* : *Bull. civ.* 1996, V, n° 412 ; *TPS* 1997, comm. 53, note B. Teysié). Y procéder est néanmoins gage de sécurité pour le futur.

à tous⁽²²⁹⁾. Le choix de la théorie de la « cause la plus proche » conduit néanmoins à retenir des solutions injustes ; c'est souvent la victime elle-même qui aurait pu, la dernière, empêcher le préjudice. Les tribunaux fixent pour cette raison des conditions précises. Est exigée, en plus du caractère volontaire de l'action de la victime, sa conscience de se placer dans une situation dommageable dont elle était pourtant avertie⁽²³⁰⁾. Ce critère psychologique exclut la responsabilité exclusive de l'employeur en raison de sa croyance légitime au respect du droit positif par les signataires de la convention collective.

142. – La théorie de l'équivalence des conditions, mieux adaptée à la construction du régime de la responsabilité des partenaires sociaux du fait de leur convention collective, doit être préférée. Elle est plus séduisante. Conduisant à déclarer responsable tout auteur à l'égard duquel il peut être affirmé que, sans sa faute, le dommage ne se serait pas produit, la théorie de l'équivalence des conditions accroît la valeur morale de la faute comme principe de responsabilité⁽²³¹⁾. Elle répond à l'objectif de placer chaque auteur, employeur comme syndicats, face à ses responsabilités.

Elle est aussi plus pertinente. Elle s'applique en cas de succession de fautes⁽²³²⁾. Or, les syndicats ont certainement commis une faute en concluant une convention collective contraire aux normes supranationales. L'employeur, en appliquant celle-ci aux salariés a, à son tour, violé ces normes, contribuant à la création de son propre préjudice. Échapper à sa responsabilité suppose, positivement, qu'il purge les motifs illicites affectant la convention ou, négativement, qu'il résiste à son application⁽²³³⁾. L'employeur auquel est reproché son refus de respecter la convention collective à

(229) Cass. soc., 23 mai 2011, n° 09-42.666, *Assoc. mutuelle d'action sanitaire et sociale agricole du Gers (AMASSAG)* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 79 ; *JCP S* 2011, 1243, note J.-F. Cesaro. Le juge français transpose ainsi à l'égalité de traitement un régime appliqué par la Cour de justice à la discrimination (CJCE, 7 févr. 1991, aff. C-184/89, *Helga Nimz c/ Freie und Hansestadt Hamburg* : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 297). Cette solution est critiquable. Un auteur considère que « le principe d'égalité est neutre » et que « le juge peut aussi bien rétablir [l'égalité] en accordant l'avantage qu'en le supprimant » (J.-F. Cesaro, note ss. Cass. soc., 23 mars 2011 : *JCP S* 2011, 1243).

(230) En offre illustration la jurisprudence relative à la consommation de substances nocives comme le tabac. La victime ayant librement décidé d'ingérer les produits nuisibles ne peut ensuite se retourner contre leur fabricant, tout au moins si elle a été informée des dangers de ces produits et qu'elle a malgré tout persévéré dans leur consommation. V. not. Cass. 2^e civ., 20 nov. 2003, n° 01-17.977, *Cts X c/ Sté Seita SA devenue Altadis* : *Bull. civ.* 2003, II, n° 355, p. 289 ; *JCP G* 2004, I, 163, note G. Viney ; *D.* 2004, p. 653, note A. Bugada ; *D.* 2004, p. 1346, note D. Mazeaud. – *Adde* Cass. 1^{er} civ., 8 nov. 2007, n° 06-15.873 : *Bull. civ.* 2007, I, n° 350 ; *JCP G* 2008, I, 125, note Ph. Stoffel-Munck.

(231) V. not. J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd. 2011, n° 156, p. 191 et n° 160, p. 194.

(232) Cass. 2^e civ., 23 janv. 1975, n° 73-13.336, *Cts A. c/ Cts M.*, *C^e Générale d'assurances, CPAM Alpes-Maritimes* : *Bull. civ.* 1975, II, n° 26. – Cass. 2^e civ., 11 janv. 1979, n° 76-15.133, *M. L. c/ M. L.*, *épx Fabris, CPAM Sud-Finistère* : *Bull. civ.* 1979, II, n° 19.

(233) L'employeur, en refusant d'appliquer la disposition irrégulière de la convention collective, évite le préjudice qu'entraînerait, à défaut, sa condamnation par le juge. Mais cette inapplication ne constitue-t-elle pas un préjudice autonome ? L'engagement de la responsabilité civile suppose la démonstration par la victime de l'atteinte à un droit subjectif (sur l'obligation de respecter les droits subjectifs d'autrui, V. M. Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle – Traité de droit civil*, t. 5, Economica, 2^e éd. 2012, p. 139 et s. – Sur la notion de droit subjectif, V. J. Rochfeld, *Les droits subjectifs*, in *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 149 et s.). Se pose la question de savoir si l'employeur (et les salariés, s'ils voulaient agir) a été privé d'un droit à profiter de la disposition de la convention collective. La Cour de cassation répare la perte de chance des salariés de bénéficier d'un avantage en raison d'une carence du négociateur lorsqu'est rapportée la preuve d'une « éventualité favorable », conformément à la jurisprudence classique (Cass. 1^{er} civ., 4 juin 2007, n° 05-20.213, *Agent judiciaire du Trésor c/ M. E. et a.* : *Bull. civ.* 2007, I, n° 217 ; *JCP G* 2007, I, 185, note Ph. Stoffel-Munck : « seule constitue une perte de chance, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »). Sa reconnaissance est étroite : elle suppose que la négociation de l'avantage soit imposée. Tel est le cas en présence d'un accord-cadre garantissant l'existence d'une prime dont le montant doit être fixé dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire (Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-44.874, *Sté Transports Dubouil c/ M. B.*, non publié au

laquelle il est soumis peut invoquer l'exception de nullité⁽²³⁴⁾ de la clause litigieuse, voire l'exception d'illégalité de l'arrêté d'élargissement ou d'extension, pour échapper à sa responsabilité⁽²³⁵⁾. Son obligation de veiller au respect des normes supranationales est le résultat de la progression de leur part dans la composition de la légalité interne. L'employeur ne peut pas s'abriter derrière la confiance qu'il a dans l'œuvre des signataires pour échapper à l'application de la loi. La faute contractuelle de l'employeur peut lui être opposée par les auteurs de la convention collective comme fait juridique.

La théorie de l'équivalence des conditions est enfin plus mesurée. En retenant la faute de chacun des auteurs, elle permet de moduler leur responsabilité. Victime et fautif, l'employeur peut se retourner contre les auteurs de l'accord au titre de la contribution à la dette. Ces derniers peuvent, en miroir, opposer à l'employeur sa propre faute. Le partage des responsabilités, s'il relève de la liberté du juge, s'effectue traditionnellement en proportion de la gravité des fautes⁽²³⁶⁾. Deux situations peuvent être distinguées selon que l'application par l'employeur de la disposition conventionnelle irrégulière lui était imposée ou proposée. La première place l'employeur dans une position délicate : d'un côté il est sanctionné s'il ne respecte pas la convention collective à laquelle il est soumis⁽²³⁷⁾ ; de l'autre, il est sanctionné si son application viole les normes supranationales. Les avantages discriminatoires ou contraires à l'égalité de traitement prévus par certaines conventions collectives en offrent illustration. La seconde situation est moins inconfortable pour l'employeur car la décision d'appliquer la convention collective lui appartient. Rien (en droit seulement, car dans les faits il peut être difficile de repousser des mécanismes avantageux que d'autres entreprises n'hésitent pas à utiliser) ne l'oblige à conclure des conventions individuelles de forfait en jours ou à appliquer des périodes d'essai d'un

bulletin). Or, l'employeur (comme n'importe lequel de ses salariés) n'a pas un droit au produit de la négociation collective à laquelle il est tiers. Aucun préjudice, même en prenant la forme de la perte de chance, ne peut être réparé. Une autre voie permettrait l'indemnisation. La Cour de cassation décide que « la stipulation dans le contrat de travail d'une clause [de non-concurrence] nulle cause nécessairement un préjudice au salarié » (Cass. soc., 12 janv. 2011, n° 08-45.280, *M. S. c/ Sté Group 4 Sécuricor* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 15 ; *JCP S* 2011, 1042, note I. Beyneix). La solution, bien que rendue au visa de l'article 1147 du Code civil, se fonde aussi sur l'article L. 1121-1 du Code du travail, plus général. La solution retenue par la Cour de cassation à l'égard du contrat de travail pourrait être étendue, par analogie, à la convention collective, sans que la nature délictuelle des rapports entre la victime et l'auteur de la faute n'y fasse obstacle. Salariés, syndicats (pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession) et employeurs pourraient alors engager la responsabilité des signataires pour avoir adopté une disposition contraire aux normes supranationales, sans qu'il soit besoin qu'elle ait été mise en œuvre. Le contentieux des conventions collectives contenant des dispositions contraires au principe d'égalité de traitement apporte aliment au raisonnement. La Cour de cassation décide que « lorsque la différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage considéré résulte des termes mêmes de l'accord collectif, il y a lieu de faire application du principe d'égalité de traitement sans recourir nécessairement à une comparaison entre salariés de l'entreprise effectuant le même travail ou un travail de valeur égale » (Cass. soc., 23 mai 2011, n° 09-42.666, *Assoc. mutuelle d'action sanitaire et sociale agricole du Gers [AMASSAG]* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 79 ; *JCP S* 2011, 1243, note J.-F. Cesaro). La seule présence de la disposition appelle sa censure et, au-delà, l'engagement de la responsabilité de ses négociateurs.

(234) La sanction, en cas d'action individuelle, prend généralement les traits de l'inopposabilité.

(235) L'employeur condamné pourrait rechercher la responsabilité de l'État lorsque la disposition illicite appliquée s'insère dans une convention collective étendue ou élargie. L'État est un débiteur supplémentaire, sans que la reconnaissance de sa responsabilité ne fasse obstacle à celles des signataires, auteurs originaires de la violation de normes supranationales.

(236) *V. Cass. req.*, 24 févr. 1886 : *S.* 1886, 1, 460. – *Cass. 2^e civ.*, 13 janv. 2011, n° 09-71.196, *Sté Axa Winterthur et a. c/ F. et a.* : *Bull. civ.* 2011, II, n° 8 ; *RTD civ.* 2011, p. 359, note P. Jourdain.

(237) *C. trav.*, art. L. 2262-1. – *Cass. soc.*, 13 nov. 2001, n° 99-42.709, *SA Fabenrev c/ M. D.* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 344 ; *RJS* 1/2002, n° 60, sanctionnant un employeur pour avoir décidé « unilatéralement de ne plus appliquer une convention collective à laquelle son entreprise est soumise ».

délai plus long que celui fixé par la loi. Parce qu'il est difficile de résister à l'application de la convention collective illicite lorsqu'elle est imposée, sa mise en œuvre, bien que fautive, appelle une part de responsabilité des signataires plus élevée que celle de l'employeur. À l'inverse, lorsque l'application par l'employeur de la disposition conventionnelle irrégulière résulte de son initiative, sa faute, plus grave (mais ce point pourrait être discuté), commande un partage plus équilibré des responsabilités.

B. – L'employeur contractant fautif

143. – La condamnation de l'employeur peut trouver son origine dans l'application d'une convention collective à laquelle il est partie, soit qu'il l'ait conclue, soit qu'il y ait adhéré, soit qu'il ait adhéré au groupement patronal signataire. Chacun des coauteurs fautifs étant tenu à une responsabilité *in solidum* au titre de l'obligation à la dette, l'employeur peut ensuite se retourner contre les partenaires sociaux (de même que les organisations syndicales peuvent se retourner contre l'employeur et s'affronter elles-mêmes si le salarié – ou quelque syndicat tiers à l'acte pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession – préfère engager leur responsabilité ; ce qui devrait rester rare) pour partager la contribution à la dette. L'action est de nature contractuelle. Comme en matière délictuelle, l'ampleur de la responsabilité dépend de la gravité respective des fautes⁽²³⁸⁾. Sauf à distinguer selon l'auteur à l'origine de la proposition de la disposition litigieuse pour retenir à son encontre une part dans la réalisation du dommage plus grande que celles des autres coauteurs⁽²³⁹⁾, la contribution se fait par parts égales.

144. – **L'employeur réaliste.** La place croissante qu'occupe la convention collective dans le paysage normatif français justifie de contrôler son respect de toutes les normes supérieures et, le cas échéant, de sanctionner les signataires qui les violent. Le partage de la responsabilité entre tous les acteurs qui, fautifs, ont privé le salarié des droits garantis par les normes supranationales en assure la diffusion. Pourtant il serait sans doute naïf de penser que l'employeur engagera (facilement) la responsabilité du groupement patronal ayant signé une convention collective irrégulière. Des raisons politiques y font obstacle. Poursuivre les organisations syndicales de salariés achoppe sur des problèmes de solvabilité... et menace de surcroît le dialogue social dans l'entreprise si elles sont constituées à ce niveau. Intérêt théorique et pratique ne se confondent pas toujours.

145. – **Conclusion de section.** Il est presque impossible pour l'employeur d'échapper à sa responsabilité lorsqu'il a appliqué une norme inconventionnelle que les autorités nationales l'invitaient pourtant à respecter. Il lui est aussi très difficile de partager sa responsabilité : se retourner contre l'État est une gageure juridique ; assigner en justice les partenaires sociaux constitue une gageure en pratique.

146. – **Conclusion de chapitre.** L'accroissement de la portée des normes supranationales augmente corrélativement les risques pour les pouvoirs publics et privés

(238) Cass. 1^{re} civ., 11 mai 1976, n° 75-11.129, *M. H. c/ Moissinac-Massenat, Sargette* : Bull. civ. 1976, I, n° 166, p. 132. – Cass. 3^e civ., 26 avr. 2006, n° 05-10.100, *Sté Bouygues bâtiments c/ Sté Hôtel George V et a.* : Bull. civ. 2006, III, n° 100, p. 83.

(239) Y. Pagnerre, *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs* : JCP S 2012, 1001.

de les violer. Le développement de cette situation impose de bâtir le régime de l'inconventionnalité. Les bases sont progressivement jetées. Les règles applicables manquent encore de fermeté. La frontière entre l'invocabilité d'interprétation conforme et celle d'exclusion du droit national contraire n'est pas clairement marquée. Présente le même défaut la ligne opposant la sanction de la cause réelle et sérieuse du licenciement et celle de la nullité, dont la place est accrue par les normes supranationales. Le régime de la responsabilité de l'État du fait des lois inconventionnelles n'est qu'esquissé par le juge administratif. Le régime de la responsabilité des partenaires sociaux reste entièrement à construire. Le droit français possède les outils nécessaires à l'appréhension des conséquences attachées à l'inconventionnalité de la norme nationale. Améliorer leur maniement est essentiel.

147. – Conclusion de titre. Fortifier le régime de l'inconventionnalité des normes nationales est primordial. Le danger existe, à défaut, que les citoyens rejettent à la fois le droit national et le droit supranational.

Décider d'opposer à l'employeur condamné parce qu'il a respecté la norme forgée par d'autres que lui la règle selon laquelle « nul n'est censé ignorer la loi, même supranationale », est à certains égards discutable. La règle est certes la conséquence logique de la reconnaissance de l'applicabilité directe de normes supranationales en droit français du travail. Mais l'admission croissante de l'effet direct à l'égard de normes dont le sens n'est manifestement pas clair, sauf pour le juge, constitue une inquiétante dérive. Il est attendu du citoyen qu'il connaisse mieux le droit supranational que le législateur et que les partenaires sociaux. Tant que ne sera pas mieux encadrée l'admission de l'effet direct des normes supranationales, éviter la situation précédente nécessitera de porter une attention vigilante aux causes d'inconventionnalité. Moins le législateur commettra d'erreurs, plus rares seront les employeurs condamnés en raison de la confiance qu'ils ont témoignée à leurs représentants au Parlement.

148. – Conclusion de partie. Il existe un moyen simple de mesurer l'ampleur de la désorganisation du droit français du travail qu'opère la diffusion des normes supranationales. Il suffit de l'observer à travers les yeux du citoyen condamné pour avoir respecté la norme inconventionnelle forgée par d'autres que lui. La scène à laquelle il assiste est préoccupante : une loi dont l'autorité décline progressivement et qui ne le protège pas ; des normes supranationales évolutives et conflictuelles qu'il ne comprend pas ; un État qui le place en garant de ses propres obligations internationales ; une doctrine qui considère (par le silence qu'elle observe) que lui seul est responsable des manquements aux normes supranationales à l'exclusion des organisations syndicales. Le modèle juridique sur lequel s'est bâti le droit français du travail risque à terme de s'écrouler. Les autorités nationales ont entre leurs mains les outils permettant de l'éviter. Elles doivent s'en saisir. À la désorganisation du droit français du travail sous influence des normes supranationales doit désormais succéder sa réorganisation.

LA RÉORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL

149. – La diffusion des normes supranationales implique des destructions. Il n'est pas d'harmonisation des droits nationaux sans qu'ils subissent des transformations. Les autorités nationales en prennent progressivement la mesure. Le droit français du travail n'est plus une île ; sa construction est opérée à l'aune des exigences portées par les normes européennes et internationales. Le chantier est immense et les difficultés qu'il soulève nombreuses. Les résoudre suppose la collaboration de tous les acteurs. L'influence des normes supranationales reposant sur le pouvoir qui leur est reconnu, il appartient au législateur supranational et à ses juges de convaincre les autorités internes que les règles qu'ils imposent sont légitimes ; il incombe en retour à ces dernières de les « réceptionner » avec attention, en modifiant les solutions inconventionnelles, en rénovant celles dont le régime est imparfait, en adhérant à des méthodes et des concepts qui ne leur sont pas toujours familiers.

La réorganisation du droit français du travail nécessite de réaliser un double exercice d'articulation des normes. Le premier suppose d'ordonner les sources françaises avec les normes supranationales à l'aune d'un principe hiérarchique. Mais déterminer la force juridique d'une norme est inutile si le sens qu'elle renferme n'est pas identifié. Les règles internes doivent être interprétées à la lumière des normes supranationales. La réorganisation du droit français du travail sous l'influence des normes supranationales mobilise tant l'outil hiérarchique (Titre 1) que l'outil interprétatif (Titre 2).

TITRE 1

LA RÉORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL PAR LA HIÉRARCHISATION DES NORMES

150. – L'outil hiérarchique est indispensable pour articuler entre elles les normes nationales et supranationales. L'identification de la règle dominante permet aux citoyens de fixer leur comportement en mesurant l'étendue de leurs droits et obligations. L'outil hiérarchique n'est cependant pas suffisant. Seul, il ne permet pas au juge de sélectionner la règle propre à trancher le litige. L'effectivité de la primauté des normes supranationales dépend de leur applicabilité. La solution véhiculée par la loi supranationale ne peut triompher qu'à la condition que le juge puisse l'appliquer (Chapitre 1). De même, le contrat supranational n'intègre l'ordre juridique français qu'à travers les effets produits par la catégorie de normes à laquelle il appartient au sens de cet ordre, ce qui suppose de déterminer son applicabilité au moyen de règles de droit international privé (Chapitre 2).

LA PLACE DE LA LOI SUPRANATIONALE DANS LA HIÉRARCHIE

151. – Représenter la hiérarchie des normes sous la forme d'une pyramide est utile pour appréhender l'articulation entre les sources nationales et supranationales. L'exercice permet d'identifier les différents textes et principes puis de les classer. L'outil hiérarchique souffre cependant d'une double infirmité. Il est insuffisant pour appréhender, seul, les rapports normatifs. Décider qu'une norme prime sur une autre ne règle pas la question de son applicabilité (Section 1). L'outil hiérarchique atteint aussi ses limites lorsque des normes possiblement contradictoires jouissent d'une égale primauté au sein de l'ordre juridique, rendant inévitable la naissance de conflits (Section 2).

S E C T I O N 1

L'applicabilité de la loi supranationale, adjuvant de la hiérarchie

152. – L'article 55 de la Constitution française affirme la primauté des traités sur les lois sans exprimer les moyens de la réaliser. Son effectivité dépend de la vigueur de l'applicabilité des normes supranationales en droit interne. Face au silence, les voix du juge et de la doctrine s'élèvent pour en bâtir le régime. Le vocabulaire forme son échafaud. À l'applicabilité directe est opposée l'applicabilité indirecte. Ces notions permettent de décrire deux effets différents de l'« invocabilité » des normes. Relativement à la norme supranationale, l'applicabilité directe désigne sa capacité à être invoquée devant le juge et le droit de ce dernier de l'utiliser, seule, pour résoudre le litige au fond en faisant droit à la demande du justiciable ou en la rejetant, en écartant au besoin la loi nationale contraire. L'applicabilité indirecte désigne la capacité de la norme supranationale à être utilisée par le juge, non plus seule mais dans le sillon d'une norme nationale, pour régler au fond le litige. L'applicabilité indirecte se manifeste dans le mécanisme de l'interprétation

du droit national conformément au droit supranational. Le juge ne peut pas écarter la norme nationale contraire.

La difficulté à forger le vocabulaire de l'applicabilité prélude à celle tenant à l'organisation de son régime. Directe (§ 1) ou indirecte (§ 2), l'applicabilité manifeste, dans son appréhension prétorienne et doctrinale, certaines dérives plus ou moins conscientes et attentatoires à la prévisibilité du droit. Les signaler doit permettre de les endiguer.

§ 1. – Dérives de l'applicabilité directe

153. – La construction du régime de l'applicabilité directe par le juge et la doctrine renferme quelques dérives. Il n'est pas trop tard pour les contenir. L'exercice suppose d'affronter les critiques brandissant l'épouvantail (souvent caricatural) des « réflexes de souveraineté » dès qu'est discutée l'expansion des normes supranationales.

154. – **Première dérive : la confusion entre la théorie et la pratique de l'effet direct.** L'énoncé d'une règle appartient au domaine de la théorie. L'observation de son respect relève de la pratique. Leur confrontation permet d'agir dans deux sens opposés, soit pour fustiger la transgression de la règle, soit pour critiquer la malfaçon de celle-ci au plan théorique. La comparaison s'affaiblit lorsque la théorie ne précède pas la pratique mais procède d'elle. Le mécanisme de l'effet direct s'inscrit dans ce schéma.

155. – La Cour de cassation reconnaît, au gré de ses arrêts, l'effet direct de certaines normes supranationales sans toutefois en définir les critères. La doctrine en distingue deux⁽¹⁾ : le critère objectif, fondé sur le caractère précis et inconditionnel d'une disposition d'un traité⁽²⁾, et le critère subjectif, relatif à la volonté des auteurs de la doter d'un effet direct. Le Conseil d'État, dans un arrêt de principe⁽³⁾, les systématise et en fait des critères cumulatifs, tout en réservant à la Cour de justice de l'Union européenne le monopole de la détermination de l'effet direct des traités européens⁽⁴⁾. Le critère objectif réside dans l'affirmation suivante : la disposi-

(1) V. not. J. Duplat, *La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l'OIT* : *Dr. soc.* 2006, p. 636. – A. Martinel, *Délai de préavis et convention n° 158 de l'OIT* : *RJS* 5/2006, p. 369.

(2) La Cour de cassation, après s'être livrée à une appréciation globale de l'effet direct, fondée sur l'ensemble du traité, procède désormais à un examen analytique, disposition par disposition, adoptant ainsi la méthode employée par le Conseil d'État (Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, n° 04-16.942, *Washington c/ Washington* : *Bull. civ.* 2005, I, n° 245, p. 207 ; *JCP G* 2005, II, 10115, avis C. Petit et note C. Chabert. – Comp. Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, n° 91-11.310, *Le Jeune* : *Bull. civ.* 1993, I, n° 99, p. 66 ; *D.* 1993, p. 361, note J. Massip ; *JCP G* 1993, I, 3677, note C. Neirinck et P.-M. Martin).

(3) CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI et FAPIL* : *Rec. CE* 2012, p. 142 ; *RTD civ.* 2012, p. 487, note P. Deumier ; *RFDA* 2012, p. 547, concl. G. Dumortier et p. 560, note M. Gautier ; *D.* 2012, p. 1712, note B. Bonnet ; *AJDA* 2012, p. 729, note Y. Aguila et p. 936, obs. X. Domino et A. Bretteau ; *JCP A* 2012, n° 2171, note A. Minet ; *Constitutions* 2012, p. 297, note A. Levade ; *Dr. soc.* 2012, p. 1014, obs. J.-F. Akandji-Kombé.

(4) Bien que peu précise, la formule semble englober les traités communautaires et les traités et accords conclus par l'Union européenne. – Sur le sujet, V. not. D. Ritleng, *Effet direct des traités internationaux* : *RTDE* 2012, p. 928, relevant que la solution peut paraître surprenante car « elle confère à la Cour de justice un monopole qu'elle ne s'est jamais octroyé ». Le renvoi préjudiciel au profit de la Cour de justice n'aura cependant lieu qu'en cas de difficulté sérieuse éprouvée par le juge national ; en dehors de cette hypothèse, ce dernier est compétent pour se prononcer sur l'effet direct. Ainsi, la compétence est « partagée » entre les juridictions nationales et la Cour (V. not. A. Minet, *Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français* : *RFDA* 2013, p. 1199).

tion ne doit requérir « l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ». Elle doit être suffisamment précise et inconditionnelle. Le critère subjectif est perceptible à travers la précision suivante : la disposition en cause ne doit pas avoir « pour objet exclusif de régir les relations entre États ». Doit être relevée la volonté de ses auteurs de conférer aux particuliers des droits ainsi que, le cas échéant, des obligations. Le Conseil d'État précise que l'absence d'effet direct « ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit ». Cette précision a la valeur d'indice ; elle ne révèle pas avec certitude l'intention d'écartier l'effet direct.

Si l'identification des critères de l'effet direct s'éclaire, leur interprétation demeure obscure. Deux méthodes peuvent être employées. La première est abstraite ; elle analyse objectivement les avantages et les inconvénients propres à l'appréciation plus ou moins souple des critères. La seconde est empirique ; elle définit la profondeur des critères à partir de l'examen de la jurisprudence. Ces méthodes ne sont pas exclusives l'une de l'autre. Elles doivent même être combinées. L'examen de la doctrine suscite pourtant la gêne. Deux comportements la nourrissent : est parfois préférée une appréciation des critères de l'effet direct trop tributaire de la pratique, délaissant leur étude abstraite ; cette appréciation sélectionne certaines solutions en occultant celles qui dérangent. L'appréhension du critère objectif de l'effet direct donne la mesure de la dérive. Deux conceptions s'affrontent.

156. – La première est simple et abstraite. La précision que doit revêtir la disposition supranationale manifeste l'hommage du juge à la séparation des pouvoirs. La reconnaissance de l'applicabilité directe n'est possible que si elle ne le conduit pas à apprécier librement la loi interne. Ainsi, lorsque le juge applique la disposition supranationale pour écartier la loi, il ne porte pas lui-même atteinte à la souveraineté de l'État qui l'a adoptée ; c'est le traité qui condamne l'œuvre du Parlement. Le moindre doute doit faire obstacle à la reconnaissance de l'effet direct.

La Cour de cassation n'aurait probablement pas dû, selon cette conception, censurer l'ordonnance portant création du contrat « nouvelles embauches » sur le fondement de la convention n° 158 de l'OIT⁽⁵⁾. L'appréciation du caractère « raisonnable » de la durée d'exclusion de la protection du licenciement⁽⁶⁾ laissait une marge d'appréciation au juge ; celle-ci révélait qu'il ne pouvait pas trancher le litige sans porter atteinte à la séparation des pouvoirs⁽⁷⁾. La convention n'a pas contraint le juge à condamner l'œuvre du législateur ; elle lui a donné les moyens de satisfaire l'appréciation qu'il s'en faisait. La conception abstraite de la précision de la

(5) Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, M. S. c/ M^{me} W. : *Bull. civ.* 2008, V, n° 146 ; *RJS* 10/2008, p. 775, rapp. J.-M. Béraud ; *JCP S* 2008, 1548, note F. Dumont.

(6) Conv. OIT n° 158 sur le licenciement, 22 juin 1982, art. 2, § 2, b).

(7) Certes, le comité d'experts de l'OIT avait relevé l'irrégularité de l'ordonnance créant le contrat « nouvelles embauches » (BIT, *Sixième rapport supplémentaire du comité d'experts chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France des conventions*, 6 nov. 2007 : GB.300/20/6. – V. aussi, I. de Silva, *Le CNE devant le Tribunal des conflits : renvoi devant le juge judiciaire* : *Dr. soc.* 2007, p. 750. – J.-Ph. Lhernould, *Le CNE à bout de souffle* : *RJS* 8-9/2007, p. 695). Mais les observations qu'adopte cet organe ne sont pas contraignantes à l'égard des États. Il est alors discutable que le juge, en prononçant la censure du texte national, fixe la frontière des obligations internationales de l'État français.

disposition supranationale amenuise les possibilités d'effet direct. De manière générale, l'énonciation de standards⁽⁸⁾, tels que l'« utile », le « raisonnable » ou l'« équitable », devrait, en raison de leur virtualité, proscrire l'effet direct. Celui-ci pourrait en revanche ressurgir lorsque le juge national peut tenir compte de la solution du juge supranational qui, par son interprétation de la disposition, en a livré un sens tel qu'il permet au premier de ne pas douter. Cette conception stricte de la précision de la disposition supranationale n'a pas été retenue.

157. – Est préférée une conception plus souple de la précision. Cette dernière ne peut pas reposer sur une idée abstraite mais dépend de l'expérience. Cette conception fait écho aux travaux de Hart d'où il résulte qu'une norme a besoin de son contexte pour révéler son sens⁽⁹⁾. L'effort d'interprétation du juge (donc le doute) ne manifeste pas l'imprécision du texte supranational. Ce caractère résulte de la nécessité d'un acte complémentaire pour assurer sa définition prétorienne. Les freins à l'effet direct se réduisent et la liberté du juge s'accroît. Apparaît finalement précise la disposition supranationale qui peut être... précisée par voie d'interprétation jurisprudentielle⁽¹⁰⁾. Le critère de la précision du texte rejoint celui de sa « normativité »⁽¹¹⁾.

Au soutien de cette conception libérale de la précision, la doctrine se fonde sur l'observation de la pratique. De ce que le juge a reconnu l'effet direct de certaines dispositions générales des traités, il s'en infère que la généralité des énoncés ne s'oppose pas à la précision de leur sens⁽¹²⁾. Le raisonnement est fondé sur l'induction. Mais les éléments qui la fondent sont sélectionnés ; seuls les arrêts admettant la précision entendue souplement nourrissent la théorie. En conséquence, les dispositions supranationales contenant des énoncés généraux qui n'ont pas encore été reconnues d'applicabilité directe (faute d'occasion donnée au juge ou en raison de son refus) sont réputées devoir l'être pour se conformer à la théorie. La démonstration est discutable, à deux titres : elle confond liberté d'agir et droit d'agir (que le juge ait eu l'occasion de rejeter la conception stricte de la précision de la norme n'implique pas que sa démarche doive être reproduite) et, par suite, élude la réflexion sur les risques qu'entraîne une large reconnaissance de l'effet direct. Or, le législateur et le citoyen peuvent trouver un intérêt à ce que soient garanties la séparation des pouvoirs et la prévisibilité du droit.

158. – Une vive attention doit dès lors être portée à la rédaction des dispositions supranationales. Demeureront dépourvues d'effet direct celles qui nécessitent le relais d'un texte de complément pour en définir le sens. Si l'on s'en tient à la Charte sociale européenne, il est permis de penser que certains articles, trop imprécis ou se bornant à fixer des objectifs, n'accéderont pas à l'effet direct, comme

(8) V. not. B. Teyssié (ss dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011.

(9) H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd. 1976 ; Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 143 et s.

(10) En ce sens, V. not. D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^e éd. 2001, n° 311, p. 389.

(11) P. Deumier, *Comment et à quelles fins reconnaître l'effet direct des traités ?* : RTD civ. 2012, p. 487, spéc. p. 490. – M. Gautier, *L'effet direct des conventions internationales* : RFDA 2012, p. 560.

(12) V. not. S. Grévisse, *Le renouveau de la Charte sociale européenne* : Dr. soc. 2000, p. 884, spéc. p. 887, relevant que rien ne s'oppose à ce que les juges français « se réfèrent à la Charte, à celles du moins des stipulations qui sont suffisamment précises, comme ils le font pour d'autres conventions internationales ».

l'article 3 sur l'hygiène et la sécurité⁽¹³⁾ et les articles 9⁽¹⁴⁾ et 10⁽¹⁵⁾ relatifs à l'orientation et la formation professionnelles⁽¹⁶⁾. Le dépeçage du traité pourrait frapper les articles le composant. Il n'est pas certain que « l'objectif de (...) réalisation du plein emploi » prévu au paragraphe 1^{er} de l'article 1^{er} relatif au « droit au travail » soit reconnu d'effet direct tandis que pourrait recevoir cette qualité le paragraphe 2 disposant que les États s'engagent « à protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie par un travail librement entrepris ». Apporte aliment à cette idée la reconnaissance par la Cour de cassation de l'effet direct à une disposition semblable, l'article 6, § 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qu'elle a invoqué pour censurer certaines dispositions relatives aux clauses de non-concurrence⁽¹⁷⁾. L'étude lexicale des normes supranationales n'offre pourtant aucune certitude à celui qui voudrait anticiper les solutions jurisprudentielles. La Cour de cassation a, semble-t-il, reconnu un effet direct à l'article 6 de la Charte sociale européenne consacré au droit de la négociation collective⁽¹⁸⁾ alors que ses termes (hormis le paragraphe 4, relatif au droit à des actions collectives en cas de conflits d'intérêts) manquent de précision⁽¹⁹⁾.

La reconnaissance de l'effet direct de l'article 21, relatif à « l'exercice effectif du droit des travailleurs à l'information et à la consultation au sein de l'entreprise » permettrait de dépasser le refus de la Cour de justice de l'Union européenne de reconnaître cette qualité à l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lequel protège un droit identique. Selon la Cour, l'applicabilité horizontale de la Charte suppose que : 1) la situation litigieuse relève du champ

(13) Charte sociale européenne, art. 3 : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail, les Parties s'engagent, en consultation avec les organisations d'employeurs et de travailleurs : 1) à définir, mettre en œuvre et réexaminer périodiquement une politique nationale cohérente en matière de sécurité, de santé des travailleurs et de milieu de travail (...); 2) à édicter des règlements de sécurité et d'hygiène; 3) à édicter des mesures de contrôle de l'application de ces règlements; 4) à promouvoir l'institution progressive des services de santé au travail pour tous les travailleurs, avec des fonctions essentiellement préventives et de conseil ».

(14) Charte sociale européenne, art. 9 : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à l'orientation professionnelle, les Parties s'engagent à procurer ou promouvoir, en tant que de besoin, un service qui aidera toutes les personnes, y compris celles qui sont handicapées, à résoudre les problèmes relatifs au choix d'une profession ou à l'avancement professionnel, compte tenu des caractéristiques de l'intéressé et de la relation entre celles-ci et les possibilités du marché de l'emploi; cette aide devra être fournie, gratuitement, tant aux jeunes, y compris les enfants d'âge scolaire, qu'aux adultes ».

(15) Charte sociale européenne, art. 10 : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la formation professionnelle, les Parties s'engagent [notamment] : 1) « à assurer ou à favoriser, en tant que de besoin, la formation technique et professionnelle de toutes les personnes, y compris celles qui sont handicapées, en consultation avec les organisations professionnelles d'employeurs et de travailleurs, et à accorder des moyens permettant l'accès à l'enseignement technique supérieur et à l'enseignement universitaire d'après le seul critère de l'aptitude individuelle; 2) à assurer ou à favoriser un système d'apprentissage et d'autres systèmes de formation des jeunes garçons et filles, dans leurs divers emplois (...) ».

(16) V. en ce sens, J. Mouly, *L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licenciés sans motif valable est d'effet direct* : *Dr. soc.* 2014, p. 474.

(17) *Cass. soc.*, 16 déc. 2008, n° 05-40.876, *M. E. c/ Sté Axa France vie-Axa France Iard* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 251; *RJS* 3/2009, n° 285; *Dr. soc.* 2009, p. 236, obs. J. Mouly.

(18) *Cass. soc.*, 14 avr. 2010, n°s 09-60.426 et 09-60.429, *Sté SDMO Industries c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 100; *RDT* 2010, p. 374, obs. J.-F. Akandji-Kombé.

(19) Charte sociale européenne, art. 6, § 1 à 3 : les États s'engagent « à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs », « à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives » ou encore « à favoriser l'institution et l'utilisation de procédures appropriées de conciliation et d'arbitrage volontaire pour le règlement des conflits du travail ».

d'application du droit de l'Union européenne⁽²⁰⁾ ; 2) l'article en cause soit l'expression d'un principe général du droit de l'Union européenne ou que son libellé soit suffisamment clair, donc ne requiert pas l'adoption de dispositions particulières pour en préciser le sens⁽²¹⁾. N'a pas cette dernière qualité l'article 27 de la Charte⁽²²⁾, à la différence de l'article 21, § 1 relatif à l'interdiction des discriminations, spécialement celles fondées sur l'âge⁽²³⁾. Pourtant, il peut apparaître discutable que la reconnaissance de l'effet direct des normes supranationales varie selon leur origine alors que leur libellé est semblable...

159. – Comment expliquer que le juge admette l'effet direct de certaines dispositions supranationales pourtant aussi générales que d'autres auxquelles il a refusé cette qualité ? Plusieurs éléments peuvent être avancés. Sans doute le juge ne veut-il pas faire entrer dans le contrôle de conventionnalité un nombre trop important de dispositions supranationales avec, dans leur ombre, les interprétations diverses de leurs organes de contrôle respectifs. Mais l'absence d'effet direct n'empêche pas le risque d'inconventionnalité⁽²⁴⁾. Joue plus vraisemblablement un phénomène d'habitude. Le juge, par son acclimatation à certaines dispositions supranationales, en particulier celles issues de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'estime pas toujours nécessaire de consacrer l'effet direct d'autres dispositions. Cette attitude peut évoluer⁽²⁵⁾. En témoigne la décision de la Cour de cassation de relever d'office la contrariété du droit local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle à une disposition du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 qu'elle qualifie d'applicabilité directe⁽²⁶⁾. Le juge n'ayant pas l'obli-

(20) CJUE, 5 févr. 2015, aff. C-117/14, *Nisttahuz Poclava* : *Rec. CJUE* 2015 ; *RJS* 6/2015, p. 366, note J.-Ph. Lhernould, décidant que l'article 30 de la Charte, selon lequel « tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales », ne peut pas être directement invoqué dans un litige horizontal aux fins d'écarter la loi espagnole instituant un « contrat de travail à durée indéterminée de soutien aux entrepreneurs » assorti d'une période d'essai d'un an, sans préavis ni indemnités, car la rupture d'une période d'essai d'un an ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union. Plus précisément, la Cour signale que « les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, et non en dehors de telles situations » et « bien que la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail soit l'un des moyens pour atteindre les objectifs fixés par l'article 151 TFUE et que le législateur de l'Union soit compétent dans ce domaine, selon les conditions fixées à l'article 153, § 2, TFUE, des situations qui n'ont pas fait l'objet de mesures adoptées sur le fondement de ces articles ne relèvent pas du champ d'application du droit de l'Union ».

(21) CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Assoc. de médiation sociale (AMS)* : *Rec. CJUE* 2014 ; *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11, note P. Rodière ; *Europe* 2014, comm. 112, note D. Simon ; *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 345, obs. J.-Ph. Lhernould.

(22) CJUE, 15 janv. 2014, préc. – Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 11-21.609, *Assoc. de médiation sociale (AMS) c/ Union locale des syndicats CGT Quartiers Nord et a.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 193 ; *JCP S* 2014, 1429, note Y. Pagnerre.

(23) CJUE, 15 janv. 2014, préc., pt 47. – CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Kücükdeveci*, pt 22 : *Rec. CJUE* 2014, I, p. 00365 ; *JCP S* 2010, 1082, note J. Cavallini.

(24) *V. infra*, n° 162.

(25) *V. not.* S. El Boudouhi, *Le juge interne, juge du droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne* : *RFDA* 2014, p. 371.

(26) La Cour de cassation a relevé d'office le moyen tiré de l'incompatibilité de l'article 6, § 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, et de l'article 75, alinéa 3 du Code de commerce local applicable dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle. Le premier texte, « directement applicable en droit interne », qui garantit le droit qu'à toute personne de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, s'oppose à ce qu'un salarié tenu au respect d'une obligation de non-concurrence soit privé de toute contrepartie financière au motif qu'il a été licencié pour faute grave (Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 05-40.876, *M. Gilbert E. c/ Sté Axa France vie-Axa France lard* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 251 ; *Dr. soc.* 2009, p. 236, obs. J. Mouly). – *Comp.*, CE, 25 juill. 2007, n° 292730, *Lowinski* : *JCP S* 2008, 1065, note A. Moury, refusant de reconnaître l'effet direct de l'article 7 du Pacte

gation de relever d'office la contrariété du droit national aux dispositions supranationales, la mobilisation croissante de celles-ci proviendra aussi de l'habitude grandissante des plaideurs à les invoquer en justice. Pèse aussi sur l'analyse la vigueur de l'activité de l'organe supranational de contrôle du texte dont l'effet direct est recherché. L'importante activité normative de la Cour européenne des droits de l'homme, parce qu'elle enrichit par son interprétation le sens des dispositions de la Convention, améliore la « lisibilité » de la portée de ce texte par le juge national. Le développement de l'activité d'interprétation du Comité européen des droits sociaux est de nature à provoquer la mobilisation croissante de la Charte sociale européenne⁽²⁷⁾. N'ayons garde, enfin, d'oublier certaines formes de manipulation. L'effet direct permettant principalement aux tribunaux d'écartier du litige le droit national inconventionnel, le juge reconnaît plus volontiers cette qualité aux dispositions supranationales lorsque la loi n'a pas sa faveur.

160. – Deuxième dérive : la confusion des droits fondamentaux et de l'effet direct.

Au-delà de la précision du texte, l'effet direct doit être recherché dans la volonté de ses auteurs de ne pas viser exclusivement les relations entre États. La quête de l'intention, « mythe introuvable »⁽²⁸⁾, est complexe. Une conception trop stricte du critère subjectif doit, pour cette raison, être écartée⁽²⁹⁾ ; elle serait au demeurant

consacrant le « droit qu'à toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables » auquel été confrontée la conventionnalité des dispositions relatives à la journée de « solidarité ».

(27) Deux éléments peuvent être relevés. D'abord, alors que le Conseil d'État s'est longtemps opposé à la reconnaissance de l'effet direct de la Charte sociale européenne (CE, 20 avr. 1984, n^{os} 37772 et 37774, M^{lle} V. et M^{lle} C. : *Rec. CE* 1984, p. 610 ; *Dr. adm.* 1995, comm. 580. – CE, 4 juill. 2012, n^o 341533, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes [CFPSAA]* : *Rec. CE* 2012, p. 261), il a, en 2014, reconnu cette qualité à l'article 24, relatif au « droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite » (CE, 10 févr. 2014, n^o 358992, M. B. : *AJDA* 2014, p. 380, note M.-C. de Montecler). Le Conseil d'État rejette toutefois en l'espèce l'inconventionnalité, décidant que le motif de licenciement pour perte de confiance prévu par les dispositions du statut du personnel des chambres de métiers et de l'artisanat, telles que modifiées par la décision du 10 janvier 2012 de la commission paritaire nationale de ces chambres, constitue, sous le contrôle du juge, un « motif valable » au sens de l'article 24 de la Charte sociale européenne.

Ensuite, la Cour de cassation et la doctrine manifestent leur attachement croissant à étudier la compatibilité du droit national avec les dispositions de la Charte sociale européenne, eu égard aux avis du Comité européen des droits sociaux. Avant l'arrêt du 29 juin 2011 par lequel la Cour de cassation a validé le système des conventions de forfait en jours sur l'année au visa de la Charte sociale européenne invoquée par le biais de l'interprétation conforme (Cass. soc., 29 juin 2011, n^o 09-71.107, X... c/ Sté Y... : *Bull. civ.* 2011, V, n^o 181 ; *RJS* 8-9/2011, p. 587, note F. Favennec-Héry), la doctrine s'est interrogée sur la portée de l'avis du 23 décembre 2010 du Comité européen des droits sociaux (CEDS, 23 déc. 2010, réclamation n^o 55/2009, *CFE-CGC c/ France*, § 51 et 54. – V. not. J.-F. Akandji-Kombé, *Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010* : *RDT* 2011, p. 233. – S. Laulom, *L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010* : *RDT* 2011, p. 298). Le Comité avait pourtant depuis longtemps affiché la contrariété du mécanisme des forfaits à l'article 4, § 1 en ce qu'il permettait une durée « déraisonnable » de travail (CEDS, 26 nov. 2001, réclamation n^o 9/2000, *CFE-CGC c/ France*. – CEDS, 12 oct. 2004, réclamations n^{os} 16/2003, *CFE-CGC c/ France* et n^o 22/2003, *CGT c/ France*). L'activité normative croissante du Comité entraîne une prise en compte plus élevée des dispositions de la Charte sociale européenne. L'enrichissement du système de contrôle de ce texte par l'instauration d'un mécanisme de réclamations collectives de nature quasi juridictionnelle contribue à étoffer le contenu de ses dispositions.

(28) L'expression est employée par M. Gautier (*L'effet direct des conventions internationales* : *RFDA* 2012, p. 560) qui l'emprunte à B. Taxil, *Les normes internationales*, in P. Gonod, F. Melleray et P. Yolka (ss dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, 2011, p. 443.

(29) Est-il possible de considérer l'organe supranational de contrôle du texte comme l'interprète de la volonté des parties relativement à la reconnaissance de l'effet direct ? Une réponse positive apparaît justifiée. Pourtant, aucun juge supranational, en dehors de la Cour de justice de l'Union européenne, ne s'est prononcé en ce sens. Cette abstention peut s'expliquer par le respect des traditions constitutionnelles des États parties au traité, lesquels n'adoptent pas tous la même conception de la réception de celui-ci en droit interne et par le respect de l'autonomie procédurale des États auxquels ne doivent pas être imposées les conditions de réalisation de l'effectivité de la primauté dans l'ordre interne. Plus généralement, l'abstention ne traduit-elle pas le doute qu'éprouvent les juges supranationaux quant à la volonté des auteurs des textes de leur conférer un effet direct ?

redondante avec la situation dans laquelle le traité prévoit lui-même son applicabilité directe, rendant inutile la mobilisation des critères de reconnaissance de celle-ci. L'intention découle alors des termes du traité et de son économie. S'est ainsi parfois développée l'idée, en doctrine, que les dispositions protégeant les droits fondamentaux seraient présumées d'effet direct⁽³⁰⁾. L'affirmation laisse perplexe. Son fondement est mystérieux, son régime incertain. Le propos est connu : puisque certaines dispositions abritant des droits fondamentaux ont été reconnues d'effet direct par le juge sans plus d'explications de sa part, ils bénéficieraient d'une présomption générale d'effet direct. Or, les textes qui en protègent l'exercice n'ont pas tous fait l'objet d'une telle reconnaissance.

La présomption d'applicabilité directe des droits supranationaux fondamentaux a, de surcroît, un fondement obscur : l'identification de droits fondamentaux. La notion est fuyante. Imprécise, elle produit pourtant de lourdes conséquences : l'assujettissement des particuliers à des obligations d'origine internationale et leur devoir corrélatif de délaissier la loi interne contraire aux prescriptions des droits fondamentaux (qu'importe que ces dernières leur apparaissent confuses puisqu'elles pourront être « précisées » par le juge).

Le régime de la présomption apparaît enfin incertain. S'agit-il d'une présomption simple ou irréfragable ? La seconde, trop grave, doit être écartée au profit de la première. Par quels moyens pourrait-elle être renversée ? Ne pourrait être invoqué le critère tenant à la précision de la norme. Si les droits fondamentaux produisent une présomption d'applicabilité directe (et non une présomption d'intention des auteurs de consacrer celle-ci), l'élément de renversement doit être recherché en dehors des critères de ladite applicabilité. La présomption pourrait être renversée s'il était démontré que le Parlement national, lors de la ratification de la disposition supranationale, s'est opposé à l'effet direct. Deux remarques peuvent être formulées. D'abord, les occasions seront rares : comment le Parlement pouvait-il s'opposer à l'effet direct de traités (souvent anciens) qui n'avaient, lors de leur adoption, aucune prétention claire à recevoir cette qualité ? Ensuite, il n'est pas certain que la Cour de cassation se lie à cette position : les représentants du pouvoir exécutif ont refusé l'applicabilité directe du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁽³¹⁾... mais la chambre sociale de la Cour de cassation lui a reconnu cette qualité⁽³²⁾. Il serait déjà plus raisonnable (sans pour autant être totalement

(30) V. not. en ce sens, J. Duplat, *La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l'OIT* : *Dr. soc.* 2006, p. 636, spéc. p. 637. – C. Nivard, *L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises* : *RDLF* 2012, chron. 28 (pour qui « il apparaît très discutable d'affirmer qu'un traité de protection des droits de l'homme ait pour objet exclusif de régir les relations entre États »). – A. Rouyère, *Le juge administratif et les règles garantissant les libertés* : *JCl. Libertés*, Fasc. 250, nos 26 et s.

(31) *JOAN* CR 22 mai 1980, p. 1182 ; *JO Sénat* CR 17 juin 1980, p. 2761-2762, réf. citée par A. Martinel, *Délai de préavis et convention n° 158 de l'OIT* : *RJS* 5/2006, p. 369, spéc. p. 370.

(32) *Cass. soc.*, 16 déc. 2008, n° 05-40.876, *M. E. c/ Sté Axa France vie-Axa France Iard* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 251 ; *RJS* 3/2009, n° 285 ; *Dr. soc.* 2009, p. 236, obs. J. Mouly. – La chambre commerciale de la Cour de cassation rejette l'effet direct de ce texte (*Cass. com.*, 25 janv. 2005, n° 03-10.068 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 16). – Le Conseil d'État rejette lui aussi traditionnellement cette qualité, notamment lorsqu'est en cause l'article 7 sur le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables (CE, 2 oct. 2009, n° 301014). Des arrêts plus récents semblent témoigner d'une reconnaissance progressive de l'effet direct de certaines dispositions de la Charte, comme l'article 13 sur le droit de toute personne à l'éducation (CE, 23 déc. 2011, n° 350541) et celles relatives à la non-discrimination (CE, 23 oct. 2009, n° 314397. – *Comp. CE*, 18 juill. 2006, n° 274664, *Groupe d'information et de soutien des immigrés* : *Rec. CE* 2006, p. 353 ; *RFDA* 2002, p. 877).

acceptable), de reconnaître que les dispositions supranationales protégeant des droits fondamentaux laissent présumer l'intention de leurs auteurs de leur conférer un effet direct. Resterait alors seulement à s'assurer que ces dispositions sont suffisamment claires et inconditionnelles pour produire l'effet recherché. Le Conseil d'État, en ne faisant aucune place particulière aux droits fondamentaux (alors qu'il en fait une au droit de l'Union européenne), manifeste l'exigence que soient remplis les critères tenant à la précision de la disposition et à l'intention de ses auteurs.

161. – Troisième dérive : la confusion des droits et des obligations dans l'effet direct.

Cette dérive est certainement la plus inquiétante. Elle réside dans l'appréhension de l'effet direct en termes de droits plus que d'obligations. La définition est pourtant simple : est directement applicable la disposition supranationale qui confère directement des droits au particulier et qui impose aussi des obligations au justiciable à qui les droits ainsi conférés sont opposés⁽³³⁾. Lorsque l'effet direct se déploie dans un litige de nature verticale, opposant un particulier à l'État, il est commun de ne vérifier qu'un angle de l'effet direct, celui selon lequel le particulier doit être directement bénéficiaire de droits. Corrélativement, il en résulte que l'État a l'obligation d'en assurer la protection. Admettre cette solution est aisé : l'État est toujours débiteur des obligations internationales qu'il a souscrites. En revanche, lorsque le litige est horizontal, opposant des particuliers entre eux, il est difficile d'admettre que le justiciable à qui est opposée la norme supranationale est, conformément à la volonté des auteurs du traité, directement débiteur d'obligations internationales. Il est discutable de considérer que le traité commande que le particulier : 1) soit sanctionné s'il choisit de respecter le droit national plutôt que le droit supranational ; 2) connaisse mieux les normes internationales et européennes que l'État ; 3) se substitue à l'État dans la protection de celles-ci auprès des autres particuliers. Pourtant, en jurisprudence⁽³⁴⁾ et parfois en doctrine⁽³⁵⁾, l'effet direct n'est le plus souvent présenté qu'en termes de droits créés au profit des individus et non d'obligations. Comment l'expliquer ? Le silence n'est probablement pas un oubli mais révèle au moins une certaine légèreté dans l'appréhension des conséquences de l'effet direct. La définition, lorsqu'il n'est raisonné formellement qu'en termes de « droits », admet implicitement que leur reconnaissance au profit de particuliers fonde la capacité de ces derniers à les opposer à « autrui ». Un droit suppose son invocabilité. La formule est juste mais imprécise. Si un droit doit pouvoir être opposé, encore faut-il identifier le débiteur de l'obligation de ne pas y contrevenir. L'État est toujours visé. Le particulier ne doit l'être qu'exceptionnellement. Autrement dit, si l'existence d'une créance suppose nécessairement une dette corrélatrice, encore

(33) V. not. P. Deumier, *Comment et à quelles fins reconnaître l'effet direct des traités ?* : RTD civ. 2012, p. 487, spéc. p. 489 : « pour bénéficier de l'effet direct, il faut que l'objet même de l'accord, dans l'intention des États parties, n'ait pas été de régir uniquement les rapports interétatiques mais aussi de créer des droits et obligations au profit des particuliers (critère subjectif), et ce par des énoncés précis, complets et ne nécessitant aucun acte complémentaire (critère objectif) ».

(34) CE, ass., 11 avr. 2012, n° 322326, *GISTI et FAPIL*, préc., présentant les dispositions supranationales d'effet direct comme celles qui « créent des droits dont les particuliers peuvent directement se prévaloir ». – Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 96-14.824, *M. K. c/ CAF de la Seine-Saint-Denis et a.* : Bull. civ. 1998, V, n° 31, décidant que la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame des objectifs généraux vers lesquels les États doivent tendre, mais qu'elle n'est pas créatrice de droits susceptibles d'être directement invoqués devant les juridictions nationales.

(35) V. not. A. Minet, *L'effet direct des stipulations conventionnelles : la recherche d'une justiciabilité mesurée des traités internationaux* : JCP A 2012, 2171.

faut-il en identifier le débiteur. Les directives adoptées dans le cadre de l'Union européenne offrent un bon exemple. Lorsque les particuliers ne tiennent de celles-ci que des droits, elles sont d'effet direct vertical. Lorsqu'ils sont, en plus, assujettis à des obligations, elles sont d'effet direct horizontal... ce qui n'est admis qu'exceptionnellement⁽³⁶⁾.

La primauté des normes supranationales n'est pas ignorée lorsqu'est refusé l'effet direct horizontal. Le particulier auquel a été appliqué par le juge le droit national contraire à la norme supranationale peut engager la responsabilité de l'État et obtenir réparation du préjudice subi. Il pourrait être objecté que cette conception de la primauté nuit à son effectivité⁽³⁷⁾. Le recours à cet argument est délicat. L'effectivité de la primauté commande de mettre en balance la diffusion énergique des normes supranationales et la sauvegarde de la prévisibilité juridique de la part des particuliers. La mise en œuvre de l'effet direct horizontal, concevable, doit demeurer rare. C'est d'ailleurs dans cette perspective que la Cour permanente de justice internationale⁽³⁸⁾ et la Cour de justice de l'Union européenne⁽³⁹⁾ admettent l'effet direct horizontal du droit qu'elles protègent. Est à cet égard révélatrice l'attitude de cette dernière juridiction à l'égard des principes généraux du droit de l'Union européenne. Ils sont directement applicables dans les litiges verticaux et horizontaux. La Cour de justice a élevé à ce rang le principe de non-discrimination en fonction de l'âge⁽⁴⁰⁾. Alors que certains auteurs plaidaient pour une reconnaissance plus large encore des principes généraux du droit de l'Union européenne⁽⁴¹⁾, la Cour de justice a adopté une attitude prudente, refusant d'y inclure le droit à l'information et à la consultation prévu par l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et par la directive n° 2002/14⁽⁴²⁾. De même, le droit à des congés annuels payés, affirmé à l'article 7 de la directive n° 2003/88, demeure cantonné au rang de « principe de droit social communautaire revêtant une impor-

(36) Tel est le cas lorsque la directive consacre un principe général du droit de l'Union européenne.

(37) P. Rodière, *Un droit, un principe, finalement rien ? Sur l'arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014, Association de médiation sociale : Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11.

(38) CPJ, 3 mars 1978, *Affaire de la compétence des tribunaux de Dantzig*, série B, n° 15, p. 17, décidant que « selon un principe de droit international bien établi, un accord international ne peut, comme tel, créer directement des droits et obligations pour des particuliers », sauf, ajoute la Cour, à ce que les parties contractantes aient exprimé leur intention d'adopter « des règles déterminées créant des droits et des obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux ».

(39) S'agissant du droit originaire, la Cour de justice a procédé avec économie à la reconnaissance de l'effet direct horizontal. Elle y a procédé pour les règles de libre circulation et de non-discrimination concernant les personnes (CJCE, 12 déc. 1974, aff. C-36/74, *Walrave* : *Rec. CJCE* 1974, I, p. 1420) ou encore les règles relatives à la non-discrimination en matière salariale à raison du sexe (CJCE, 8 avr. 1976, aff. C-43/75, *Defrenne* : *Rec. CJCE* 1976, I, p. 455). S'agissant des directives, la Cour de justice distingue utilement les textes qui confèrent des droits aux particuliers et ceux qui leur imposent des obligations. Selon elle, une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre. Il en résulte que même une disposition claire, précise et inconditionnelle d'une directive visant à conférer des droits aux particuliers ne peut pas les soumettre à des obligations dans le cadre du litige qui les oppose. Les droits conférés ne sont opposables qu'à l'État (CJCE, 26 févr. 1986, aff. C-152/84, *Marshall* : *Rec. CJCE* 1986, I, p. 723).

(40) CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, pt 74 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 9981 ; *Dr. ouvrier* 2006, p. 521, obs. C. Vigneau. – CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Kücükdeveci*, pt 50 : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 365 ; *JCP S* 2010, 1082, note J. Cavallini.

(41) V. not. P. Rodière, *Un droit, un principe, finalement rien ? Sur l'arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014, Assoc. de médiation sociale : Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11.

(42) CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Assoc. de médiation sociale (AMS)* : *Rec. CJUE* 2014 ; *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11, note P. Rodière ; *Europe* 2014, comm. 112, note D. Simon ; *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 345, obs. J.-Ph. Lhernould ; *JCP S* 2014, 1140, note R. Milchior et E. Pujol.

tance particulière »⁽⁴³⁾, lequel n'est doté d'aucune applicabilité directe horizontale. La démarche doit être approuvée. Elle assure la préservation de la sécurité juridique et le respect de l'exclusion de principe de l'effet direct horizontal des directives. Le juge national doit s'en inspirer. Mais rien n'empêche le juge de forger sa propre conviction sur l'intention des auteurs des traités de mettre à la charge des particuliers des obligations internationales. La gestion de la conviction demeure interne ; elle se réalise dans l'esprit du juge. La théorie de l'applicabilité directe est empreinte d'empirisme.

162. – Quatrième dérive : la confusion du contrôle de conventionnalité et de l'effet direct. L'étude des arrêts de la Cour de cassation permet de repérer les formules par lesquelles elle procède à la reconnaissance de l'effet direct et, par suite, de saisir les raisons qui l'animent. Ces formules sont diverses. Les deux premières ne laissent guère de place au doute. La troisième et la quatrième sont discutables.

163. – Deux formules permettent d'affirmer que le juge reconnaît l'effet direct d'une disposition supranationale. La première, propre aux arrêts de cassation⁽⁴⁴⁾, réside dans l'invocation « directe » de la disposition supranationale au visa⁽⁴⁵⁾. Utilisée de manière autonome, elle apparaît immédiatement après la formule « vu » par laquelle s'ouvre le visa⁽⁴⁶⁾. Il arrive toutefois, ce qui est rare, que la Cour de cassation vise selon cette technique des normes qui ne sont pourtant pas dotées d'effet direct ; son but est alors d'indiquer clairement la contrariété du droit national, bien qu'elle ne puisse pas en tirer les conséquences au regard du litige dont elle est saisie⁽⁴⁷⁾. Lorsque n'est pas visée une disposition particulière du traité, mais que

(43) CJUE, 21 juin 2012, aff. C-78/11, ANGED, pt 16 : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 8-9/2012, n° 751 ; *Europe* 2012, comm. 341, note L. Driguez. – CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06, *Schultz-Hoff e.a.* et aff. C-520/06, *Stringer e.a.* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 179 ; *Europe* 2009, comm. 128, note L. Driguez. – CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *BECTU*, pt 43 : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 4881 ; *D.* 2002, p. 444, note J.-L. Clergerie.

(44) La méthode vaut pour la Cour de cassation et ne concerne pas le Conseil d'État, lequel peut faire référence, dans le visa de ses arrêts, à des textes supranationaux sans que cette référence préjuge de leur effet direct. V. not. CE, 2 oct. 2009, n° 301014 : le Conseil d'État « vise » la Charte sociale européenne et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels avant d'exclure ensuite leur effet direct (respectivement l'article 4 et l'article 7).

(45) À chaque règle ses exceptions ou, plutôt, ses précisions. Dans un arrêt du 23 janvier 2013, la Cour de cassation vise directement les articles 3, 4, 5 et 18-3 de la convention n° 180 de l'OIT sur la durée du travail des gens de mer et les effectifs des navires (Cass. soc., 23 janv. 2013, n° 10-20.568, *M. G. c/ Synd. Professionnel des pilotes du port de Dunkerque* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 18 ; *JCP S* 2013, note N. Léger). Elle précise pourtant ensuite que seuls les « trois premiers articles [sont] d'application directe interne ». Deux observations peuvent être formulées : 1) il n'y avait aucun doute sur l'absence d'applicabilité horizontale de l'article 18-3, lequel fonde la date d'entrée en vigueur de la convention et non un droit identifié ; 2) il est rassurant d'observer que lorsque la Cour de cassation convoque au visa un texte dépourvu d'applicabilité directe, elle le précise. En l'espèce, l'applicabilité directe des trois premières dispositions était tributaire de l'entrée en vigueur de la convention, ce qui explique le lien établi entre tous les textes. La Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel ayant rejeté des demandes de paiement d'heures supplémentaires, de repos compensateur, d'astreintes et de congés payés. La qualité de capitaine du salarié ne l'exclut pas du bénéfice des droits qu'il tient directement de la convention n° 180.

(46) Des exemples peuvent être donnés. « Vu l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) » (Cass. soc., 14 avr. 2010, n°s 09-60.426 et 09-60.429, *Sté SDMO Industries c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 100 ; *RJS* 6/2010, n° 529) ; « Vu l'article 11 de la Convention internationale du travail n° 158 (...) » (Cass. soc., 29 mars 2006, n° 04-46.499, *Sté Euromedia télévision c/ M. P.* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 131 ; *RJS* 5/2006, n° 561) ; « Vu les articles 1^{er} paragraphe 3, 4 et 17 paragraphes 2 et 3 de la directive du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail » (Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-43.212, *M. C. c/ Sté RATP* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 47 ; *JCP S* 2010, 1170, note F. Dumont).

(47) V. not. Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 11-21.609, *Assoc. de médiation sociale (AMS) c/ Union locale des syndicats CGT Quartiers Nord et a.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 193 ; *JCP S* 2014, 1429, note Y. Pagnerre, visant l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les articles 2 et 3, §1 de la directive n° 2002/14/CE, dénués d'effet direct horizontal.

celui-ci est invoqué en son entier, l'effet direct porte en réalité sur les seules dispositions applicables au litige. Celles-ci sont évoquées formellement dans la suite de l'arrêt ou doivent être déduites du problème de droit posé à la Cour de cassation⁽⁴⁸⁾. Lorsque la disposition du texte supranational est placée sous la dépendance d'un autre texte (qu'il soit d'origine nationale ou supranationale)⁽⁴⁹⁾, elle jouit de la « justiciabilité minimale » permettant de conférer un sens aux normes, interprétées « à sa lumière », mais est impuissante, seule, à produire un effet direct. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 29 juin 2011⁽⁵⁰⁾, la Charte sociale européenne, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs⁽⁵¹⁾ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁽⁵²⁾ apparaissent, mais sans être invoquées « directement ». Leur invocation traduit la volonté du juge de pratiquer une interprétation de la loi nationale conforme à ces textes. La même conséquence semble s'attacher à la formule par laquelle le juge convoque « ensemble » des textes nationaux et supranationaux⁽⁵³⁾.

164. – La deuxième formule est utile aux arrêts de rejet, faute de visa. Elle réside dans l'indication expresse par le juge qu'il reconnaît l'effet direct de la disposition supranationale⁽⁵⁴⁾ ou, à l'inverse, qu'il lui refuse cette qualité⁽⁵⁵⁾.

165. – La troisième formule est plus complexe à analyser. Elle est propre aux arrêts de rejet. La Cour de cassation opère parfois une référence directe, dans un « chapeau intérieur », à des dispositions supranationales. Le juge souhaite-t-il signifier la reconnaissance de l'effet direct ou son attitude ne reflète-t-elle que la tech-

(48) Cass. soc., 3 mars 2010, n° 09-60.283, STAAAP UNSA c/ SPASAF et a. : *Bull. civ.* 2010, V, n° 54 ; *RJS* 5/2010, n° 445 ; *JCP S* 2010, 1190, note B. Gauriau, arrêt dans lequel la cour mobilise la convention n° 87 de l'OIT relative à la liberté syndicale et à la protection du droit syndical, dans son entier. La lecture de l'arrêt révèle que c'est l'article 7 qui, au cœur du litige, et bien qu'il ne soit pas formellement évoqué, est précisément reconnu d'effet direct (« Attendu, selon cette Convention, que l'acquisition de la personnalité juridique par les syndicats ne peut pas être subordonnée à des conditions de nature à mettre en cause l'exercice de leur liberté d'élaborer leurs statuts, d'élire leurs représentants, de formuler leur programme d'action et de s'affilier à des fédérations ou confédérations ; qu'il en résulte que l'exercice de ces libertés par un syndicat ne peut pas entraîner la perte de sa personnalité juridique »).

(49) Une spécificité peut être relevée. La Cour de cassation invoque parfois directement au visa de son arrêt une directive dans un litige horizontal, sans la placer dans la dépendance d'un autre texte selon le mécanisme de l'interprétation conforme (Cass. soc., 26 nov. 2013, n°s 12-21.758 et 12-22.200, *Sté Européenne de produits de beauté c/ M. P.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 283 ; *JCP S* 2014, 1150, note B. Bossu). L'applicabilité directe horizontale d'une directive est en principe exclue. Celle-ci a toutefois cette qualité lorsqu'elle ne fait que « concrétiser » un principe général du droit de l'Union européenne, tel que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, ce qui était le cas en l'espèce de l'article 6, § 1 de la directive n° 2000/78/CE.

(50) Cass. soc., 29 juin 2011, préc.

(51) « Vu (...) l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (...) ».

(52) « Vu (...) l'article L. 3121-45 du Code du travail (...), interprété à la lumière (...) de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ».

(53) Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12.852, *M. C. c/ Sté AB pose* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 108 ; *JCP S* 2011, 1419, note J.-Y. Kerbourc'h (« Vu l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, ensemble l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les articles L. 2323-1 et L. 2324-5 du Code du travail et 1382 du Code civil, l'article 8 § 1 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne »).

(54) V. not. Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, *M. S. c/ M^{me} L.* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 146 ; *JCP S* 2008, 1548, note F. Dumont, reconnaissant l'effet direct de l'article 4 de la convention n° 158 de l'OIT.

(55) V. not. Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, *M. J. c/ M. L.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 93 ; *RJS* 5/2013, n° 384, décidant que la directive n° 2003/88/CE ne peut permettre, dans un litige entre particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire. – Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 96-14.824, *M. K. c/ CAF de la Seine-Saint-Denis et a.* : *Bull. civ.* 1998, V, n° 31, décidant que la Déclaration universelle des droits de l'homme proclame des objectifs généraux vers lesquels les États doivent tendre, mais qu'elle ne crée pas de droits susceptibles d'être directement invoqués devant les juridictions nationales).

nique de l'interprétation conforme ? Un exemple peut être donné à travers un arrêt du 3 juin 2009⁽⁵⁶⁾. Des salariés reprochaient à la cour d'appel d'avoir décidé que leur licenciement n'ouvrait droit à aucun préavis et d'avoir rejeté leur demande en paiement d'une indemnité à ce titre. Approuvant les juges du fond, la Cour de cassation « coiffe » sa solution d'un « chapeau intérieur » par lequel elle rappelle le contenu des dispositions des articles 1^{er}, 2, § 2, *b*) et 11 de la convention n° 158 de l'OIT, avant de souligner la conformité à celles-ci des articles L. 1237-1 et L. 1234-1 du Code du travail. La solution manifeste certes l'interprétation conforme. Mais la fonction n'est pas réservée aux dispositions supranationales dénuées d'effet direct. La construction des arrêts de rejet par lesquels la Cour de cassation énonce un principe avant d'en tirer des conséquences est effectuée selon le même modèle que les arrêts de cassation. Le soin apporté à la référence directe à des normes supranationales dans le « chapeau intérieur », s'il n'est pas absolument certain qu'il manifeste une reconnaissance assurée de l'effet direct par le juge, constitue au moins un indice fort⁽⁵⁷⁾ en ce sens⁽⁵⁸⁾.

166. – Tout aussi incertain est le sens de la quatrième formule par laquelle la Cour de cassation, dans un arrêt de rejet, a exclu l'incompatibilité du droit national avec certaines dispositions d'origine supranationale. La loi du 20 août 2008 a subi de nombreuses attaques sur le fondement de normes supranationales. La Cour de cassation a, chaque fois, exclu l'inconventionnalité. Elle a protégé l'exigence, pour l'accession d'un syndicat à la représentativité et les conséquences en découlant, d'une audience correspondant à au moins 10 % des suffrages exprimés⁽⁵⁹⁾ et d'une ancienneté minimale de deux ans⁽⁶⁰⁾.

(56) Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 et s., *Sté Glem c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 141 ; *D.* 2009, p. 2517, note B. Edelman.

(57) Les dispositions invoquées de la convention n° 158 avaient déjà été reconnues d'effet direct, ce qui confirme la théorie proposée (Cass. soc., 29 mars 2006, n° 04-46.499, *Sté Euromedia télévision c/ Peter* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 131 ; *JCP S* 2006, 1427, note R. Vatinet).

(58) Pour d'autres exemples, V. not. Cass. soc., 22 janv. 2014, n° 12-27.478, *Sté Bricorama France c/ Synd. Union départementale Force Ouvrière du Val-d'Oise* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 31 ; *JCP G* 2013, 914, note G. Casu. – Cass. soc., 13 janv. 2009, n° 07-17.692, *Synd. producteurs du miel de France (SMPF) c/ Union nationale de l'apiculture française (UNAF) et a.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 11 ; *JCP S* 2009, 1343, note A. Martinon, arrêt dans lequel la cour se réfère à l'article 2 de la convention n° 87 de l'OIT.

(59) Cass. soc., 14 déc. 2011, n° 10-27.441, *M. D. c/ Pôle emploi Aquitaine* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 300 ; *RJS* 3/2012, n° 269 ; *Dr. soc.* 2012, p. 211, obs. L. Pécaut-Rivolier, décidant que l'article L. 2143-12, aux termes duquel « chaque organisation syndicale représentative dans l'entreprise ou l'établissement d'au moins cinquante salariés, qui constitue une section syndicale, désigne parmi les candidats aux élections professionnelles qui ont recueilli à titre personnel et dans leur collège au moins 10 % des suffrages exprimés (...) un ou plusieurs délégués syndicaux pour la représenter auprès de l'employeur », ne méconnaît aucun des textes invoqués par le moyen : ainsi de la convention n° 87 de l'OIT, de l'article 6 de la directive 2001/23 du 12 mars 2001 ensemble les articles 4 de la convention n° 98 de l'OIT, 5 de la convention n° 135 de l'OIT, 5 et 6 de la Charte sociale européenne et 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. – Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 13-11.316, *M. C. c/ Caisse d'Épargne Ile-de-France* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 267 ; *JCP S* 2014, 1116, note B. Bossu, décidant que « l'interdiction faite aux syndicats non représentatifs de désigner à nouveau (...) en qualité de représentant de section syndicale, le salarié désigné antérieurement aux dernières élections professionnelles à l'issue desquelles le syndicat n'a pas obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés (...), ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical ». Elle approuve les juges du fond d'avoir refusé d'écarter l'article L. 2142-1-1 du Code du travail au regard de l'article 3 de la convention n° 87 de l'OIT.

(60) Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 11-60.203, *Union des syndicats pour un droit social pleinement appliqué aux salariés (UDSPA-salariés) c/ SAS Brunier et a.* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 82 ; *JCP S* 2012, 1198, note H. Guyot, décidant que « l'exigence, prévue à l'article L. 2314-3 du Code du travail, d'une ancienneté minimale de deux ans subordonnant la présentation par une organisation syndicale de candidats au premier tour des élections professionnelles constitue une condition justifiée et proportionnée pour garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein de l'entreprise, sans priver tout salarié de la liberté de créer un syndicat ou d'adhérer au syndicat de son choix ». Cet article ne porte atteinte à aucun

167. – Il est tentant de songer qu'en rejetant l'incompatibilité du droit national aux dispositions supranationales, le juge reconnaît l'applicabilité directe de ces dernières. Plusieurs arguments soutiennent le propos.

En premier lieu, il pourrait être admis que le juge, en rejetant la contrariété du droit national à une disposition supranationale, se réserve la capacité de conclure à la violation dans un contexte différent. Le juge admettrait ainsi, à rebours, l'effet direct en rejetant l'inconventionnalité. La Cour de cassation conserve ainsi la possibilité d'appliquer directement le texte supranational dans des contentieux ultérieurs.

En second lieu, lorsque la Cour de cassation ne peut pas examiner la conventionnalité de la loi, il lui arrive de l'exprimer clairement en énonçant que la norme supranationale invoquée par le justiciable n'est pas d'applicabilité directe. La formule suggère, *a contrario*, que lorsque le juge ne rejette pas l'applicabilité directe, il l'admet nécessairement. Ce schéma lie le contrôle de conventionnalité et l'applicabilité directe. La réalisation de celui-là manifeste l'existence de celle-ci⁽⁶¹⁾. Cette position est partagée par le Conseil d'État, selon lequel le conflit entre normes supranationales naît dans l'ordre juridique interne « à la condition que deux normes internationales soient effectivement applicables et invocables »⁽⁶²⁾.

168. – Le lien établi entre le contrôle de conventionnalité et l'applicabilité directe révèle toutefois certaines imperfections. Plusieurs observations peuvent être ici formulées.

D'abord, la méthode faisant du contrôle de conventionnalité le témoin de l'effet direct est faillible. Le juge a eu l'occasion de rejeter l'inconventionnalité de la loi sur la base de dispositions supranationales qui ne sont certainement pas d'applicabilité directe, comme la Déclaration universelle des droits de l'homme⁽⁶³⁾ ou bien encore (dans les litiges horizontaux) la directive n° 2001/23⁽⁶⁴⁾. La technique de rejet « balai », par laquelle le juge écarte les nombreux motifs de contrariété de la loi nationale aux dispositions supranationales, ne permet pas d'affirmer la reconnais-

des textes invoqués par le moyen. L'arrêt est remarquable en ce que ces textes étaient nombreux : articles 2, 5, 22 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 ; 2, 7, 23, 29, 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; 2, 3, 5, 6, 7 et 8 de la convention de l'Organisation internationale du travail n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical ; 5 A, E et G de la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 ; 11, 14, 18 et 53 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; 12, 20, 21, 52 et 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

(61) V. en ce sens M.-N. Jobard-Bachelier et X. Bachelier, *La technique de cassation*, Dalloz, 8^e éd. 2013, p. 73, pour qui « il faut bien évidemment, pour que la Cour de cassation soit appelée à exercer son contrôle, en premier lieu, que le traité soit applicable dans l'ordre juridique français ; ceci suppose, d'une part, qu'il ait été ratifié et publié par les organes compétents et, d'autre part, qu'il édicte des normes dont peuvent directement se prévaloir les sujets de droit, ce qui n'est pas le cas de tous les traités ».

(62) CE, ass., 23 déc. 2011, n° 303678, *Kandyrine de Brito Paiva*.

(63) Dans l'arrêt du 29 février 2012 (préc.), la Cour de cassation rejette la violation par l'article L. 2314-3 du Code du travail de plusieurs articles de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948. Or, celle-ci demeure, de jurisprudence constante, dépourvue d'effet direct (Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 96-14.824, M. K. / CAF de la Seine-Saint-Denis et a. : *Bull. civ.* 1998, V, n° 31 ; *RD. sanit. soc.* 1998, p. 453, obs. M. Badel, I. Daugareilh, J.-P. Laborde et R. Lafore). Il est douteux que la Cour de cassation ait voulu subrepticement lui reconnaître un tel effet.

(64) Dans l'arrêt du 14 novembre 2011 (préc.), la Cour de cassation rejette la violation par l'article L. 2143-4 de l'article 6 de la directive « transfert » n° 2001/23 ainsi que de la convention OIT n° 87 relative à la liberté syndicale. Or, le premier texte est intrinsèquement dépourvu d'applicabilité directe horizontale. Quant au second, la Cour de cassation ne peut pas retenir l'effet direct de la convention n° 87 dans sa totalité. La disposition précise relative au litige semble être l'article 11 (« Tout Membre de l'Organisation internationale du Travail pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à prendre toutes mesures nécessaires et appropriées en vue d'assurer aux travailleurs et aux employeurs le libre exercice du droit syndical »). Celui-ci n'a jamais été reconnu d'effet direct. La généralité de ses termes n'y invite pas.

sance de l'effet direct de ces dernières⁽⁶⁵⁾. Le caractère directement applicable du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est plus discutable⁽⁶⁶⁾. La Cour de cassation n'a pas toujours employé la formule selon laquelle le choix du législateur ne méconnaît pas « les autres engagements internationaux de la France visés au moyen »⁽⁶⁷⁾, dont ce pacte ; elle a parfois admis de manière plus claire la conformité de la loi à ce texte, affirmant par exemple que « la prohibition de toute discrimination telle qu'elle est prévue par l'article 26 du Pacte (...) n'interdit pas au législateur de créer des distinctions entre la situation des justiciables selon qu'ils relèvent de la loi antérieure ou de la loi nouvelle, dès lors que la différence est justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général »⁽⁶⁸⁾.

Ensuite, la méthode mène à des impasses. Elle fonde le syllogisme suivant : en contrôlant la conformité du droit national aux dispositions supranationales, le juge admet leur applicabilité directe ; or, le mécanisme de l'interprétation conforme implique que le juge admette la conformité du droit national aux sources supérieures (l'interprétation *contra legem* est proscrite) ; donc le mécanisme de l'interprétation conforme exige l'applicabilité directe des sources supranationales (notamment des directives). Le raisonnement fait naître une conclusion contraire à l'orthodoxie juridique. Le mécanisme de l'interprétation conforme est une manifestation de l'applicabilité minimale des normes supranationales, laquelle ne requiert pas leur effet direct. Le contrôle de conventionnalité peut exister sans un tel effet. Les notions doivent être distinguées. Plusieurs remarques s'imposent.

Comment expliquer que le juge, parfois, rejette le contrôle de conventionnalité au motif que la disposition supranationale en débat est dépourvue d'effet direct ? Cette attitude semble contradictoire avec la distinction des deux notions. Mais la contradiction n'est qu'apparente. Par cette formule, le juge suggère qu'il ne peut donner raison au demandeur, en tirant les conséquences de la non-conformité de la loi aux normes supranationales, en écartant celle-ci. Ainsi, rien n'empêcherait le juge de décider que la loi est inconventionnelle mais de se refuser à en tirer les conséquences au fond, faute pour la norme supranationale d'être d'effet direct⁽⁶⁹⁾. Un arrêt apporte aliment à cette thèse. Dans un litige horizontal mettant en cause

(65) Selon M. Béraud, dans un débat engagé avec M. Dutheillet de Lamothe lors des rencontres de la chambre sociale de 2011, les « arrêts qui valident le raisonnement tenu par le juge du fond, ne tranchent pas la question de l'applicabilité directe de la Charte sociale européenne » (*in Les rencontres de la Chambre sociale*, 2011, p. 31). Le principe est affirmé dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 2013 où, analysant la portée d'un arrêt (Cass. soc., 10 nov. 2010, n° 09-72.856, *Synd. des cheminots Force ouvrière de la Loire c/ SNCF* : Bull. civ. 2010, V, n° 257 ; RJS 1/2011, n° 55), il est indiqué que du moyen rejeté par la cour tiré de l'incompatibilité du droit national avec la Charte sociale européenne ne peut être déduite la reconnaissance d'un effet direct de ce texte, la chambre s'étant limitée à juger « que si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs selon des critères qu'ils fixent, ce que ne prohibent pas les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne » (Cour de cassation, Rapport annuel 2013, Doc. fr., p. 170).

(66) V. not. J.-F. Cesaro, *Réception de la loi applicable : applicabilité de la norme supranationale dans l'ordre interne français*, in B. Teysié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 245, spéc. n° 432.

(67) Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 11-60.203, *Union des syndicats pour un droit social pleinement appliqué aux salariés (UDSPA-salariés) c/ SAS Brunier et a.* : Bull. civ. 2012, V, n° 82 ; RJS 1/2012, n° 55 ; JCP S 2012, 1198, note H. Guyot.

(68) Cass. soc., 29 nov. 2007, n° 06-44.748, non publié au Bulletin. – Cass. soc., 6 juill. 2005, n° 03-47.249, *Assoc. de sauvegarde et d'action éducative de la Marne c/ M. G.* : Bull. civ. 2005, V, n° 236.

(69) La source supranationale doit formuler des obligations suffisamment précises pour que le juge puisse conclure à la contrariété du droit national. Une norme peut imposer une obligation précise à l'État sans conférer de droits directs aux particuliers.

une directive (nécessairement privée d'effet direct horizontal), la Cour de cassation, à laquelle il était demandé de mettre à l'écart la loi nationale, se refuse à le faire ; si la loi est contraire à la directive, cette dernière, faute d'applicabilité directe, ne peut écarter la première⁽⁷⁰⁾. Le juge manifeste le découplage entre le contrôle de conventionnalité (dire si la loi est conforme) et l'applicabilité directe (appliquer au fond du litige la substance de la norme supranationale en écartant au besoin la loi nationale contraire). Le contrôle de conventionnalité exprime la primauté du traité. L'applicabilité directe en signale l'effectivité.

La formule par laquelle le juge admet l'inconventionnalité mais refuse d'en tirer les conséquences au fond faute d'applicabilité directe demeure pourtant rare, ce qui s'explique par la relative liberté dont il dispose de reconnaître l'applicabilité directe des normes supranationales. Si la loi n'a pas les faveurs du juge, il sera tenté de reconnaître l'applicabilité directe de la norme supranationale invoquée pour la contester. Rares seront donc les situations dans lesquelles le juge prononcera l'inconventionnalité sans censurer la loi au fond. Elles demeureront cantonnées aux directives et, plus largement, aux normes européennes sans effet direct.

§ 2. – Dérives de l'applicabilité indirecte

169. – La norme supranationale d'applicabilité indirecte produit ses effets par le relais du droit national. Le juge enrichit celui-ci en l'interprétant à la lumière de celle-là. L'interprétation conforme désigne, par un raccourci sémantique, l'interprétation jurisprudentielle du droit national conformément au droit supranational⁽⁷¹⁾. Une limite est posée : conforme au droit supranational, l'interprétation doit l'être aussi au droit national. À défaut, elle signifierait la mise à l'écart de ce dernier, que seul l'effet direct admet. L'opération est susceptible de dérives lorsqu'elle est mal maîtrisée : 1) par la rétroactivité qu'elle renferme, l'interprétation permet de contourner l'obstacle de la contrariété du droit national en effaçant ce défaut pour le passé ; 2) par la torsion du droit national qu'elle opère, l'interprétation suggère qu'elle ne lui est jamais intrinsèquement conforme. La réalité de chacune de ces dérives doit être vérifiée.

170. – **Première dérive : l'interprétation *contra legem* par la rétroactivité.** L'interprétation conforme est principalement déployée à l'égard des directives européennes en raison de leur défaut chronique d'applicabilité directe horizontale. La Cour de justice oblige le juge national à interpréter son droit « à la lumière du texte

(70) Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, M. J. c/ M. L. : *Bull. civ.* 2013, V, n° 73, décidant que « la directive n° 2003/88/CE ne pouvant permettre, dans un litige entre des particuliers, d'écarter les effets d'une disposition de droit national contraire, la cour d'appel a retenu à bon droit, au regard de l'article L. 3141-3 du Code du travail, que le salarié ne pouvait prétendre au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés au titre d'une période de suspension du contrat de travail ne relevant pas de l'article L. 3141-5 du Code du travail. – *Adde* Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 11-21.609, *Assoc. de médiation sociale (AMS) c/ Union locale des syndicats CGT Quartiers Nord et a.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 193 ; *JCP S* 2014, 1429, note Y. Pagnerre.

(71) V. not. D. Simon, *La panacée de l'interprétation conforme : injonction homéopathique ou thérapie palliative ?*, in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins : Mélanges en l'honneur de P. Mengozzi*, Bruylant, 2013, p. 279.

et de la finalité de la directive »⁽⁷²⁾. Il doit à cette fin prendre en compte « l'ensemble du droit national » (même antérieur à la directive)⁽⁷³⁾ et parvenir au but fixé « dans toute la mesure du possible »⁽⁷⁴⁾. Mal comprise, la formule expose l'interprète à commettre un contresens. Il a été reproché à la Cour de cassation d'avoir refusé d'interpréter l'article L. 1222-1 du Code du travail, aux termes duquel le contrat de travail est exécuté de bonne foi, pour le rendre conforme à l'exigence prévue par l'article 7, § 6 de la directive n° 2001/23⁽⁷⁵⁾ d'une information individuelle préalable des salariés sur le transfert d'entreprise en l'absence de représentants des travailleurs. La Cour de cassation décide que, faute d'avoir été transposé en droit interne, cet article ne peut créer d'obligations à la charge de l'employeur⁽⁷⁶⁾. Le juge n'aurait pas fait tout son possible ; il n'aurait pas pris en compte tout le droit national⁽⁷⁷⁾. Les critiques sont fondées sur une conception erronée de l'office du juge : elle porte en elle le risque qu'en se fondant sur un texte sans rapport avec l'obligation prescrite par la directive, le juge, par la fiction de la rétroactivité de l'interprétation conforme, transpose lui-même la directive alors que le législateur y a manqué⁽⁷⁸⁾. La résistance de la Cour de cassation à cette dérive est louable. La jurisprudence des juges du fond ne témoigne pas toujours de la même prudence. S'est posée la question du sort du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur. Selon l'article 6 de la directive n° 2001/23, lorsque l'entreprise conserve son autonomie, le statut et la fonction des représentants des travailleurs concernés par le transfert subsistent. Cette disposition a été transposée en droit français à l'égard de certaines institutions : le Code du travail prévoit que lorsque l'entreprise qui fait l'objet de la modification conserve son autonomie juridique, subsistent les mandats des délégués syndicaux⁽⁷⁹⁾, des délégués du personnel⁽⁸⁰⁾ et des membres du comité d'entreprise⁽⁸¹⁾. Aucune disposition ne concerne en revanche la situation du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. Faute de transposition, est prohibée l'interprétation du droit national à la lumière de la directive pour décider que le mandat de cette institution perdure à l'issue du transfert. Le tribunal de grande instance de

(72) CJCE, 10 avr. 1984, aff. C-14/83, *Von Colson* : *Rec. CJCE* 1984, I, p. 1981.

(73) CJCE, 13 nov. 1990, aff. C-106/89, *Marleasing SA* : *Rec. CJCE* 1990, I, p. 4135.

(74) CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki e.a.*, pt 200 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 3071. – CJCE, 4 juill. 2006, aff. C-212/04, *Adeneler e.a.*, pt 111 : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 6057. – CJCE, 15 avr. 2008, aff. C-268/06, *Impact*, pt 101 : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 2483. L'obligation d'interprétation conforme s'impose dès l'expiration du délai de transposition ; mais avant même celui-ci les juridictions nationales doivent tenir compte des objectifs de la directive. Selon la Cour de justice, dès la notification de la directive aux États membres, les juridictions de ces derniers « doivent s'abstenir dans la mesure du possible d'interpréter le droit interne d'une manière qui risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation des objectifs de la directive » (CJCE, 4 juill. 2006, *Adeneler*, préc., pt 123).

(75) Dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

(76) Cass. soc., 18 nov. 2009, n°s 08-43.397 et 08-43.398, *Open Cascade* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 256 ; *RJS* 2/2010, n° 156. – Cass. soc., 17 déc. 2013, n° 12-13.503, *M. H. c/ Sté Mayon ès qual.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 307 ; *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 346, p. 5, obs. J.-Ph. Lhernould.

(77) P. Morvan, *Transfert d'entreprise et information individuelle des salariés* : *JCP S* 2010, 1047.

(78) Le risque est d'inscrire l'interprétation dans une boucle dont le propre est de n'avoir pas de commencement : il ne peut être reproché au juge d'avoir agi alors que la directive n'avait pas été transposée car, à l'instant même où il agit, la transposition est rétroactivement assurée. Création du droit et application du droit se mêlent.

(79) C. trav., art. L. 2143-10.

(80) C. trav., art. L. 2314-28.

(81) C. trav., art. L. 2324-26.

Paris, dans un jugement du 4 juillet 2006⁽⁸²⁾, a pourtant décidé que lorsqu'une entreprise subit une modification de sa situation juridique, mais conserve son autonomie, les mandats des membres du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail se poursuivent, par analogie à ce qui est légalement prévu pour les autres institutions représentatives du personnel. La décision est erronée en droit : une directive non transposée ne peut créer d'obligations à la charge de l'employeur. En l'absence de dispositions légales, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail d'une entité absorbée ne peut exiger son maintien dans l'entreprise absorbante. Rien n'empêche en revanche l'employeur de tolérer leur présence jusqu'à l'organisation de nouvelles élections.

171. – Une précision doit être apportée. La transposition rétroactive de la directive, prohibée, ne se confond pas avec la réception rétroactive par le juge de l'interprétation faite par la Cour de justice de l'Union européenne de la directive, laquelle demeure autorisée. Ainsi, si l'exigence d'information individuelle des salariés sur le transfert d'entreprise en l'absence d'institutions représentatives du personnel n'avait pas été inscrite formellement dans la directive mais avait résulté de la jurisprudence européenne, alors la Cour de cassation aurait pu la consacrer sur le fondement du droit interne⁽⁸³⁾. À défaut, nul enrichissement du sens des directives pratiqué par la Cour de justice ne saurait être reçu par le juge interne. Sans encourir la critique de pratiquer l'interprétation *contra legem* de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la Cour de cassation a abandonné, afin de se conformer à la jurisprudence européenne⁽⁸⁴⁾, l'exigence d'un lien de droit entre employeurs successifs pour caractériser le transfert d'entreprise⁽⁸⁵⁾. La jurisprudence agit en pratique comme la loi mais n'en supporte pas en droit le régime.

172. – **Seconde dérive : l'interprétation *contra legem* par la torsion.** Prohibée lorsque la directive n'a pas été transposée, l'interprétation conforme l'est aussi lorsque la directive l'a mal été⁽⁸⁶⁾ (et, plus généralement, lorsque le droit interne est contraire à une disposition supranationale dépourvue d'effet direct). L'interdiction veille à ne pas conférer subrepticement une applicabilité directe à la norme su-

(82) TGI Paris, 4 juill. 2006, n° 06/05769.

(83) À condition que le texte national sur lequel le juge fonde l'interprétation ne soit pas expressément contraire à l'exigence supranationale.

(84) CJCE, 10 févr. 1988, aff. C-324/86, *Tellerup c/ Daddy's Dance Hall* : Rec. CJCE 1988, I, p. 739 ; Dr. soc. 1988, p. 455, concl. M. Darmon et obs. G. Couturier ; RTDE 1988, p. 715, note P. Rodière. – CJCE, 15 juin 1988, aff. C-101/87, *Bork international* : Rec. CJCE 1988, I, p. 3057. – La solution a été réaffirmée dans plusieurs décisions : CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Ayşe Süzen c/ Zehnacker* : Rec. CJCE 1997, I, p. 1259. – CJCE, 25 janv. 2001, aff. C-172/99, *Oy Liikenne Ab* : Rec. CJCE 2001, I, p. 745 ; RJS 5/2001, n° 690.

(85) Cass. ass. plén., 16 mars 1990, n° 89-45.730, *Sté d'exploitation du Touring club de Paris-Ouest et a. c/ M. A. et M. S. et n° 86-40.686, SA nimoise de tauromachie et de spectacles c/ M. B. et n° 85-44.518, SARL Onet c/ M. M. et a.* : Bull. civ. 1990, ass. plén. n° 4 ; Dr. soc. 1990, p. 399, concl. H. Dontenwille, p. 412, obs. G. Couturier et p. 416, obs. X. Prétot ; D. 1990, p. 305, note A. Lyon-Caen ; JCP E 1990, II, 15825, note J. Deprez. – V., avant, Cass. soc., 12 juin 1986, n° 84-43.601, *Sté Socorail c/ Sté Somafer et a.* : Bull. civ. 1986, V, n° 299 ; Dr. soc. 1986, p. 608, concl. G. Picca. – Cass. ass. plén., 15 nov. 1985, n° 82-40.301, *Nova Services* : Bull. civ. 1985, ass. plén., n° 8 ; Dr. soc. 1986, p. 1, concl. G. Picca et obs. G. Couturier ; JCP G 1986, II, 20705, note G. Flécheux et M. Bazex.

(86) Transposent la directive tant les actes originels de transposition exprès de celle-ci que les mesures nationales postérieures qui complètent les règles internes déjà adoptées sur le thème en cause (CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, pt 51 : Rec. CJCE 2005, I, p. 9981 ; Europe 2006, comm. 18, note L. Idot ; Dr. ouvrier 2006, p. 521, obs. C. Vigneau. – CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki et a.*, pt 131 : Rec. CJCE 2009, I, p. 3071 ; RJS 8-9/2009, p. 609, note N. Moizard ; Europe 2009, comm. 235, note L. Driguez ; Semaine sociale Lamy 2010, suppl., n° 1444, p. 29, note S. Laulom. – CJUE, 24 juin 2010, aff. C-98/09, *Sorge* : Rec. CJUE 2010, I, p. 5837 ; RJS 10/2010, n° 822).

pranationale. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation semblent malmener le principe de sécurité juridique. Confrontée à un texte prévoyant limitativement les cas d'assimilation au temps de travail effectif pour l'ouverture et le calcul des droits à congés⁽⁸⁷⁾, la Cour de cassation, au visa de la directive « temps de travail »⁽⁸⁸⁾, enrichit la liste de l'accident de trajet alors qu'il n'y figure pas⁽⁸⁹⁾. Confrontée à un texte excluant les ruptures conventionnelles du respect des dispositions relatives au licenciement pour motif économique⁽⁹⁰⁾, la cour, au visa de la directive « licenciements collectifs »⁽⁹¹⁾, décide que les premières (« lorsqu'elles ont une cause économique et s'inscrivent dans un processus de réduction des effectifs dont elles constituent la ou l'une des modalités ») doivent être prises en compte pour le calcul des seuils de déclenchement de la procédure d'information et de consultation du comité d'entreprise ainsi que pour l'élaboration d'un plan de sauvegarde de l'emploi⁽⁹²⁾. Confrontée à un texte excluant les conventions de forfait en jours sur l'année du respect des durées maximales légales de travail⁽⁹³⁾, la cour, au visa, notamment, de la directive « temps de travail »⁽⁹⁴⁾, impose le respect des durées maximales raisonnables de travail⁽⁹⁵⁾. Bien que les deux notions soient distinctes, il est malaisé d'affirmer que l'interprétation est conforme alors que la quasi-totalité des conventions privées prises en application de la loi est censurée. Le juge aurait seul réussi à percevoir l'essence de la loi alors que les partenaires sociaux, dans les entreprises et les branches, y auraient été aveugles. L'interprétation conforme dissimulant une interprétation *contra legem* est fortement attentatoire à l'exigence de sécurité juridique : le juge sanctionne un particulier pour avoir violé une loi dont le sens est rétroactivement modifié et l'empêche de se retourner contre l'État pour obtenir la réparation de son préjudice.

173. – La critique mérite néanmoins d'être tempérée. Les excès du juge perdent leur vigueur lorsqu'il est constaté, à condition de grossir le trait, que l'interprétation conforme est par nature... *contra legem*. Si les tribunaux doivent « tordre » le droit national pour le « rendre conforme » aux exigences supranationales, c'est qu'il n'a pas tout à fait cette qualité. Les mots de la Cour de justice de l'Union européenne révèlent cette ambiguïté : « La question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est *contraire* au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne

(87) C. trav., art. L. 3141-5. – C. trav., art. L. 3141-3.

(88) PE et Cons. UE, dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

(89) Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 08-44.834, *Dominguez c/ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 204 ; *RDT* 2012, p. 567, obs. M. Véricel ; *RJS* 10/2012, n° 811.

(90) C. trav., art. L. 1233-3, al. 2.

(91) Cons. UE, dir. n° 98/59/CE, 20 juill. 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs : *JOC* n° L 225/16, 12 août 1998.

(92) Cass. soc., 9 mars 2011, n° 10-11.581, *Comité central d'entreprise de l'unité économique et sociale ND Vrac et a. c/ Sté Norbert Dentressangle Silo (ND Silo)* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 70 ; *JCP S* 2011, 1200, note F. Favennec-Héry ; *RJS* 5/2011, n° 408, p. 347, note G. Couturier ; *RDT* 2011, p. 244, note F. Géa et, p. 226, note J.-M. Béraud ; *Dr. soc.* 2011, p. 681, obs. G. Loiseau.

(93) C. trav., art. L. 3121-48, al. 2 et 3.

(94) Cons. UE, dir. n° 1993/104/CE, 23 nov. 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 17, § 1 et art. 4. – PE et Cons. UE, dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, art. 17, § 1 et art. 19.

(95) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *X... c/ Sté Y...* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 191 ; *RJS* 8-9/11, n° 696, note F. Favennec-Héry ; *RDT* 2011, p. 486, note E. Mazuyer ; *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1499, p. 5, note M.-F. Mazars et Ph. Florès.

s'avère possible »⁽⁹⁶⁾. L'enjeu de l'interprétation conforme est alors de savoir dans quelles limites il est « possible » (selon la formule du juge européen) de rendre une disposition nationale contraire... conforme. Il n'est jamais rassurant de fonder une théorie sur un principe à l'origine bancal. Le juge s'essaye à l'équilibre. Il doit concilier la protection des intérêts du législateur national et la promotion des exigences du droit européen (ce qui impose d'admettre largement l'interprétation conforme) avec la préservation de la sécurité juridique à laquelle aspirent les particuliers et les entreprises (ce qui nécessite, à l'inverse, d'être sévère à l'égard des risques d'interprétation *contra legem*). Il n'est pas inintéressant, à l'aune de ces préceptes, de relire les arrêts précédemment fustigés.

S'agissant des congés, le juge a tenté d'aboutir à une position équilibrée. L'examen de l'esprit de la loi puis son respect en sont la clé. Pour enrichir la liste limitative de certains cas de suspension du contrat de travail qui n'y figuraient pas, la Cour de cassation observe que seules la composent des hypothèses d'arrêt de travail d'origine professionnelle. Elle accepte, d'après ce critère, l'assimilation de l'accident de trajet à l'accident de travail⁽⁹⁷⁾, mais refuse celle de la maladie non professionnelle à la maladie professionnelle⁽⁹⁸⁾. La première assimilation traduit une torsion du texte national plus acceptable que ne l'aurait été la seconde, à laquelle il est heureux que le juge ait résisté. S'agissant des conventions de forfait en jours sur l'année, le manque de précision de la loi ne marquait pas définitivement sa contrariété aux normes supranationales. Les employeurs n'ont jamais été autorisés à ne plus respecter les principes généraux de santé et de sécurité imposant de garantir à leurs salariés une durée raisonnable de travail. La soumission des ruptures conventionnelles à certaines règles de la procédure de licenciement pour motif économique demeure en revanche plus discutable. La réécriture d'un texte clair⁽⁹⁹⁾ à laquelle a procédé la Cour de cassation marque une torsion trop forte du droit national qui, au demeurant, n'était pas entièrement imposée par la directive sur laquelle elle est fondée⁽¹⁰⁰⁾.

174. – En somme, le critère permettant d'apprécier la frontière de l'interprétation conforme réside dans le respect par le juge de la lettre de la loi et de la volonté du législateur. La torsion du droit national qu'opère le premier doit être fidèle

(96) CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez*, pt 23 : *Rec. CJUE* 2012 ; *Europe* 2012, comm. 115, note D. Simon ; *JCP S* 2012, 1135, note E. Andréo et J. Misslin.

(97) Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 08-44.834, *M. D. c/ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 204 ; *RDT* 2012, p. 567, note M. Véricel ; *RJS* 10/2012, n° 811.

(98) Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, *M. J. c/ M. L.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 73 ; *RJS* 5/2013, n° 384 ; *RDT* 2013, p. 341, note M. Véricel.

(99) Selon M. le Conseiller Béraud, « interpréter un texte de droit interne à la lumière d'une directive communautaire dans le champ matériel duquel il s'inscrit est une chose, mais l'évincer par application d'une directive en est une autre ». Il précise que « l'exclusion des ruptures conventionnelles étant expressément et clairement prévue par l'art. L. 1233-3 al. 2 du Code du travail, la mise à l'écart de ce texte ne relève pas d'une problématique d'interprétation » (J.-M. Béraud, *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique ; un rapport à décrypter* : *RDT* 2011, p. 226). En ce sens V. aussi, J.-F. Cesaro, *La résiliation conventionnelle des contrats de travail* : *Dr. soc.* 2011, p. 641, spéc. n° 36. – G. Loiseau, *Les ruptures conventionnelles pour motif économique* : *Dr. soc.* 2011, p. 681. – B. Inès, *Licenciement économique : prise en compte des ruptures conventionnelles* : *D.* 2011, p. 886. – Comp. F. Géa, *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique* : *RDT* 2011, p. 244, spéc. p. 248.

(100) Si, d'après la directive n° 98/59/CE, l'employeur qui recourt à des licenciements collectifs (auxquels peuvent être assimilées les ruptures conventionnelles ayant une « cause » économique s'inscrivant dans un processus de compression des effectifs, en vertu de l'article 1, b), al. 2) de la directive) doit « procéder en temps utile à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord » (art. 2), rien ne l'oblige à mettre en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi.

à ce qu'a voulu (ou ce qu'aurait voulu) le second. Un autre critère devrait, à notre sens, être vérifié pour permettre au juge de déployer l'interprétation conforme. La norme supranationale à la lumière de laquelle le juge interprète le droit national devrait avoir un caractère suffisamment clair et précis (que peut lui conférer, le cas échéant, le juge supranational). S'il est certain que l'interprétation conforme peut intervenir en l'absence de droits et d'obligations directement applicables aux particuliers, il demeure malaisé d'admettre qu'une norme supranationale insuffisamment précise puisse être utilisée par le juge comme la « lumière » éclairant l'œuvre législative. Deux illustrations peuvent être données. La première manifeste le respect par le juge du critère tenant à la précision de la disposition supranationale. La Cour de cassation, lorsqu'elle s'interroge sur l'élargissement de la liste des cas assimilés à du temps de travail effectif pour le calcul des droits à congés, réagit à la jurisprudence européenne condamnant le caractère limitatif de la liste nationale sur le fondement de la directive « temps de travail ». Le sens de cette dernière, précisé par son interprète, permettait à la Cour de cassation d'y confronter le droit national⁽¹⁰¹⁾. Il lui restait alors à apprécier la volonté du législateur pour savoir dans quelle mesure l'interprétation conforme pouvait intervenir. La seconde illustration révèle ce que le juge ne doit pas faire en l'absence de précision suffisante de la disposition supranationale. La Cour de cassation⁽¹⁰²⁾ s'inspire de l'article 8, § 1 de la directive n° 2002/14 du 11 mars 2002⁽¹⁰³⁾ et de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁽¹⁰⁴⁾ pour comprendre à leur lumière les articles L. 2323-1 et L. 2324-5 du Code du travail ainsi que l'article 1382 du Code civil ; elle décide ainsi que l'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui « cause nécessairement un préjudice aux salariés », privés d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts. Il est douteux que les textes supranationaux mobilisés imposent au juge de reconnaître un préjudice automatique dans cette situation.

175. – Conclusion de section. L'applicabilité du droit supranational constitue la porte d'entrée (bénéfique ou maléfique, c'est selon) de la diffusion des normes supranationales. Le juge administratif fait preuve de volontarisme en jetant les bases d'une définition des critères de l'effet direct. Le juge judiciaire est plus réservé, probablement animé par l'idée que le silence vaut mieux, parfois, qu'une réponse regrettable. L'applicabilité directe ou indirecte des normes supranationales est susceptible de dérives si de fermes limites n'y sont pas fixées. La ligne jurisprudentielle n'est pas arrêtée. Des tendances apparaissent. Le juge judiciaire admet assez largement

(101) La Cour de cassation fait directement référence à l'arrêt de la Cour de justice : « Attendu que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10), a dit pour droit (...) ».

(102) Cass. soc., 17 mai 2011, n° 10-12.852, *M. C. / Sté AB* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 108 ; *RJS* 8-9/2011, n° 714.

(103) « Les États membres prévoient des mesures appropriées en cas de non-respect de la présente directive par l'employeur ou les représentants des travailleurs. En particulier, ils veillent à ce qu'il existe des procédures administratives ou judiciaires appropriées pour faire respecter les obligations découlant de la présente directive ».

(104) « Les travailleurs ou leurs représentants doivent se voir garantir, aux niveaux appropriés, une information et une consultation en temps utile, dans les cas et conditions prévus par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales ».

l'effet direct. Mais le fait qu'il ne dote pas toutes les normes de cette qualité alors qu'elles renferment des énoncés semblables et qu'il demeure parfois muet à l'égard de la Charte sociale européenne manifeste encore sa gêne. L'invocabilité des normes supranationales aux fins d'interprétation conforme du droit national est globalement respectueuse de la volonté du législateur. Le juge doit continuer de résister aux charmes de l'effet utile des normes supranationales dont l'invocation sous-tend souvent des réflexions préconstituées.

SECTION 2

Le conflit entre lois supranationales, expression de l'absence de hiérarchie

176. – Un constat. Il est plaisant de ressortir de vieilles photographies de lieux anciennement habités pour les comparer à leur état présent. La démarche révèle les différences qu'emporte le cours du temps. Pour voyager ainsi, le juriste ouvre ses revues. Il lit dans celles d'hier que les conflits susceptibles de surgir entre les traités pourront être tranchés par le juge « sans difficulté particulière »⁽¹⁰⁵⁾. Il découvre dans celles d'aujourd'hui que « selon l'avis largement partagé, les conflits de traités présentent un certain niveau de complexité »⁽¹⁰⁶⁾. La multiplication des interprétations des traités par leurs organes de contrôle accroît mécaniquement les risques de divergence. Le jardin à la française du passé laisse place à un champ plus sauvage.

177. – Une méthode. L'article 55 de la Constitution impose à la loi d'être conforme à chacun des traités régulièrement introduits dans l'ordre interne sans toutefois prévoir de hiérarchie formelle entre ces textes. Confronté à l'application de dispositions contradictoires (§ 1), le juge doit⁽¹⁰⁷⁾ trouver une règle de résolution du conflit (§ 2).

§ 1. – Représentation du conflit

178. – Le conflit entre traités⁽¹⁰⁸⁾ survient lorsque leurs dispositions, sous réserve qu'elles soient d'effet direct, sont inconciliables. La divergence des solu-

(105) P. Frydman, *Appréciation par le juge administratif de la compatibilité de la loi française avec les traités internationaux antérieurs* : *Rev. crit. DIP* 1990, p. 125.

(106) D. Alland, *Le juge interne et les « conflits de traités » internationaux* : *RFDA* 2012, p. 26, spéc. n° 5. – Adde M. Gautier, *Les conflits entre conventions internationales devant le juge administratif français* : *Dr. adm.* 2002, chron. 9.

(107) C. civ., art. 4.

(108) Aux traités concernés par le conflit, s'agrègent les principes généraux du droit de l'Union européenne, qui ont la même valeur juridique que le traité de Rome (CE, 3 déc. 2001, n° 226514, *Synd. national des industries pharmaceutiques [SNIP]* : *Rec. CE* 2001, p. 624 ; *Dr. fisc.* 2002, p. 1382, concl. P. Fombeur. – CE, ass., 8 févr. 2007, n° 287110, *Sté Arce-lor Atlantique et Lorraine* : *Rec. CE* 2007, p. 294 ; *RFDA* 2007, p. 384, concl. M. Guyomar). Demeurent en revanche exclus les principes généraux du droit international et la coutume, qui ont une valeur infra-législative (CE, ass., 6 juin 1997, n° 148683, *Aquarone* : *Rec. CE* 1997, p. 206 ; *RFDA* 1997, p. 1068, concl. G. Bachelier. – CE, 28 juin 2000, n° 178834, *Paulin* : *Rec. CE* 2000, p. 317 ; *Dr. fisc.* 2001, p. 357, concl. J. Arrighi de Casanova) et dont le juge ne reconnaît pas l'effet direct (Cass. crim., 4 juin 1964, n° 64-68.000, *Argoud* : *Bull. crim.* 1964, n° 192 ; *JCP G* 1964, II, 13806).

tions n'implique pas nécessairement leur contradiction. Le premier état manifeste un conflit « apparent »⁽¹⁰⁹⁾. Le second signale un conflit véritable, « irréductible »⁽¹¹⁰⁾.

179. – Conflit apparent. Lorsque, relativement à un même objet, les dispositions des traités retiennent des règles différentes, il appartient au juge interne d'appliquer les plus exigeantes. La méthode permet de résoudre la plupart des litiges. Les directives européennes et les conventions de l'Organisation internationale du travail formulent essentiellement des normes « plancher » dont la substance est enrichie par l'interprétation à laquelle procèdent les juges supranationaux des textes protégeant des droits fondamentaux (au premier rang desquels figure la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Le respect des seconds entraîne celui des premières (sous réserve que soient respectés les traités de l'Union européenne)⁽¹¹¹⁾. Le mécanisme de l'interprétation conforme assure la réception en droit interne d'exigences croisées. Le droit du temps de travail en offre illustration. La directive n° 2003/88 et la Charte sociale européenne formulent parfois des règles différentes. À leur conciliation, il appartient au juge d'œuvrer⁽¹¹²⁾ ; elle est tantôt acceptée, tantôt refusée.

La Cour de cassation⁽¹¹³⁾ a accepté d'appliquer les dispositions de la Charte⁽¹¹⁴⁾, plus exigeantes que celles de la directive, pour décider que la mise en œuvre des conventions de forfait en jours ne doit pas entraîner une durée déraisonnable de travail⁽¹¹⁵⁾. Le juge a procédé à l'interprétation du droit national⁽¹¹⁶⁾ conformément aux deux textes européens, en décidant que ces conventions doivent respecter les durées maximales (raisonnables) de travail.

Le juge acceptera probablement d'appliquer les dispositions plus exigeantes de la Charte sociale européenne pour décider que l'assimilation qu'opère la loi de l'astreinte (sans intervention) à une période de repos⁽¹¹⁷⁾ doit comporter des garanties

(109) J. Boucher, *Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales* : RFDA 2012, p. 1, spéc. n° 4.2.

(110) *Ibid.*

(111) TFUE, art. 153, § 4.

(112) La conciliation suppose un conflit, au moins apparent. Si le juge national ne reconnaît aucune autorité aux positions du Comité européen des droits sociaux (rien ne l'y oblige), l'opposition entre la directive et la Charte sociale européenne disparaît. Cette dernière, détachée du sens que lui confère le Comité, s'apparente à une coquille vide (ou plutôt... pleine de potentialité, puisque le juge national, en sa qualité de juge de la conventionnalité, peut conférer à la Charte le sens qu'il veut, notamment celui donné par le Comité).

(113) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, X... c/ Sté Y... : *Bull. civ.* 2011, V, n° 191 ; *JCP S* 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé ; *JCP S* 2011, 1333, note M. Morand.

(114) Charte sociale européenne, art. 2, § 1. – CEDS, 23 juin 2010, réclamations n° 55/2009, *CGT c/ Gouvernement de la France* et n° 56/2009, *CFE-CGC c/ Gouvernement de la France*. – CEDS, 16 nov. 2001, réclamation n° 9/2000, *CFE-CGC c/ France*.

(115) Le caractère plus protecteur de la Charte sociale européenne doit être nuancé. La Cour de cassation rappelle que, selon l'article 17 de la directive n° 2003/88, les États membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que « dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ». Ces principes imposent l'observation d'une durée raisonnable de travail, à l'instar de l'article 2, § 1 de la Charte sociale européenne.

(116) C. trav., art. L. 3121-45 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 (nouvel art. L. 3121-39).

(117) C. trav., art. L. 3121-6.

suffisantes⁽¹¹⁸⁾, ce que n'exige pas expressément la directive⁽¹¹⁹⁾ (mais ce qu'elle n'exclut pas non plus)⁽¹²⁰⁾.

Le juge a, semble-t-il, résisté à l'application de certaines dispositions plus exigeantes de la Charte sociale européenne en décidant⁽¹²¹⁾, conformément à la directive⁽¹²²⁾, que la mise en place de conventions de forfait peut reposer sur la conclusion de conventions collectives de travail, ce que prohibait, naguère, la Charte sociale européenne ; estimant insuffisantes les protections offertes par le droit français de la négociation collective, le Comité européen des droits sociaux semblait n'admettre que la loi pour organiser la flexibilité du temps de travail⁽¹²³⁾.

Le respect de cette exigence en droit français n'aurait pas violé la directive, qui prévoit que la dérogation aux règles relatives à la durée du travail peut intervenir par accord collectif ou par voie législative. Le Comité a depuis lors modifié sa position, admettant que la convention collective, à condition de contenir des garanties suffisantes, peut fixer le régime des conventions de forfait⁽¹²⁴⁾.

180. – Conflit véritable. Un conflit véritable se manifeste lorsque le respect d'un traité entraîne la violation d'un autre. L'État doit respecter simultanément des engagements contradictoires⁽¹²⁵⁾. Ce type de conflit devrait être rare entre les traités adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe : appartenant à la même famille, ils prévoient des règles d'essence similaire. Il surgira plus facilement lorsqu'est en cause le droit de l'Union européenne (spécialement celui des traités) en raison des objectifs propres qu'il poursuit, liés à la réalisation du marché intérieur, que la protection des droits fondamentaux des travailleurs, bien que croissante⁽¹²⁶⁾, ne peut empêcher⁽¹²⁷⁾. Plusieurs illustrations peuvent être données.

(118) Charte sociale européenne, art. 2, § 1. – CEDS, 23 juin 2010, réclamations n° 55/2009, *CGT c/ Gouvernement de la France*, § 65 à 67 et n° 56/2009, *CFE-CGC c/ Gouvernement de la France*, § 64 et 65. – CEDS, 12 oct. 2004, réclamations n° 16/2003, *CFE-CGC c/ France*, § 53 et n° 22/2003, *CGT c/ France*, § 38. – CEDS, 7 déc. 2004, réclamation n° 22/2003, *CGT c/ France*. La Cour de cassation pourrait estimer que ces garanties impliquent : l'identification des fonctions autorisant le placement des salariés en astreinte ; la communication suffisamment en avance du calendrier des astreintes pour permettre aux salariés de s'organiser ; la limitation du nombre d'astreintes pouvant être réalisées au cours d'une période hebdomadaire et mensuelle ; l'instauration de contreparties, de préférence sous forme de repos, pour compenser la période d'astreinte, etc.

(119) Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 4. – CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-303/98, *SIMAP*, pt 47 : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 7963.

(120) Dir. n° 2003/88/CE, art. 15.

(121) Cass. soc., 29 juin 2011, préc.

(122) Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 17, § 2.

(123) CEDS, 23 juin 2010, réclamations n° 55/2009, § 54-55, préc., et n° 56/2009, préc., § 63-64. Le Comité européen des droits sociaux indique que l'organisation de la flexibilité du temps de travail par convention collective d'entreprise suppose que cette dernière comporte « des garanties spécifiques ». Il estime que la procédure française d'opposition (prévue aux articles L. 2232-12, L. 2232-13 et L. 2232-27 du Code du travail) ne constitue pas une telle garantie. Il conclut à la violation de l'article 2, § 1 de la Charte. Le Comité constate également que la loi n'impose pas que les conventions collectives fixent les modalités de suivi de la charge de travail (bien que les partenaires sociaux aient en pratique la possibilité de le faire). Il est permis de se demander si l'énonciation de ces obligations par la jurisprudence (et non par la loi) est conforme à la position du Comité.

(124) *Le Comité européen des droits sociaux accepte le forfait jour : Liaisons soc. Europe* 2015, n° 370, p. 1.

(125) Sur les hypothèses de conflit, V. not. J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen*, PUF, 2^e éd. 2011, n° 326, p. 252.

(126) La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (1^{er} déc. 2009), valeur juridique de traité (TUE, art. 6).

(127) V. not. J. Cavallini, *Les méthodes en droit européen du travail*, in B. Teyssié (ss dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, *Economica*, 2011, p. 279, spéc. n° 466, p. 289.

La loi française qui, conformément à la convention n° 89 de l'OIT⁽¹²⁸⁾, interdisait le travail de nuit des femmes pour des motifs de sécurité, violait le principe d'égalité de traitement entre elles et les hommes proclamé par la directive n° 76/207⁽¹²⁹⁾.

La loi suédoise qui, conformément aux dispositions du traité de Rome relatives à la libre prestation de services⁽¹³⁰⁾ et à la suite de sa « condamnation » par la Cour de justice⁽¹³¹⁾, limite le droit de grève des travailleurs détachés sur le sol de la Suède à la réclamation de l'application des conditions minimales de travail⁽¹³²⁾, viole la conception extensive du droit d'action collective défendue par la Charte sociale européenne⁽¹³³⁾.

Seuls ces conflits « irréductibles » appellent l'élaboration d'une règle de sélection des traités pour les résoudre.

§ 2. – Résolution du conflit

181. – À défaut de repérer la règle de résolution du conflit entre traités dans l'ordre juridique supranational (I), le juge forge la sienne dans l'ordre interne (II).

I. – Résolution du conflit dans l'ordre juridique supranational

182. – Les conflits entre traités demeurent rares. Les textes supranationaux jettent en amont des ponts entre eux pour harmoniser les solutions qu'ils renferment. Leurs interprètes nouent en aval un dialogue afin de tempérer les disparités. Mais lorsque l'opposition irréductible survient, trouver une règle de résolution des conflits au sein des différents ordres juridiques supranationaux est vain. Aucun d'eux n'a, pour l'heure, renoncé à sa suprématie.

183. – **Droit de l'Union européenne.** L'Union européenne affirme sa supériorité à l'égard du droit international. Elle est source d'un « ordre juridique propre »⁽¹³⁴⁾. Les passerelles construites vers le droit international ne la font pas renoncer à sa spécificité. Trois illustrations en donnent la mesure.

La Cour de justice, le cas échéant saisie d'un recours⁽¹³⁵⁾, ne soumet pas le contrôle de la validité du droit de l'Union à des conventions internationales auxquelles elle

(128) Conv. OIT n° 89, 9 juill. 1948, concernant le travail de nuit des femmes occupées dans l'industrie, art. 3.

(129) Cons. UE, dir. n° 76/207/CEE, 9 févr. 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. – CJCE, 25 juill. 1991, aff. C-354/89, *Stoeckel* : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 4047 ; *Dr. soc.* 1992, p. 174, obs. M.-A. Moreau ; *RTDE* 1993, p. 81, note E. Traversa.

(130) TFUE, art. 56.

(131) CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri*, pt 101 : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 11767 ; *RTDE* 2008, p. 47, note P. Rodière ; *JCP S* 2008, 1087, note J. Cavallini ; *JSL* 2008, n° 228, p. 4, note J.-Ph. Lhernould.

(132) Selon la loi suédoise, aucune action collective ne peut être déclenchée par les syndicats suédois si l'employeur démontre que les travailleurs détachés bénéficient de conditions d'emploi au moins aussi favorables que les conditions minimales figurant dans les conventions conclues au niveau central (V. not. K. Chatzilaou, *La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval* : *RDT* 2014, p. 160).

(133) Charte sociale européenne, art. 6, § 2 et § 4. – CEDS, 3 juill. 2013, réclamation n° 85/2012, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c/ Suède*, § 74 et § 121 : *RDT* 2014, p. 160, obs. K. Chatzilaou. Selon le Comité européen des droits sociaux, le droit de mener des actions collectives ne peut faire l'objet de restrictions de son « essence ». Sa protection implique que « les syndicats soient autorisés à œuvrer à l'amélioration des conditions de vies et d'emploi que connaissent les travailleurs » (§ 120).

(134) CJCE, 15 juill. 1964, aff. C-6/64, *Costa c/ ENEL* : *Rec. CJCE* 1964, I, p. 1141.

(135) TFUE, art. 267. Sur la technique du recours en appréciation de validité, V. not. B. Teyssié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n°s 101 et 110.

n'est pas partie⁽¹³⁶⁾, sauf lorsque leurs dispositions constituent des principes généraux du droit de l'Union européenne⁽¹³⁷⁾. Ils se logent, dans la hiérarchie interne à l'Union, aux côtés des traités fondateurs⁽¹³⁸⁾. En dépit de cette référence, le vocabulaire de la Cour de justice trahit sa volonté de ne pas trop approcher les traités de protection des droits de l'homme (et des salariés). Ils ont pour la Cour une « signification particulière »⁽¹³⁹⁾ ; ils constituent des « indications »⁽¹⁴⁰⁾ dont elle affirme « tenir compte »⁽¹⁴¹⁾. L'influence n'est pas « déterminante »⁽¹⁴²⁾. Après avoir un temps estimé que les conventions internationales signées par les États membres antérieurement au traité de Rome pouvaient l'emporter sur le droit de l'Union⁽¹⁴³⁾, la Cour de justice exige aujourd'hui qu'ils dénoncent leurs engagements contraires lorsque leur « type » le permet⁽¹⁴⁴⁾ : demeurent exclus les traités multilatéraux de protection des droits de l'homme. À défaut de s'engager dans cette voie (faute de volonté ou de possibilité), les États engagent leur responsabilité. Les accords internationaux conclus par l'Union européenne ne peuvent pas, selon la Cour de justice, affecter la validité des directives qui leur seraient contraires, alors même que ces accords priment les actes de l'Union⁽¹⁴⁵⁾.

(136) Le moyen tiré de l'invalidité d'un acte de droit dérivé au regard d'une convention liant les États membres mais non l'Union européenne est inopérant, peu important que la stipulation soit ou non d'effet direct (CJUE, 21 déc. 2011, aff. C-366/10, *Air Transport Association of America e.a.* : Rec. CJUE 2011, I, p. 13755).

(137) Aux termes de l'article 6, § 3 TUE, « les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux ». Les droits fondamentaux peuvent aussi être repérés dans « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré » (CJCE, 18 juin 1991, aff. C-260/89, *ERT* : Rec. CJCE 1991, I, p. 2925). Le contrôle de la validité des actes de l'Union revient à la Cour de justice (TFUE, art. 267. – CJCE, 17 déc. 1970, aff. C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft* : Rec. CJCE 1970, I, p. 1125. – CJCE, 10 mars 1998, aff. C-122/95, *Allemagne c/ Conseil* : Rec. CJCE 1998, I, p. 973).

(138) La confrontation entre les traités européens et les principes généraux du droit de l'Union européenne s'effectue non dans une relation hiérarchique, mais entre principe et dérogation. Un principe général du droit de l'Union européenne peut justifier une dérogation à une disposition d'un traité, sous réserve que l'atteinte au second soit justifiée et proportionnée. Si la Cour de justice reconnaît le droit de grève comme principe général du droit de l'Union en se référant aux différents instruments internationaux (notamment la Charte sociale européenne et la convention OIT n° 87), cela ne l'empêche pas de concilier ce droit avec les libertés économiques (CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation c/ Viking Line* : Rec. CJCE 2007, I, p. 10779 ; JCP S 2008, 1086, note J. Cavallini ; RJS 3/2008, p. 182, chron. H. Tissandier).

(139) CJCE, 21 sept. 1989, aff. C-46/87 et 227/88, *Hoescht c/ Commission* : Rec. CJCE 1989, I, p. 2859.

(140) CJCE, 28 oct. 1975, aff. C-36/75, *Rutili c/ Min. Intérieur* : Rec. CJCE 1975, I, p. 1219.

(141) CJCE, 14 mai 1974, aff. C-4/73, *Nold KG c/ Commission* : Rec. CJCE 1974, I, p. 491. – Cette « prise en compte » concerne aussi la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CJCE, 15 oct. 2002, aff. C-238/99, *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) et a. c/ Commission*, pts 170 et 275 : Rec. CJCE 2002, I, p. 8375).

(142) En ce sens, V. not. J.-F. Flauss, *Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux*, in J.-F. Flauss (ss dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, Bruylant, 2002, p. 108. – V. aussi I. Omarjee et S. Robin-Olivier, *Droit social. La place des normes internationales dans le droit social communautaire* : LPA 29 juill. 2002, n° 150, p. 16. – D. Nazet-Allouche, *La Cour de justice des Communautés européennes et les droits sociaux fondamentaux*, in L. Gay, E. Mazuyer et D. Nazet-Allouche (ss dir.), *Les droits sociaux fondamentaux. Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006, p. 222.

(143) CJCE, 2 août 1993, aff. C-158/91, *Ministère public et Direction du travail et de l'emploi c/ Levy*, pt 22 : Rec. CJCE 1993, I, p. 4287.

(144) CJCE, 4 juill. 2000, aff. C-54/98, *Commission c/ Portugal*, pt 40 : Rec. CJCE 2000, I, p. 5215. – CJCE, 14 sept. 1999, aff. C-170/98, *Commission c/ Belgique*, pt 42 : Rec. CJCE 1999, I, p. 5493.

(145) CJUE, 18 mars 2014, aff. C-363/12, Z. : Rec. CJUE 2014 ; D. 2014, p. 1811, note A. Boujeka, décidant que la directive n° 2000/78/CE doit être interprétée en ce sens que ne constitue pas une discrimination fondée sur le handicap le fait de refuser d'accorder un congé payé équivalent à un congé de maternité ou à un congé d'adoption à une travailleuse qui est dans l'incapacité de porter un enfant et qui a recouru à une convention de mère porteuse. La Cour précise que la directive doit faire l'objet, dans la mesure du possible, d'une interprétation conforme à la convention des Nations unies, mais que la validité de la première ne peut pas être affectée par son incompatibilité avec des règles du droit international.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne contient une règle intéressante. Selon l'article 52, § 3, en cas de droits correspondants contenus dans la Charte et la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée, ainsi que les limitations admises, sont déterminés par la Cour européenne des droits de l'homme. L'interprétation par la Cour de justice des droits fondamentaux demeure néanmoins « contextualisée »⁽¹⁴⁶⁾ : lorsqu'est en cause une disposition spécifique au droit de l'Union, elle conserve son monopole d'interprétation⁽¹⁴⁷⁾. La correspondance entre les solutions est tenue en échec.

Le propos pourrait évoluer si l'Union européenne adhère à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'ensemble des normes formant le droit de l'Union ainsi que leur interprétation seraient susceptibles d'être évaluées à l'aune des droits de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme. La jurisprudence *Viking et Laval* pourrait être contestée devant cette dernière. Mais l'issue du processus demeure incertaine : le protocole n° 8 « relatif à l'article 6, § 2 du Traité sur l'Union européenne sur l'adhésion de l'Union à la Convention » prévoit « la nécessité de préserver les caractéristiques de l'Union et du droit de l'Union ». Il n'est pas permis d'affirmer que certaines oppositions entre les juges européens disparaîtront. La protection des droits de l'homme dans l'ordre de l'Union européenne obéit à la « prééminence de la logique communautaire »⁽¹⁴⁸⁾. La volonté de préserver cette logique a conduit la Cour de justice, dans un avis du 18 décembre 2014, à rejeter l'adhésion à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽¹⁴⁹⁾.

184. – Droit du Conseil de l'Europe. Le droit du Conseil de l'Europe recouvre deux systèmes distincts : le droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et celui de la Charte sociale européenne.

185. – La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales se place au sommet de l'ordre juridique établi dans le cadre du Conseil de l'Europe. La Cour européenne qualifie le recours aux normes internationales de « moyen complémentaire d'interprétation »⁽¹⁵⁰⁾ de la Convention. Elle retient une présomption de conformité de celle-ci au droit de l'Union, sauf « insuffisance manifeste » de la protection « communautaire »⁽¹⁵¹⁾. La réserve signale la suprématie

(146) M. Schmitt, *L'influence des conventions de l'OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée en matière de droit de négociation collective* : RDT 2013, p. 513, spéc. p. 522.

(147) Les « Explications » relatives à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (14 déc. 2007 [2007/C 303/02] : JOUE n° C-303, p. 17), indiquent que si « le législateur (...) doit respecter les mêmes normes que celles fixées par le régime détaillé des limitations prévu dans la [Conv. EDH] (...) [cela ne] porte [pas] atteinte à l'autonomie du droit de l'Union et de la Cour de justice de l'Union européenne » (art. 52, § 3). Ces « Explications » détaillent les droits dont le sens ou la portée sont les mêmes. Il n'est pas étonnant que l'article 28 relatif au droit de négociation et d'actions collectives n'y figure pas.

(148) F. Picod, *Le juge communautaire et l'interprétation européenne*, in F. Sudre (ss dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, p. 289, spéc. p. 305.

(149) CJUE, 18 déc. 2014, avis n° 2/13, *Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE*. – V. not. D. Simon, *Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 : Europe 2015*, étude 2.

(150) CEDH, 12 nov. 2008, req. n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, § 76 : Rec. CEDH 2008, V ; D. 2009, p. 739, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

(151) CEDH, 30 juin 2005, req. n° 45036/98, *Bosphorus Airways c/ Irlande*, § 165 : Rec. CEDH 2005, VI ; AJDA 2005, p. 1886, note J.-F. Flauss ; JCP G 2005, I, 10128, note F. Sudre ; RTDH 2005, p. 827, note Benoît-Rohmer, décidant qu'est présumée

de la Convention. La Cour n'hésite pas à écarter l'avis des comités d'experts de l'OIT et de la Charte sociale européenne, sur lesquels elle s'appuie dans d'autres affaires, en considérant que leur vision abstraite des situations est inappropriée à l'application *in concreto* de la convention⁽¹⁵²⁾.

186. – La Charte sociale européenne ne contient aucune disposition organisant ses rapports avec les autres traités, sauf pour signifier que les dispositions qu'elle énonce ne portent pas atteinte aux dispositions plus protectrices de ceux-ci⁽¹⁵³⁾. Le Comité européen des droits sociaux considère qu'il n'existe aucune présomption, même simple, s'agissant de la conformité des textes de l'Union européenne à la Charte⁽¹⁵⁴⁾. Invoquer la conformité au droit de l'Union du régime des forfaits en jours ne met pas à l'abri les États de violer la Charte. L'autonomie revendiquée par le Comité européen des droits sociaux⁽¹⁵⁵⁾ lui commande de ne pas se soumettre aux autres ordres juridiques. Les différents traités internationaux et l'interprétation qui en est retenue par leurs juges respectifs⁽¹⁵⁶⁾ n'ont qu'une capacité d'influence sur les solutions du Comité.

187. – **Droit international.** Ni les Pactes de l'Organisation des Nations unies, ni la Déclaration universelle des droits de l'homme, ni les conventions de l'Organisation internationale du travail ne prévoient que leurs dispositions cèdent face aux traités protégeant des droits dont la substance est identique.

Aucun des différents ordres juridiques internationaux ne se soumet donc aux autres. La naissance d'un conflit irréductible dépend de la conciliation qu'entendent opérer (ou non) les juges supranationaux des dispositions qu'ils interprètent. En l'absence de solution directement puisée dans l'ordre supranational, il revient au juge de forger dans l'ordre interne la règle de résolution du conflit entre traités.

conforme à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales la mesure adoptée par un État, prise en exécution d'obligations résultant de son appartenance à une organisation internationale pour laquelle il a abandonné une partie de sa souveraineté, dès lors que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux une protection au moins équivalente à celle assurée par la Convention. Le critère d'équivalence signifie que la protection doit être comparable et non pas identique.

(152) CEDH, 8 avr. 2014, req. n° 31045/10, *The National Union of Rail c/ Royaume-Uni* : JCP S 2014, act. 176.

(153) Charte sociale européenne, art. H.

(154) CEDS, 23 juin 2010, réclamations n° 55/2009, *Confédération générale du Travail (CGT) c/ France*, § 35 et n° 56/2009, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC c/ France*, § 33. – Sur l'articulation entre le droit de l'Union européenne et la Charte sociale européenne, V. not. P. Stangos, *Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne* : *Cah. dr. eur.* 2013, n° 2, p. 319. – K. Chatzilaou, *La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval* : RDT 2014, p. 160. – S. Laulom, *L'enchevêtrement des sources du droit du travail* : RDT 2011, p. 298. – J.-F. Akandji-Kombé, *Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne* : RDT 2011, p. 233.

(155) J.-Ph. Lhernould, *Les traités du Conseil de l'Europe et le droit du travail*, in B. Teyssié (ss dir.), *La norme transnationale en droit du travail*, Economica, 2014, p. 14, spéc. n°s 16 et 17, p. 22.

(156) Le Comité européen des droits sociaux s'approprie la définition du concept de discrimination tel qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour européenne (CEDS, 4 nov. 2003, réclamation n° 13/2002, *Autisme Europe c/ France*, § 52. – Comp. CEDH, 6 avr. 2000, req. n° 34369/97, *Thlimmenos c/ Grèce* : *Rec. CEDH* 2000, IV). De même, en s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour, le Comité affirme qu'« une distinction est discriminatoire » si elle « manque de justification objective et raisonnable », c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un « but légitime » ou s'il n'y a pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (CEDS, 9 sept. 2009, réclamation n° 50/2008, *Confédération française démocratique du travail [CFDT] c/ France*, § 38. – Comp. CEDH, 23 juill. 1968, req. n°s 1474/62 et s., « *Affaire linguistique belge* », série A, n° 6.) et pose, comme la Cour européenne, le principe selon lequel « les États Parties jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique » (CEDS, 9 sept. 2009, réclamation n° 50/2008, *Confédération française démocratique du travail [CFDT] c/ France*, § 39. – Comp. CEDH, 28 nov. 1984, req. n° 8777/79, *Rasmussen c/ Danemark*, série A, n° 87).

II. – Résolution du conflit dans l'ordre juridique national

188. – Le Conseil d'État, dans l'arrêt *Kandyrine* du 23 décembre 2011⁽¹⁵⁷⁾, offre un guide de résolution des conflits entre traités (A), en réservant le cas où serait en cause l'ordre juridique intégré de l'Union européenne (B). Le juge judiciaire doit s'en inspirer.

A. – Méthode générale

189. – Trois actions guident le juge dans la résolution des conflits entre traités : il doit vérifier qu'ils sont d'effet direct, tenter de les concilier avec la Constitution puis sélectionner l'application de l'un d'entre eux.

190. – **Vérification.** Le conflit n'existe que si les dispositions supranationales sont directement applicables. À défaut elles ne s'opposent pas. Le juge doit vérifier cette condition⁽¹⁵⁸⁾. Elle a pour conséquence de chasser une partie du contentieux. Mais la reconnaissance croissante de l'effet direct des traités⁽¹⁵⁹⁾ pourrait le faire ressurgir.

191. – **Conciliation.** Le juge doit assurer la « conciliation » entre les traités, « en les interprétant, le cas échéant, au regard des règles et principes à valeur constitutionnelle »⁽¹⁶⁰⁾. Il ne s'agit pas d'une règle de sélection des traités, car le juge n'est pas autorisé à les écarter en raison de leur inconstitutionnalité⁽¹⁶¹⁾. La formule correspond à une règle d'interprétation : les tribunaux doivent privilégier, dans la lecture des dispositions des traités, le sens qui est le plus conforme aux dispositions constitutionnelles⁽¹⁶²⁾. Si la référence au droit constitutionnel ne permet pas d'éviter le conflit, elle peut au moins le tempérer.

192. – **Sélection.** Deux règles guident le choix par le juge du traité applicable. Il doit d'abord sélectionner le traité « conformément aux principes du droit coutumier relatifs à la combinaison entre elles des conventions internationales »⁽¹⁶³⁾. Les règles qu'ils contiennent ne sont toutefois pas adaptées aux conflits complexes opposant des traités multilatéraux de protection des travailleurs et des droits de

(157) CE, ass., 23 déc. 2011, n° 303678, *Kandyrine de Brito Paiva* : *Rec. CE* 2011, p. 623 ; *RFDA* 2012, p. 1, concl. J. Boucher ; *RFDA* 2012, p. 19, avis G. Guillaume ; *RFDA* 2013, p. 653, note P. Cassia ; *AJDA* 2012, p. 201, note X. Domino et A. Bretonneau ; *AJDA* 2012, p. 26, note D. Alland ; *Constitutions* 2012, p. 295, note A. Levade ; *RTDE* 2012, p. 929, note D. Ritleng.

(158) CE, ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, préc.

(159) V. *supra*, nos 154 et s.

(160) CE, ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, préc. Le Conseil d'État décide que la conciliation doit aussi être opérée au regard des « principes d'ordre public ». La précision est d'un intérêt plus limité.

(161) Le rapporteur du Conseil d'État, dans l'arrêt *Kandyrine* (préc.), proposait de s'engager dans cette voie (J. Boucher, *Le juge administratif et la combinaison des normes internationales* : *RFDA* 2012, p. 1, spéc. n° 4.3). Mais le Conseil d'État, incapable de contrôler la constitutionnalité d'un traité, ne peut pas, *a fortiori*, l'écarter pour cette raison. Le Conseil constitutionnel lui-même se refuse à opérer ce contrôle s'agissant des traités en vigueur, sur le fondement de la règle *pacta sunt servanda* (Cons. const., 9 avr. 1992, n° 92-308 DC, consid. 7 et 8 : *Rec. Cons. const.* 1992, p. 55). La solution justifiée par un traité peut donc être contraire aux droits et libertés constitutionnels. Le professeur Cesaro remarque qu'« en l'état du droit positif, l'idée selon laquelle la norme constitutionnelle est supérieure à la norme internationale n'est pas parfaitement exacte » (J.-F. Cesaro, *L'articulation de la norme interne et de la norme internationale*, in B. Teysié [ss dir.], *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 225, spéc. n° 384, p. 229).

(162) Est confirmée la solution développée dans l'arrêt *Koné*, par lequel le juge avait procédé à l'interprétation constructive d'un traité d'extradition au regard d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CE, 3 juill. 1996, n° 169219, *Koné* : *Rec. CE* 1996, p. 255 ; *AJDA* 1996, p. 722, chron. D. Chauvaux et T.-X. Girardot ; *RTD civ.* 1997, p. 787, note N. Molfessis).

(163) CE, ass., 23 déc. 2011, préc.

l'homme. Ces principes font notamment référence à la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités qui, non ratifiée par la France, a valeur coutumière. Son utilité est faible. Les solutions qu'elle énonce ne règlent que les cas les plus simples : se reporter aux clauses des traités qui prévoient leur combinaison sélective⁽¹⁶⁴⁾ conduit à des recherches stériles ; à défaut choisir la *lex posterior*⁽¹⁶⁵⁾, laquelle est inadaptée pour les conflits « complexes ». Parmi les instruments du droit coutumier figure aussi l'application de la *lex specialis*⁽¹⁶⁶⁾. Outre que son domaine est mystérieux (la spécialité concerne-t-elle le caractère géographique ou substantiel du traité ?), elle est d'un secours modeste. Aucune certitude ne guide l'application par le juge d'une convention de l'OIT plutôt que de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou bien de cette dernière plutôt que de la Charte sociale européenne.

À défaut d'identifier le traité applicable sur le fondement du droit coutumier, le juge doit « faire application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et d'écarter, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée (...) »⁽¹⁶⁷⁾. Avec des adaptations, la formule suggère la sélection de la disposition supranationale pour l'application de laquelle la norme nationale a été adoptée. Cette règle conduit vers une nouvelle impasse. Rares sont les lois élaborées spécialement sous l'égide d'une convention protégeant des droits fondamentaux. Un élément de solution pourrait résider dans la sélection de la disposition internationale dont l'interprétation par l'organe de contrôle a motivé l'adoption ou la modification de la loi nationale en cause.

193. – Privé, en droit, de solution de sélection, le juge peut fonder celle-ci en opportunité. Doit alors être préférée la disposition supranationale dont la violation entraîne la sanction la plus vigoureuse dans l'ordre international. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales occupe à cet égard une place privilégiée.

B. – Méthode spéciale

194. – La méthode générale de résolution des conflits entre traités s'applique « sous réserve des cas où serait en cause l'ordre juridique intégré que constitue l'Union européenne »⁽¹⁶⁸⁾. L'assertion demeure obscure. Elle signifie certainement que le conflit impliquant le droit de l'Union européenne appelle l'application des règles relatives au dialogue entre le juge national et la Cour de justice (1°). Elle laisse ouverte la question de la primauté de ce droit dans la sélection des dispositions conflictuelles (2°).

(164) Conv. Vienne, art. 30, § 2.

(165) Conv. Vienne, art. 30, § 3 et 4. La Convention offre des éléments de solutions aux conflits diachroniques et non à ceux de type synchronique.

(166) Sur ce principe, V. not. Nguyen Quoc Dinh, *Évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de justice relative au problème de la hiérarchie des normes conventionnelles*, in *Le juge et le droit public : Mél. offerts à M. Waline*, LGDJ, 1974, t. 1, p. 220. – H. Rolland, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 6^e éd. 2014, p. 199 et 347.

(167) CE, ass., 23 déc. 2011, préc.

(168) CE, ass., 23 déc. 2011, préc.

1° Certitude du dialogue

195. – Le droit de l'Union européenne reçoit un traitement particulier en raison de son caractère intégré. Lorsqu'un traité d'effet direct fonde l'inconventionnalité d'une loi qui, par ricochet, met en cause un texte du droit dérivé de l'Union européenne, le juge national est invité à réagir, peu important qu'il soit quant à lui d'effet direct. Il doit entamer le dialogue avec la Cour de justice par le canal du renvoi préjudiciel dans les conditions et limites fixées par la jurisprudence⁽¹⁶⁹⁾ et les textes⁽¹⁷⁰⁾ européens. La portée du dialogue varie selon la nature de l'acte concerné.

196. – **Validité.** Le juge national, en cas de difficulté quant à l'appréciation de la validité d'un acte « pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union » au regard d'un traité ou lorsqu'il a la certitude que l'invalidité existe, doit saisir la Cour de justice pour qu'elle se prononce⁽¹⁷¹⁾. À défaut de complexité, le juge peut écarter l'absence de contrariété du droit de l'Union au traité⁽¹⁷²⁾. Lorsque la confrontation porte sur un traité auquel l'Union européenne n'est pas partie, le moyen tiré de la validité de celui-ci au droit de l'Union est inopérant devant la Cour de justice. Rien n'empêche en revanche le juge national, dans son ordre interne, de se livrer à l'examen de la compatibilité du droit national aux dispositions du traité⁽¹⁷³⁾.

197. – **Interprétation.** Lorsque le conflit oppose le droit primaire de l'Union européenne à un traité international (auquel elle est partie ou pris en tant que principe général du droit), la coopération du juge national avec la Cour de justice est de nature différente : elle ne porte plus sur l'appréciation de la validité de l'acte de l'Union au regard du traité (ils sont sur un pied d'égalité dans l'ordre hiérarchique de l'Union européenne) mais sur leur conciliation. Le juge national est dispensé de l'obligation de saisir la Cour d'une question « matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel » ou ayant donné lieu à une « jurisprudence établie »⁽¹⁷⁴⁾. Cette dispense s'étend au cas où « l'application correcte du droit de l'Union européenne peut s'imposer avec une évidence telle qu'elle ne laisse aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée »⁽¹⁷⁵⁾.

2° Incertitude de la primauté

198. – **Interrogation.** Quelles conséquences le juge interne doit-il tirer de la réponse donnée par la Cour de justice ? La situation est simple lorsqu'elle privilégie (sur le

(169) CJCE, 22 oct. 1987, aff. C-314/85, *Foto-Frost* : *Rec. CJCE* 1987, I, p. 4199. – CJCE, 6 oct. 1982, aff. C-283/81, *CLIFIT* : *Rec. CJCE* 1982, I, p. 314.

(170) TFUE, art. 267.

(171) CJCE, 22 oct. 1987, préc.

(172) Le Conseil d'État, saisi de la conformité d'une disposition législative transposant une directive aux dispositions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, a procédé à l'examen de la compatibilité de la directive avec la Convention prise en tant que principe général du droit de l'Union européenne et a écarté la thèse de l'invalidité (CE, sect., 10 avr. 2008, n° 296845, *Conseil national des barreaux [CNB] et a. et Conseil des barreaux européens* : *Rec. CE* 2008, p. 129).

(173) CE, 6 déc. 2012, n° 347870, *Sté Air Algérie* : *Rec. CE* 2012 ; *AJDA* 2012, p. 2373, note X. Domino et A. Bretonneau ; *RFDA* 2013, p. 367, note C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci ; *RFDA* 2013, p. 653, note P. Cassia ; *RTDE* 2013, p. 384, note L. Girard.

(174) CJCE, 6 oct. 1982, aff. C-283/81, *CLIFIT* : *Rec. CJCE* 1982, I, p. 314.

(175) CJCE, 6 oct. 1982, préc.

terrain de la validité ou de la conciliation) le droit international au détriment du droit de l'Union européenne : le juge national applique la solution sans crainte d'exposer l'État à engager sa responsabilité sur le fondement de la violation du droit de l'Union.

Plus complexe est la situation dans laquelle la Cour de justice fait primer le droit de l'Union européenne sur le traité international (ou, plus généralement, ne constate aucune contradiction entre eux). La primauté énoncée dans l'ordre de l'Union n'empêche pas l'État, dans son ordre national et dans l'ordre international du traité, de violer ses engagements. Malgré la conciliation qu'a opérée la Cour de justice entre le traité de Rome et le droit d'action collective (élevé au rang de principe général du droit sur le fondement, notamment, de la Charte sociale européenne) au bénéfice du premier⁽¹⁷⁶⁾, la loi suédoise, en appliquant la solution prônée, a été « sanctionnée » par le Comité européen des droits sociaux⁽¹⁷⁷⁾. Le juge français doit-il faire primer, dans son ordre interne, quitte à violer ses engagements internationaux, le droit de l'Union européenne face aux autres traités ? L'observation du contentieux n'offre pour l'heure aucune certitude : saisi de la confrontation du droit de l'Union européenne aux traités, le juge a évité le conflit en écartant la contrariété de la directive⁽¹⁷⁸⁾ ou du droit national⁽¹⁷⁹⁾ à ceux-ci.

199. – *Lex superior* ? Devant le Comité européen des droits sociaux, le gouvernement français soutenait la thèse du respect de la Charte sociale européenne en soulignant la conformité de la loi nationale à la directive de l'Union européenne⁽¹⁸⁰⁾. Si l'assertion est fautive (le respect par l'État d'une obligation internationale ne l'exonère pas du respect de ses autres engagements, *a fortiori* lorsqu'ils sont plus favorables et non contradictoires), elle révèle le sentiment de l'État français d'être davantage lié par le droit de l'Union que par les autres traités. Le juge national peut-il aller dans ce sens ? Le commandement de la Cour de justice de préférer le droit de l'Union n'a que peu d'effet⁽¹⁸¹⁾ : menace européenne de sanction ne vaut pas autorisation nationale d'application⁽¹⁸²⁾. Seule la Constitution française peut servir de fondement au juge national pour préférer le droit de l'Union européenne.

200. – La Constitution confère une identique force normative au droit de l'Union européenne et au droit international « classique » : ils tiennent leur valeur supra-législative de l'article 55 de la Constitution. Le juge a parfois fondé celle du droit de

(176) CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri*, pt 90 : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 11767 ; *RTDE* 2008, p. 47, note P. Rodière ; *JCP S* 2008, 1087, note J. Cavallini ; *JSL* 2008, n° 228, p. 4, note J.-Ph. Lhernould.

(177) CEDS, 3 juill. 2013, réclamation n° 85/2012, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c/ Suède*, § 74 et § 121 ; *RDT* 2014, p. 160, note K. Chatzilaou.

(178) CE, sect., 10 avr. 2008, n° 296845, *Conseil national des barreaux et a. et Conseil des barreaux européens* : *Rec. CE* 2008, p. 129.

(179) CE, 6 déc. 2012, n° 347870, *Sté Air Algérie* : *Rec. CE* 2012, p. 398.

(180) CEDS, 23 juin 2010, réclamation n° 55/2009, *Confédération générale du Travail (CGT) c/ France*, § 31. – CEDS, 23 juin 2010, réclamation n° 56/2009, *Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC c/ France*, § 29.

(181) V. not. P. Cassia, *Nouvelles variations sur la hiérarchie et l'agencement des normes internes, internationales et de l'Union européenne* : *RFDA* 2013, p. 653.

(182) La Cour de justice n'a pas hésité à demander à la France de dénoncer la convention n° 89 de l'OIT en raison de sa contrariété au principe européen d'égalité de traitement. Si le législateur a accepté de modifier son droit interne et de dénoncer la convention, c'est parce que des considérations d'opportunité le lui suggéraient : l'opération était possible et, de surcroît, ne menaçait pas d'engager la responsabilité de l'État. Un conflit opposant le droit de l'Union européenne à une interprétation de la Convention que retient la Cour européenne des droits de l'homme ne pourrait pas, en pratique, se résoudre selon les mêmes modalités.

l'Union sur l'article 88-1 de la Constitution⁽¹⁸³⁾, sans en tirer quelque conséquence en termes de hiérarchie des normes.

Selon un auteur⁽¹⁸⁴⁾, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation auraient pourtant déjà posé les bases d'une règle de conflit entre traités à l'avantage du droit de l'Union européenne : le Conseil constitutionnel, en décidant que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France⁽¹⁸⁵⁾, « retient une nouvelle hiérarchie dans laquelle le droit de l'Union se place au-dessous des principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France mais au-dessus des autres normes, y compris constitutionnelles et, *a fortiori*, internationales. Le droit de l'Union européenne l'emporte donc sur les autres conventions internationales, et ce en raison de la place que lui accorde la Constitution en son article 88-1 »⁽¹⁸⁶⁾. La démonstration est discutable. Le Conseil constitutionnel n'a pas eu l'intention de placer le droit de l'Union au-dessus du droit international dans la hiérarchie des normes. Il s'est contenté de trouver une solution conciliatrice entre l'exigence constitutionnelle de transposition des directives⁽¹⁸⁷⁾ et le contrôle de la constitutionnalité des lois. Si, indirectement, le Conseil constitutionnel place le droit de l'Union européenne au-dessus de certaines dispositions constitutionnelles, le schéma demeure enfermé dans le cadre particulier du contrôle de constitutionnalité des lois de transposition des directives précises et inconditionnelles. La solution n'a jamais été étendue aux lois qui ne transposent pas les directives, ni aux directives qui n'ont pas les qualités requises, ni aux autres sources du droit de l'Union européenne. Demeure valable la solution selon laquelle la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle⁽¹⁸⁸⁾. Selon le même auteur, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 29 juin 2011⁽¹⁸⁹⁾, aurait confirmé la thèse de la suprématie du droit de l'Union européenne sur le droit international : « en appliquant la Charte sociale européenne par le biais de l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le juge français fait primer le droit de l'Union européenne »⁽¹⁹⁰⁾. L'affirmation est à nouveau discutable. Le litige ne manifestait aucun conflit entre les sources supranationales, le juge interprétant le droit national conformément à celles-ci ; le juge ne mobilisait pas la Charte sociale européenne par le biais de l'effet direct, à défaut duquel il ne peut y avoir conflit. Le droit positif ne permet pas de préférer le droit de l'Union européenne au titre de *lex superior*.

(183) T. confl., 17 oct. 2011, n° 3828, *SCEA du Chêneau c/ INAPORC et M. C et a. c/ CNIEL* : *Rec. CE* 2011, p. 698 ; *AJDA* 2012, p. 27, note M. Guyomar et X. Domino ; *Constitutions* 2012, p. 294, note A. Levade ; *RTDE* 2012, p. 135, note D. Ritleng ; *JCP G* 2011, 1423, note B. Plexiss. – CE, sect., 23 mars 2012, n° 331805, *Féd. Sud Santé sociaux* : *Rec. CE* 2012, p. 102 ; *D.* 2012, p. 1012, note S. Brondel ; *RDT* 2012, p. 376, note H. Tissandier ; *Constitutions* 2012, p. 294, note A. Levade ; *RTDE* 2012, p. 926, note D. Ritleng.

(184) M. Marguerite, *De la naissance d'une règle de conflit* : *JCP S* 2012, 1093.

(185) Cons. const., 27 juill. 2006, n° 99-60.274, *Fraise* : *Bull. Civ.* 2006, p. 88.

(186) M. Marguerite, *De la naissance d'une règle de conflit* : *JCP S* 2012, n° 1093, spéc. n° 9.

(187) Cons. const., 10 juin 2004, n° 2004-496 DC.

(188) CE, 30 oct. 1998, n° 200286, *Sarran et Levacher et a.* : *Rec. CE* 1998, p. 368 ; *RFDA* 1998, p. 1094, note D. Alland. – Cass. ass. plén., 2 juin 2000, n° 99-60.274, *Fraise* : *Bull. Civ.* 2000, ass. plén., n° 4 ; *D.* 2000, p. 865, note B. Mathieu et M. Verpeaux. – CE, ass., 8 févr. 2007, n° 287110, *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine et a.* : *Rec. CE* 2007, p. 55 ; *RFDA* 2007, p. 384, concl. M. Guyomar ; *D.* 2007, p. 564, note A. Levade ; *RTDE* 2007, p. 378, note P. Cassia.

(189) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *X... c/ Sté Y...* : *Bull. Civ.* 2011, V, n° 191 ; *JCP S* 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé ; *JCP S* 2011, 1333, note M. Morand.

(190) M. Marguerite, *De la naissance d'une règle de conflit* : *JCP S* 2012, 1093, spéc. n° 10.

201. – Mais la construction de la règle de conflit n'est pas figée. Le juge pourrait, un jour, se fonder sur l'article 88-1 de la Constitution⁽¹⁹¹⁾ et tirer un effet maximum de la formule selon laquelle l'ordre juridique de l'Union européenne est « intégré »⁽¹⁹²⁾ à l'ordre français. Il lui suffirait de considérer que cette « intégration » a pour conséquence la réception, dans l'ordre interne, de la hiérarchie des normes telle qu'elle existe dans l'ordre de l'Union européenne, sous réserve de conserver la place de la Constitution au sommet⁽¹⁹³⁾. La primauté du droit de l'Union européenne sur le droit international résulterait alors, dans l'ordre interne, d'une exigence constitutionnelle. Une telle solution, audacieuse, ne sera probablement pas retenue par le juge dans l'immédiat. Elle devrait d'ailleurs, à notre sens, être d'abord initiée par le Conseil constitutionnel.

202. – *Lex specialis* ? Faute de primauté du droit de l'Union européenne, le juge peut favoriser son application par d'autres biais. Rien n'empêche de considérer que le juge peut appliquer la méthode générale énoncée pour résoudre les conflits entre traités internationaux⁽¹⁹⁴⁾ aux situations impliquant le droit de l'Union. Ce dernier doit alors être doté de l'effet direct, ce qui exclut les directives dans les litiges horizontaux.

Le juge pourra se fonder sur la *lex specialis* au titre des règles coutumières relatives à la combinaison des conventions internationales dès lors que le droit de l'Union contient des dispositions plus précises que certaines conventions protégeant des droits fondamentaux généraux ou encore que le droit de l'Union doit être préféré en raison de sa proximité géographique avec l'État.

À défaut de se fonder sur cette règle, dont l'emploi demeure incertain, le juge pourrait décider que lorsque la disposition législative en cause « a entendu se placer » dans le champ du droit de l'Union, doit être écarté le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale⁽¹⁹⁵⁾. Ce principe pourrait bénéficier d'une interprétation large et favorable au droit de l'Union européenne. Pour privilégier ce droit, il suffirait au juge de considérer, à l'instar de la Cour de justice⁽¹⁹⁶⁾, que

(191) Selon le professeur Levade, « les décisions rendues jusqu'à ce jour n'interdisent nullement au Conseil [constitutionnel], dans l'avenir, de mettre en évidence d'autres exigences constitutionnelles d'essence communautaire susceptibles de résulter de l'article 88-1 » (A. Levade, *La constitutionnalité des lois de transposition entre conformité et compatibilité. Esquisse d'un bilan de la jurisprudence « européenne » récente du Conseil constitutionnel*, in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1291, spéc. p. 1296. – V. aussi S. Platon, *Le contrôle de constitutionnalité des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne. L'avenir des jurisprudences Économie numérique et Arcelor*, in *La Constitution, l'Europe et le droit : Mélanges en l'honneur de J.-C. Masclat*, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 887, spéc. p. 903).

(192) CE, ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, préc.

(193) La Constitution légitime le pouvoir d'agir du juge et l'exercice de sa compétence (V. not. J. Rossetto, *Ordre constitutionnel interne et droit communautaire. L'impossible hiérarchie*, in *Le droit administratif : permanences et convergences : Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 889, spéc. p. 896). Il est discutable que le juge, parfois, fonde la primauté du droit de l'Union européenne sur les traités constitutifs et pas seulement sur l'article 88-1 ou 55 de la Constitution (T. confl., 17 oct. 2011, n° 3828, *SCEA du Chêneau c/ INAPORC et M. C. et a. c/ CNIEL* : *Rec. CE* 2011, p. 698 ; *AJDA* 2012, p. 27, chron. M. Guyomar et X. Domino ; *Constitutions* 2012, p. 294, obs. A. Levade ; *RTDE* 2012, p. 135, note D. Ritleng ; *JCP G* 2011, 1423, note B. Plessix. – CE, sect., 23 mars 2012, n° 331805, *Féd. Sud Santé sociaux* : *Rec. CE* 2012, p. 102 ; *D.* 2012, p. 1012, note S. Brondel ; *RDT* 2012, p. 376, note H. Tissandier ; *Constitutions* 2012, p. 294, note A. Levade ; *RTDE* 2012, p. 926, note D. Ritleng).

(194) CE, ass., 23 déc. 2011, *Kandyrine de Brito Paiva*, préc.

(195) En ce sens, V. P. Cassia, *Nouvelles variations sur la hiérarchie et l'agencement des normes internes, internationales et de l'Union européenne* : *RFDA* 2013, p. 653.

(196) CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, pt 51 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 9981 ; *Europe* 2006, comm. 18, note L. Idot ; *Dr. ouvrier* 2006, p. 521, obs. C. Vigneau. – CJCE, 23 avr. 2009, aff. C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki et a.*, pt 131 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 3071 ; *RJS* 8-9/2009, p. 609, note N. Moizard ; *Europe* 2009, comm. 235, note L. Driguez ; *Semaine sociale*

tout acte national dont les dispositions font écho à la substance du droit de l'Union est supposé le mettre en œuvre. Le droit de l'Union ferait « écran » entre le droit national et l'examen de sa compatibilité avec un traité international.

203. – Lex « *opportunitas* » ? À défaut de solution juridique, un argument d'opportunité admet la sélection du droit de l'Union européenne plutôt que celui d'autres traités. Il réside dans sa force contraignante. De puissants mécanismes de contrôle et de sanction soutiennent son application.

En somme, la responsabilité de l'État demeure l'ultime règle de résolution du conflit entre traités⁽¹⁹⁷⁾. Elle motive le choix de la *lex « opportunitas »*. Le juge est invité à délaissier la disposition supranationale dont la violation emportera, dans l'ordre international, la sanction la plus faible, voire n'en emportera aucune.

204. – Conclusion de section. À défaut pour les juges supranationaux de résoudre définitivement les conflits susceptibles de surgir entre les normes qu'ils protègent, il appartient aux autorités nationales de créer les outils permettant de les articuler avec la loi dans l'ordre interne. Le juge et la doctrine s'y attachent. Le constituant français est, pour l'heure, silencieux. Le droit de l'Union européenne fait figure de favori à plusieurs égards. La règle finale de résolution du conflit réside dans la responsabilité de l'État pour avoir méconnu, à travers les décisions de ses juges, des normes supranationales.

205. – Conclusion de chapitre. La place des lois supranationales dans la hiérarchie des normes n'a pas fondamentalement changé. Elles occupent un rang infra-constitutionnel et supra-légal. La manière d'appréhender la hiérarchie et de résoudre les conflits a en revanche évolué sous influence croissante des normes supranationales. D'abord, s'est développée l'idée chez une partie de la doctrine et des juges que la primauté des normes impliquait leur applicabilité maximale. C'est une erreur. Le respect de la loi doit être en ligne de mire : l'effet direct ne doit être attribué qu'aux normes les plus précises et déployé pour ne sanctionner que les manifestations d'inconventionnalité les plus nettes ; l'interprétation du droit national à la lumière du droit supranational ne doit pas aboutir à une solution contraire au texte et à l'esprit de la loi. Ces principes n'ont jamais été énoncés clairement par le juge. Ils orientent toutefois largement en pratique son action. C'est là l'essentiel. Ensuite, la hiérarchie des sources est ébranlée lorsque le respect par la loi d'un traité entraîne la violation corrélative d'un autre engagement international. Maintenir la structure du système impose de réorganiser la hiérarchie, du moins de réparer les brèches qu'elle a subies. Faute pour les juges supranationaux (qui ne le peuvent pas) et pour le constituant français (qui ne le veut pas) d'identifier clairement parmi les normes supranationales celle qui doit primer dans l'ordre interne, le juge français élabore les outils permettant de résoudre les conflits que l'œuvre de conciliation n'a pas permis d'éviter. Les uns sont de nature juridique, les autres reposent sur des considérations d'opportunité.

Lamy 2010, suppl., n° 1444, p. 29, note S. Laulom. – CJUE, 24 juin 2010, aff. C-98/09, *Sorge* : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 5837 ; *RJS* 10/2010, n° 822.

(197) A. Malan, *Les conflits de conventions en droit international privé (conflits de lois)*, thèse dactyl., ss dir. B. Audit, Paris II, 2000, p. 69.

LA PLACE DU CONTRAT SUPRANATIONAL DANS LA HIÉRARCHIE

206. – Émerge, dans l'ordre juridique européen et international, le contrat supranational. Négocié par des acteurs privés, il se développe en marge de la norme produite par les acteurs institutionnels. Un but commun est affiché : harmoniser les relations de travail des salariés alors même qu'ils exercent leur activité sur le territoire de plusieurs États. Un objectif singulier est recherché : se doter, volontairement, d'une norme adaptée à l'activité de ces acteurs privés, permettant aux entreprises et aux groupes de gérer des restructurations transnationales et d'unifier les règles applicables à leurs salariés. L'occasion est par ailleurs offerte aux organisations professionnelles européennes et internationales de contribuer à l'amélioration des conditions de travail des salariés. Mais quelle est la force normative⁽¹⁾ du contrat supranational, souvent qualifié de norme de « droit souple »⁽²⁾ ? Déterminer les effets juridiques du contrat supranational requiert d'appréhender les liens qu'il entretient avec les différents ordres juridiques. Le contrat conclu entre organisations syndicales transnationales (Section 1) doit être distingué de celui signé par des groupes de dimension transnationale (Section 2).

(1) V. C. Thibierge et alii, *La force normative, Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009.

(2) Admettre l'existence d'un « droit souple » impose d'adopter une définition extensive du « droit ». De manière classique, le droit est présenté comme un ensemble de règles obligatoires. La conclusion est alors que les règles de *soft law*, n'ayant pas cette qualité, ne relèvent pas du droit. Elles produisent néanmoins des effets juridiques qu'il convient d'appréhender. Selon une approche moderne, de critère du droit, la sanction devient un révélateur de sa perfection. En surplomb de la règle de droit, seule dotée de la force obligatoire, évoluent des normes qui, pour trouver à s'appliquer, en appellent à une autre force, celle de la persuasion. Sont ainsi distinguées des normes juridiquement obligatoires et des normes qui ne le sont pas. Les premières constituent la *hard law* ; les secondes peuvent être qualifiées de *soft law*. Le droit est ainsi plus large que la règle de droit. V. not. J. Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd. 2001 ; LGDJ, rééd. 2013, p. 22. – P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^e éd. 2015, n^o 30, p. 33. – C. Thibierge, *Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit* : RTD civ. 2003, p. 599. – Ph. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit* : D. 1986, chron. XXXII, p. 200. – J. Chevallier, *La normativité* : Cah. Cons. const. 2006, n^o 21, p. 56. – B. Beignier, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995, p. 548.

La place du contrat signé entre organisations syndicales transnationales

207. – **Cadre national de la négociation.** La place qu'occupent les organisations syndicales nationales auprès des entreprises justifie qu'un rôle particulier leur soit accordé dans la mise en œuvre, à ce niveau, des normes adoptées par les pouvoirs publics. Leur connaissance des réalités sociales justifie qu'elles participent également, en amont, à l'élaboration de règles générales. Se sont ainsi développés, au niveau des branches et à l'échelon national et interprofessionnel, des accords signés par des organisations syndicales de salariés et d'employeurs⁽³⁾. La construction normative demeure d'ordre privé. Elle peut inspirer l'œuvre du législateur⁽⁴⁾. Plus récemment, sont apparus des accords dont la négociation s'inscrit dans un cadre institutionnel. L'article L. 1 du Code du travail offre un cadre juridique au mécanisme de la « loi négociée ». La place ici reconnue au dialogue social trouve son inspiration dans le droit de l'Union européenne.

208. – **Cadre transnational de la négociation.** Ont émergé, sur la scène européenne et internationale⁽⁵⁾, des organisations de salariés et d'employeurs, auxquelles adhèrent des syndicats, groupements de syndicats ou associations professionnelles constitués au niveau national. Parmi les objectifs de ces organisations, est affichée la volonté de participer à l'élaboration de la règle au niveau supranational. À cette volonté, le droit européen offre une aire de développement⁽⁶⁾. Selon le traité de Rome, l'Union « reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau »⁽⁷⁾, « facilite le dialogue entre eux »⁽⁸⁾ et promeut « leur consultation »⁽⁹⁾ en organisant leur participation au processus législatif⁽¹⁰⁾.

Le mouvement syndical européen⁽¹¹⁾ est riche d'organisations professionnelles de salariés et d'employeurs, de caractère intersectoriel⁽¹²⁾ ou secto-

(3) V. not. N. Dauxerre, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, thèse, ss dir. B. Teyssié, PUAM, 2004.

(4) La loi peut ainsi résulter directement de la négociation collective. S'inscrivent notamment dans ce schéma la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978, relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle ; la loi n° 96-985 du 12 novembre 1996 relative à l'information et à la consultation des salariés dans les entreprises et les groupes d'entreprises de dimension communautaire, ainsi qu'au développement de la négociation collective ; la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel ; la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, dans certains domaines.

(5) V. not. L. Dauxerre, *Le syndicalisme international*, in B. Teyssié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 45.

(6) V. not. B. Teyssié, *L'accord collectif de niveau communautaire*, in *Une certaine idée du droit : Mél. offerts à A. Decocq*, Litec, 2004, p. 567. – C. Hablot, *Le dialogue social au sein du processus législatif européen*, in B. Teyssié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 30.

(7) TFUE, art. 152.

(8) TFUE, art. 152.

(9) TFUE, art. 154.

(10) TFUE, art. 155.

(11) V. not. J.-Ph. Lhernould, *La négociation collective communautaire. Petit manuel de la diversité : Dr. soc.* 2008, p. 34. – C. Vigneau, *Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire : RTDE* 2002, p. 653. – M.-A. Moreau, *Sur la représentativité des partenaires sociaux européens : Dr. soc.* 1999, p. 53.

(12) Parmi les organisations de salariés intersectorielles, certaines ont aussi un caractère intercatégoriel ; ainsi de la Confédération européenne des syndicats (CES ou, en anglais, ETUC), de la Confédération européenne des syndicats indépendants (CESI), ou de l'UNI Europa (Union Network International-Europa). D'autres ont un caractère catégoriel ;

riel⁽¹³⁾. Au-delà des terres européennes, les organisations internationales, de salariés⁽¹⁴⁾ et d'employeurs⁽¹⁵⁾, participent à la négociation transnationale⁽¹⁶⁾.

Selon l'article 155, § 1 du traité de Rome, « le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords ». Le processus est placé sous le sceau de la liberté, qu'il s'agisse des thèmes de la négociation ou de ses acteurs. L'autonomie de ces derniers commande que les partenaires sociaux se reconnaissent eux-mêmes mutuellement représentatifs pour négocier⁽¹⁷⁾. Se sont engagés dans cette voie, pour la négociation d'accords collectifs à caractère interprofessionnel, BusinessEurope⁽¹⁸⁾, le Centre européen des employeurs et entreprises (CEEP) et la Confédération européenne des syndicats (CES)⁽¹⁹⁾. Les thèmes

ainsi en est-il de la Confédération européenne des cadres et du Conseil des cadres européens (Eurocadres). Trois organisations d'employeurs intersectorielles dominent le paysage social européen : BusinessEurope (qui a succédé à l'UNICE en 2007), le Centre européen des entreprises à participation publique (CEEP) et l'Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises (UEAPME). Pour une présentation détaillée du rôle de ces organisations et de leur fonctionnement, V. B. Teysié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n^{os} 796 et s., p. 352 et s. et n^{os} 816 et s., p. 357 et s.

(13) Nombreuses sont les organisations syndicales sectorielles évoluant sur la scène européenne, lesquelles adhèrent, pour la plupart, à la CES : l'Alliance européenne des médias et du spectacle (EAEA) ; la Confédération européenne de la police (Eurocop) ; la Fédération européenne des syndicats de l'alimentation, de l'agriculture et du tourisme (EFFAT) ; la Fédération européenne des journalistes (EFJ) ; la Fédération syndicale européenne des services publics (EPSU) ; la Fédération européenne des travailleurs des transports (ETF/FET) ; le Comité syndical européen de l'éducation (ETUCE/CSEE) ; la Fédération syndicale européenne des services publics (FSESP), etc. Au rang d'organisation plurisectorielle, domine IndustriALL – European Trade Union (fruit de regroupement de trois organisations sectorielles : la Fédération européenne des syndicats des mines, de la chimie et de l'énergie – EM-CEF –, la Fédération européenne des métallurgistes – EMF, ou FEM en français – et la Fédération européenne du textile, de l'habillement et du cuir – ETUF-TCL. – V. *Liaisons soc. Europe* 2012, n^o 304, p. 1). Sur le sujet, V. not. B. Teysié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n^{os} 813 et s., p. 356 et s. et n^{os} 823 et s., p. 359 et s.

Parmi les fédérations d'employeurs, peut être citée l'EUPAE (European Public Administration Employers, représentant les employeurs publics européens). Elle a signé le 12 décembre 2012 avec le TUNED (Trade Unions' National and European administration Delegation, représentant les syndicats des administrations nationales et de l'Union européenne) un accord-cadre « pour un service de qualité dans les administrations des gouvernements centraux » (*Liaisons soc. Europe* 2013, n^o 320, p. 6).

(14) Les organisations syndicales de salariés sont constituées à plusieurs niveaux. Elles peuvent être sectorielles. Tel est le cas de la Fédération internationale des travailleurs du textile (FITTHC) ; de l'Internationale des services publics (PSI) ; de l'Internationale de l'éducation (IE) ; de l'Union internationale des travailleurs de l'alimentation, de l'agriculture, de l'hôtellerie-restauration, du tabac et des branches connexes (IUF) ; de la Fédération internationale des journalistes (FIJ) ; de la Fédération internationale des ouvriers du transport (ITF) ; de l'Internationale des travailleurs du bâtiment et du bois (IBB), née de la fusion de la Fédération mondiale des organisations de la construction et du bois (FMCB) et de la Fédération internationale des travailleurs du bâtiment et du bois (FITBB) ; de l'Union internationale des travailleurs de l'alimentaire (UITA). – Elles peuvent être plurisectorielles. Tel est le cas d'IndustriALL global union. – Elles peuvent, enfin, être intersectorielles. Tel est le cas de la Commission Syndicale Consultative auprès de l'OCDE (TUAC) ; de l'UNI global union ; de la Confédération Internationale des Syndicales Libres (CISL) ; de la Confédération Mondiale du Travail (CMT) ; de la Confédération syndicale internationale (CSI).

(15) Parmi les organisations d'employeurs, domine l'Organisation internationale des employeurs (OIE).

(16) Sur le sujet, V. not. I. Daugaireilh, *La négociation collective internationale : Travail et Emploi* oct.-déc. 2008, n^o 104, p. 69.

(17) Alors qu'au titre de la consultation des partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action de l'Union, prévue à l'article 154 du traité de Rome, la Commission établit elle-même, à la lumière des critères qu'elle s'est attachée à dégager, la liste des organisations représentatives (outre l'exigence du respect du principe de liberté syndicale, la Commission veille à la capacité de l'organisation à négocier au niveau européen : Doc. COM [1993], 600 final, 14 déc. 1993, concernant la mise en œuvre du protocole sur la politique sociale, p. 16. Sur le sujet, V. not. B. Teysié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n^{os} 826 et s., p. 361 et s.). Elle se refuse à procéder à cet exercice au titre de la négociation des accords (Rép. Comm. 19 avr. 1996 : JOCE n^o C-183, 24 juin 1996, p. 48. – *Adde*, Rép. Comm. 3 déc. 1998 : JOCE n^o C-297, 15 oct. 1999, p. 70). Le principe de reconnaissance mutuelle a reçu l'aval du Tribunal (anciennement « Tribunal de première instance des Communautés européennes » avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne) (TPICE, 17 juin 1998, aff. T-135/96 : *Dr. soc.* 1999, p. 53 et p. 60, obs. M.-A. Moreau).

(18) Le MEDEF en est membre.

(19) Pour la France, y ont adhéré la CGT (admise en son sein le 16 mars 1999), la CFDT, la CFTC et la CGT-FO.

de négociation sont multiples. Choisis par les organisations européennes et leurs membres, ils donnent lieu à négociation sectorielle⁽²⁰⁾ ou intersectorielle⁽²¹⁾.

Menées à un niveau où il est difficile d'aller au-delà de la formulation de règles générales, les négociations conduisent généralement à l'adoption d'accords-cadres... dont il convient d'assurer l'application.

209. – Valeur de la négociation. « Conclues au niveau de l'Union »⁽²²⁾, les accords des partenaires sociaux européens se rattachent à cet ordre juridique, sans pour autant produire des effets obligatoires sur le territoire des États membres⁽²³⁾. Le propos vaut également pour les accords signés par les partenaires sociaux internationaux. Deux voies sont ouvertes à ces accords pour intégrer l'ordre juridique des États. La première, autonome, réside dans la reprise de l'accord, souvent par voie conventionnelle, dans le cadre national (§ 1). La seconde, institutionnelle, et qui ne vaut que pour les accords collectifs de niveau communautaire, suppose le relais d'un acte re-

(20) De ces accords, la liste s'allonge progressivement : accord-cadre du 25 juillet 1997 sur l'emploi salarié agricole (*Social international* 1997, n° 565, p. 84) ; du 30 septembre 1998, relatif à l'organisation du temps de travail des gens de mer (repris par la directive n° 1999/63/CE du 21 juin 1999 : *JOCE* n° L 167 du 2 juill. 1999, p. 33) ; du 22 mars 2000 sur le temps de travail dans le secteur du transport aérien (*Liaisons soc. Europe* 2000, n° 1, p. 6) ; du 7 février 2001 sur le télétravail dans le secteur des télécommunications (*Liaisons soc. Europe* 2001, n° 25, p. 5) ; du 26 avril 2001 sur le télétravail dans le secteur du commerce (*Liaisons soc. Europe* 2001, n° 31, p. 4) ; du 27 janvier 2004 sur les conditions d'utilisation des travailleurs mobiles effectuant des services d'interopérabilité transfrontalière et sur la licence européenne de conducteur de train (*Liaisons soc. Europe* 2004, n° 97, p. 4 ; *Liaisons soc. Europe* 2012, n° 316, p. 4) ; du 19 mai 2008 concernant la convention du travail maritime adoptée en 2006 par l'OIT (cf. Dir. n° 2009/13/CE, 16 févr. 2009 : *JOUE* n° L 124, 20 mai 2009, p. 30) ; du 18 juillet 2009 sur la prévention des blessures par objets tranchants et piqûres d'aiguille dans le secteur hospitalier (*Liaisons soc. Europe* 2010, n° 247-248, p. 1) ; du 15 avril 2011 relatifs aux profils de compétences pour les opérateurs de processus et les superviseurs de première ligne dans l'industrie chimique (*Liaisons soc. Europe* 2011, n° 275, p. 1) ; du 15 février 2012 sur le temps de travail dans les navires de transport de passagers et de marchandises sur les voies fluviales européennes (*Liaisons soc. Europe* 2012, n° 297, p. 6) ; du 19 avril 2012 relatif aux normes minimales applicables aux contrats des footballeurs professionnels (*Liaisons soc. Europe* 2012, n° 303, p. 5) ; du 26 avril 2012 relatif à la santé et à la sécurité dans les salons de coiffure (*Liaisons soc. Europe* 2012, n° 303, p. 7) ; du 21 mai 2012 visant à assurer des conditions de travail décentes aux pêcheurs à bord des navires de pêche, pris lui-même afin d'assurer la mise en œuvre dans l'Union européenne de la convention n° 188 de l'OIT concernant le travail dans le secteur de la pêche (*Liaisons soc. Europe* 2012, n° 305, p. 10) ; du 12 décembre 2012 « pour un service de qualité dans les administrations des gouvernements centraux » (*Liaisons soc. Europe* 2013, n° 320, p. 6). S'y ajoute la « position commune » sur les standards sociaux dans la construction et la réparation navales (*Liaisons soc. Europe* 2013, n° 339, p. 6).

(21) Ont été conclus l'accord-cadre européen du 14 décembre 1995 sur le thème du congé parental (*Social international* 1996, n° 546), auquel a succédé l'accord du 18 juin 2009 (JCP S 2009, act. 340) ; celui du 6 juin 1997 sur le travail à temps partiel (*Social international* 1997, n° 563, p. 46) ; celui du 16 juillet 2002 sur le télétravail (*Liaisons soc. Europe* 2002, n° 57, p. 1) ; celui du 8 octobre 2004 sur le stress au travail (*Liaisons soc. Europe* 2004, n° 106, p. 1) ; celui du 26 avril 2007 sur le harcèlement et la violence au travail (*Liaisons soc. Europe* 2007, n° 175, p. 1) ; celui du 25 mars 2010 sur les marchés du travail inclusifs (*Social international* 2010, n° 702, p. 30).

(22) TFUE, art. 155, § 2.

(23) Les autorités de l'Union européenne pourraient, dans le futur, transférer certaines de leurs compétences normatives aux partenaires sociaux européens. Les questions soulevées par cette délégation sont nombreuses. Elles concernent la sélection des organisations professionnelles aptes à exercer ce pouvoir. Seraient probablement concernées celles reconnues représentatives par la Commission. Les questions portent aussi sur la détermination de la portée de l'accord en droit interne. La voie la plus énergique consisterait à lui faire produire des effets impératifs sur l'ensemble des relations de travail entrant dans son champ d'application. Mais les États qui déniaient cette portée normative aux conventions collectives nationales pourraient refuser qu'elle soit reconnue aux accords européens. Plus modestement, il pourrait être imposé aux États de faire produire à l'accord européen les effets que leur droit interne confère aux accords nationaux. Mais les disparités nationales relativement aux effets produits par les conventions collectives ne permettraient pas d'atteindre l'objectif d'harmonisation des normes sociales. Se poserait, en tout état de cause, la question de la légitimité démocratique de la délégation de compétences normatives aux partenaires sociaux européens (sur l'ensemble de ces questions, V. not. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGD), 2^e éd. 2014, n° 107, p. 118. – O. Deinert, *Modes of implementing european collective agreements and their impact on collective autonomy* : *Industrial Law Journal* 2003, 32, p. 317. – C. Vigneau, *Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire* : *RTDE* 2002, p. 653, spéc. note 63. – M. Hecquet, *Essai sur le dialogue social européen*, thèse, ss dir. B. Teyssière, LGD, 2007, n°s 239 et s., p. 154 et s.

levant du droit de l'Union européenne, doté d'une force obligatoire à l'égard des États membres (§ 2).

§ 1. – Transposition autonome du contrat

210. – Le renvoi opéré par l'article 155, § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux « procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres » autorise la transposition de l'accord européen par des accords collectifs nationaux⁽²⁴⁾. L'auteur de la transposition, libre de procéder à la réception espérée, l'est aussi de s'éloigner de l'accord. Les États n'ont pas, pour leur part, l'obligation de faciliter sa mise en œuvre en modifiant les textes en vigueur⁽²⁵⁾. Reste cependant la question de l'appréciation de la marge de manœuvre dont jouissent les organisations professionnelles nationales membres de celles qui signèrent l'accord au niveau européen⁽²⁶⁾. D'elle dépendent la conduite (I) et le résultat du processus de transposition (II).

I. – Conduite du processus de transposition

211. – Le degré d'autonomie des organisations nationales membres de celles qui signèrent l'accord européen à l'égard de ce dernier détermine l'engagement de leur responsabilité si elles n'assurent pas, ou inexactement, sa transposition. La difficile mobilisation des outils juridiques nationaux pour les sanctionner (A) révèle la préférence qui peut être donnée aux instruments de la *soft law* pour assurer la mise en œuvre de l'accord (B).

A. – *Hard law*

212. – L'accord des partenaires sociaux européens et, plus largement, de partenaires sociaux d'envergure internationale, n'a pas, en soi, de force contraignante dans l'ordre interne. Son régime suit celui des catégories nationales auxquelles il appartient. Apprécier la force obligatoire de l'accord (2°) suppose au préalable de déterminer la loi qui lui est applicable (1°).

1° Loi applicable à l'accord

213. – La recherche de la loi applicable aux accords conclus par des partenaires sociaux « transnationaux » révèle d'emblée l'inadaptation de leur intégration au sein de la *hard law*. Leurs auteurs ont la volonté de n'être soumis à aucune loi

(24) Cette procédure a été retenue par les signataires de certains accords-cadres sectoriels (tels l'accord du 25 juillet 1997 sur l'emploi salarié agricole, l'accord du 7 février 2001 sur le télétravail dans le secteur des télécommunications ou l'accord du 19 avril 2012 relatif aux normes minimales applicables aux contrats des footballeurs professionnels) et à caractère interprofessionnel (tels l'accord du 16 juillet 2002 sur le télétravail, l'accord du 8 octobre 2004 sur le stress au travail, l'accord du 26 avril 2007 sur le harcèlement et la violence au travail et l'accord du 25 mars 2010 sur les marchés du travail inclusifs). Faute de précision dans le traité de Rome, il appartient aux partenaires sociaux nationaux de décider à quel niveau se dérouleront les négociations collectives nationales, ce qui peut conduire à des accords interprofessionnels, de branche, d'entreprise ou de groupe.

(25) V. not. B. Teysié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n° 134, p. 71.

(26) Le MEDEF est le membre français de BusinessEurope.

nationale spéciale. La naissance d'un contentieux pourrait pourtant obliger le juge saisi à s'emparer de la question⁽²⁷⁾.

214. – Qualification de l'accord. Avant de déterminer la loi applicable à l'accord, il convient de procéder à un double exercice de qualification. Il faut d'abord vérifier que l'accord présente un caractère « international », ce qui ne suscite guère de difficultés tant il comporte d'éléments d'extranéité : signé par des organisations syndicales européennes ou internationales, il a vocation à se déployer sur le territoire de différents États. Il faut ensuite examiner la nature de l'accord. D'elle dépend à la fois le choix de l'instrument de détermination de la loi applicable et, en son sein, des critères qu'il fixe à cet effet. L'accord conclu par des organisations professionnelles « transnationales » est un contrat ; la loi qui le régit, s'il relève du droit de l'Union européenne, est déterminée par la convention de Rome et par le règlement « Rome I »⁽²⁸⁾, applicables aux « obligations contractuelles » respectivement nées depuis le 1^{er} avril 1991⁽²⁹⁾ et depuis le 17 décembre 2009⁽³⁰⁾. Ces instruments renferment des qualifications autonomes dont l'interprétation est soumise à la Cour de justice de l'Union européenne⁽³¹⁾. L'« accord collectif » ne fait pas l'objet, pour l'heure, de définition propre. Les textes européens, sans l'exclure de leur champ d'application⁽³²⁾, ne lui offrent aucun statut particulier. L'accord doit être appréhendé comme un contrat « classique » : la loi applicable est déterminée selon les règles générales.

215. – Détermination de la loi applicable. Dès lors que les organisations signataires n'ont pas désigné de loi applicable à l'accord⁽³³⁾ (ce qui est conforme à sa logique), il doit en principe être régi, dès lors que trouvent application les normes européennes, par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale⁽³⁴⁾ et, à défaut, par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits⁽³⁵⁾. Chacun de ces critères suscite l'embarras. L'identification de la partie fournissant la prestation caractéristique est difficile. Nul débiteur unique ne peut être discerné, qu'il s'agisse de considérer qu'ont cette qualité les organisations transnationales (en

(27) Lorsque le juge français, saisi de l'appréciation de droits disponibles, admet qu'un droit étranger est applicable, il doit en rechercher la teneur, d'office ou parce qu'une partie l'a invoqué (Cass. 1^{er} civ., 28 juin 2005, n° 00-15.734, *Aubin* : *Bull. civ.* 2005, I, n° 289, p. 240. – Cass. com., 28 juin 2005, n° 02-14.686, *Itraco* : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 138, p. 148).

(28) S'agissant des accords conclus avant cette date, les règles du droit international privé national doivent être appliquées.

(29) Conv. Rome 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, art. 28.

(30) Règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), art. 28 : *JOUE* n° L 177, 4 juill. 2008, et rect. *JOUE* 24 nov. 2009, entré en vigueur le 17 déc. 2009.

(31) Selon la Cour de justice, la convention de Rome (le propos vaut aussi pour le règlement Rome I) « doit être interprété[e] selon des critères uniformes et autonomes pour assurer à la convention sa pleine efficacité dans la perspective des objectifs qu'elle poursuit » (CJCE, 15 mars 2011, aff. C-29/10, *Koelzsch*, pt 32 : *Rec. CJCE* 2011, I, p. 1595. – V. not. M. Audit, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire* : *JDI* 2004, p. 789. – T. Azzi, *Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire* : *D.* 2009, p. 1621. – B. Hafstel, *Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I* : *JDI* 2010, p. 761).

(32) Le préambule des textes européens fixe une série de matières exclues de leur champ d'application.

(33) Règl. « Rome I », 17 juin 2008, art. 4, § 1 ; Conv. Rome, 19 juin 1980, art. 4, § 1.

(34) Règl. « Rome I », 17 juin 2008, art. 4, § 2 ; Conv. Rome, 19 juin 1980, art. 4, § 2.

(35) Règl. « Rome I », 17 juin 2008, art. 4, § 3 ; Conv. Rome, 19 juin 1980, art. 4, § 1.

raison de leur engagement les unes envers les autres à ce que leurs membres mettent en œuvre l'accord) ou les groupements professionnels nationaux (en vertu de leur engagement auprès des organisations auxquelles ils adhèrent de transposer l'accord... sous réserve qu'ils soient regardés comme parties à celui-ci). Le critère subsidiaire des « liens les plus étroits » n'est pas adapté. L'essence des accords transnationaux est de n'entretenir aucun lien particulier avec un État. Pour contourner l'obstacle, il est deux solutions : s'abriter derrière la loi du for ou appliquer le droit belge pour les accords dont la majorité des signataires ont leur résidence en Belgique, ce qui est souvent le cas des organisations européennes.

2° Force juridique de l'accord

216. – Les catégories nationales auxquelles peut être attaché l'accord transnational n'offrent pas de solutions pertinentes à celui qui entend rechercher la responsabilité des syndicats nationaux qui n'ont pas « reçu » l'accord supranational⁽³⁶⁾, sauf à procéder au forçage de celui-ci (a) ou des statuts des organisations signataires (b).

a) Forçage de l'accord

217. – Certains accords européens prévoient qu'ils engagent « les membres » des organisations signataires à les « mettre en œuvre (...) dans les États membres »⁽³⁷⁾. Reconnaître la responsabilité de l'organisation nationale qui n'a pas respecté cette exigence suppose de vérifier des conditions incertaines. L'effet relatif des conventions se dresse par deux fois devant le juge saisi d'un contentieux sur ce point.

218. – **Le contrat ne nuit pas aux tiers.** *A priori*, les organisations nationales ne sont pas parties à l'accord européen. Tiers au contrat, il ne peut leur nuire⁽³⁸⁾. Les obliger à respecter l'accord impose au juge de reconnaître, à travers les statuts des organisations signataires, un mandat en vertu duquel ces dernières ont conclu l'accord au nom des premières. Il n'est pourtant pas certain que l'ensemble des mandataires disposent de la personnalité juridique au regard du droit dont ils relèvent⁽³⁹⁾.

L'affirmation suppose au préalable de déterminer la loi applicable aux règles de constitution d'une personne morale. L'exercice est délicat ; les conventions

(36) La recherche de la responsabilité des organisations professionnelles varie selon la qualité de la personne souffrant d'un préjudice. Lorsqu'un lien contractuel unit les premières à la seconde, le règlement « Rome I » a vocation à s'appliquer. La loi régissant les conditions d'engagement de la responsabilité est celle applicable au contrat. Lorsqu'un lien extracontractuel unit la personne responsable à la personne lésée, doivent être distinguées deux situations. Si le dommage survient sur le territoire français, la situation, à défaut de présenter des éléments d'extranéité, ne mobilise aucun conflit de lois. Le droit français de la responsabilité délictuelle reçoit application. Cette configuration nourrit les développements qui suivent. Lorsque le préjudice survient à l'étranger, le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») régit les conditions et les effets de la responsabilité. La loi applicable à la responsabilité délictuelle est alors celle du pays où le dommage survient ; à défaut s'applique celle du pays où la personne responsable et la personne lésée ont toutes deux leur résidence habituelle au moment de la survenance du dommage ; à défaut entre en jeu la loi du pays avec lequel la situation présente les liens manifestement les plus étroits (art. 4).

(37) V. not. accord-cadre européen sur le stress au travail, 8 oct. 2004, art. 7 ; accord sur le télétravail, 16 juill. 2002, art. 12 ; accord sur les marchés du travail inclusifs, 25 mars 2010, art. 6.

(38) C. civ. belge, art. 1165 ; C. civ. français, art. 1165.

(39) Les personnes juridiques internationales ne sont pas nécessairement des personnes juridiques internes. Sur le sujet, V. not. J.-C. Martin, *La personnalité juridique interne de l'organisation internationale*, in E. Lagrange et J.-M. Sorel (ss dir.), *Droit des organisations internationales* LGDJ, 2013, p. 465, spéc. n° 916, p. 466.

internationales excluent de leur champ d'application ce domaine⁽⁴⁰⁾. Dès lors que les règles du droit international privé français reçoivent application, pourrait être choisie la loi de l'État dans lequel les groupements signataires ont leur siège social⁽⁴¹⁾. Faute d'avoir respecté les formalités d'enregistrement en vigueur dans cet État propres aux associations⁽⁴²⁾ ou aux unions de syndicats⁽⁴³⁾, groupes auxquels peuvent être assimilées les organisations transnationales, l'accord conclu peut être frappé de nullité⁽⁴⁴⁾.

La mobilisation par le juge français⁽⁴⁵⁾ de la théorie de la réalité de la personne morale, selon laquelle « la personnalité civile (...) appartient (...) à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés »⁽⁴⁶⁾, offrirait-elle une solution ? Le succès de l'entreprise est incertain : l'application de principe de cette théorie semble exclue lorsque la loi prévoit une règle spéciale d'enregistrement pour l'obtention par un groupement de la personnalité juridique⁽⁴⁷⁾, ce qui est le cas en France s'agissant, notamment, des unions de syndicats⁽⁴⁸⁾ et des associations⁽⁴⁹⁾ (sans qu'y fasse obstacle leur nature internationale). Reconnaître le droit d'accès à la personnalité morale peut dépendre de l'audace du juge. En ce qui concerne le juge français, le fécond recours à la théorie de la réalité en droit du travail⁽⁵⁰⁾ devrait l'y inciter ; l'invocation de quelques textes supranationaux⁽⁵¹⁾ pourrait l'y aider.

(40) Règl. « Rome I », art. 1^{er}, 2), f) ; Conv. Rome, 19 juin 1980, art. 1^{er}, 2), e).

(41) V., en ce sens, P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 11^e éd. 2014, n° 1126, p. 752.

(42) Confèrent la personnalité juridique aux associations ayant procédé aux formalités d'enregistrement requises aussi bien la loi belge (L. 2 mai 2002, sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, art. 3 et 26 novies) que la loi française (L. 1^{er} juill. 1901, relative au contrat d'association, art. 2 et 5).

(43) C. trav., art. L. 2133-1 et L. 2133-2 (dans l'hypothèse où le droit français serait applicable).

(44) Certaines organisations européennes ont procédé aux formalités exigées en déposant leurs statuts conformément au droit belge. Tel est le cas de l'UEAMPE et de BusinessEurope (http://www.ejustice.just.fgov.be/tsv_pub/index_f.htm (consulté le 16 juin 2014). D'autres ne semblent pas être enregistrées, comme la CES, qui se définit elle-même comme une « association de fait » (<http://www.etuc.org/fr/node/4592> (consulté le 16 juin 2014)). La présence d'une partie au contrat dépourvue de la personnalité juridique suffit à le rendre nul, peu important que les autres ne présentent pas ce défaut (C. civ. belge, art. 1108 ; C. civ. français, art. 1108).

(45) Rien n'empêche, selon nous, le juge français d'appliquer la loi du for pour décider, s'agissant d'un contrat dont les effets se produisent sur son territoire, que la capacité juridique peut être reconnue aux syndicats supranationaux. Il lui suffira d'appliquer la solution de la Cour de cassation selon laquelle « l'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit (...) justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente » (Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 1999, n° 96-22.487, *Cie Royale Belge* : *Bull. civ.* 1999, I, n° 130, p. 85 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 698, note B. Ancel et H. Muir-Watt). Or, confèrent, par exemple, la personnalité juridique aux associations ayant procédé aux formalités d'enregistrement requises aussi bien la loi belge que la loi française.

(46) Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954, n° 54-07.081, *Comité d'entreprise des Forges et Aciéries de la Marine et d'Homécourt c/ Ray* : *Bull. civ.* 1954, II, n° 32, p. 20 ; *JCP* 1954, II, 7958, concl. M. Lemoine.

(47) Sur la question, V. not. B. Teyssié, *Droit civil. Les personnes*, LexisNexis, 16^e éd. 2014, n° 971, p. 519.

(48) Les règles qui gouvernent la constitution des syndicats sont applicables aux unions (C. trav., art. L. 2133-1 et L. 2133-2). Or, « un syndicat n'a d'existence légale de jour du dépôt en marie de ses statuts et du nom des personnes chargées de sa direction et de son administration » (C. trav., art. L. 2131-3. – Cass. soc., 7 mai 1987, n° 86-60.366, *Sté Simon Frères Ltd c/ Union départementale des syndicats des Bouches-du-Rhône et a.* : *Bull. civ.* 1987, V, n° 293 ; *Dr. soc.* 1989, p. 307, obs. J. Savatier. – Cass. soc., 11 mai 2004, n° 03-60.158, *Sté Boulogne Drive c/ Union locale des syndicats FO* : *Bull. civ.* 2004, V, n° 131 ; *RJS* 7/2004, n° 825).

(49) Cass. 2^e civ., 20 mars 1989, n° 88-11.585, *Office public des habitations à loyer modéré de la ville de Paris c/ Amicale des locataires Compans-Crimée* : *Bull. civ.* 1989, II, n° 76, p. 36.

(50) La chambre sociale de la Cour de cassation reconnaît la personnalité morale au comité de groupe constitué conformément aux dispositions des articles L. 2331-1 et suivants du Code du travail (Cass. soc., 23 janv. 1990, n° 86-14.947, *Sté Bendix Electronics c/ Féd. des travailleurs de la métallurgie CGT et a.* : *Bull. civ.* 1990, V, n° 20 ; *Dr. soc.* 1990, p. 326, obs. J. Savatier) et au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (Cass. soc., 17 avr. 1991, n° 89-17.993 et 89-43.767 à 89-43.770, *Synd. CFDT Métaux Fos et a. c/ Sté Sollac et a.* : *Bull. civ.* 1991, V, n° 206 ; *JCP E* 1991, II, 220, note H. Blaise).

(51) Plusieurs textes protègent la liberté d'association et la liberté syndicale (DUDH, art. 20 ; Conv. EDH, art. 11 ; Pacte des Nations Unies de 1966 relatif aux droits civils et politiques, art. 22 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 12 ; Conv. OIT n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical de 1948). Assurer leur

219. – Le contrat ne profite pas aux tiers. Reconnaître la soumission des organisations nationales à l'accord européen ne suffit pas à engager leur responsabilité si elles ne le transposent pas en droit interne. L'obstacle lié à l'effet relatif des conventions ressurgit sous son autre face : le contrat ne profite pas aux tiers⁽⁵²⁾. Au principe posé, nulle atteinte n'est portée lorsque la Cour de cassation décide que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »⁽⁵³⁾. Le sens de la solution ne doit pas être exagéré ; pour causer un préjudice délictuel, la violation du contrat doit porter atteinte à un droit subjectif reconnu à des tiers⁽⁵⁴⁾. Existe alors, selon la formule de Jhering, un « intérêt juridiquement protégé »⁽⁵⁵⁾. Seules certaines obligations contractuelles constituent des obligations générales de prudence et de diligence⁽⁵⁶⁾. La jurisprudence belge retient la même conception : la faute contractuelle ne constitue pas, en soi, une faute aquilienne⁽⁵⁷⁾. Décider l'inverse reviendrait à méconnaître le principe de la relativité des effets du contrat. Doivent ainsi être caractérisés successivement une faute contractuelle et un préjudice délictuel⁽⁵⁸⁾. Pour l'appréciation du second, le contrat est envisagé comme un fait juridique.

220. – L'examen de la faute contractuelle impose d'apprécier l'obligation violée. Les termes des accords européens sont larges : les organisations membres des

« effectivité » suggère de les interpréter comme imposant la reconnaissance de la personnalité morale aux groupements suffisamment organisés. Il ne serait pas nécessaire que le juge emprunte la voie de l'effet direct de ces textes et écarte les dispositions législatives imposant l'enregistrement de certains groupements pour qu'ils accèdent à la personnalité juridique. Il lui suffirait d'interpréter les dispositions nationales conformément aux textes supranationaux, en adoptant la lecture suivante : la reconnaissance de la personnalité morale de certains groupements par la seule condition d'enregistrement constitue une faveur législative à leur égard, laquelle n'empêche pas de conférer cette qualité à l'ensemble des groupements pourvus d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites.

(52) C. civ. belge, art. 1165 ; C. civ. français, art. 1165.

(53) Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *M. L. c/ Sté Myr'Ho* : *Bull. civ.* 2006, ass. plén., n° 9, p. 23 ; *D.* 2006, p. 825, note G. Viney. – Cass. 3° civ., 13 juill. 2010, n° 09-67.516 : *Bull. civ.* 2010, III, n° 146 ; *JCP E* 2010, 31, note P. Mousseron ; *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 240, note L. Leveneur.

(54) Sur l'exigence de l'atteinte à un droit subjectif pour caractériser l'existence d'un préjudice, V. not. M. Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de droit civil*, t. 5, Economica, 2° éd. 2012, n° 139 et s., p. 152 et s. – M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3° éd. 2012, p. 533 et s. – Sur la notion de droits subjectifs, V. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 150, n° 1.

(55) R. von Jhering, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, t. IV, trad. O. de Meulenaere, éd. A. Marecq, 3° éd. 1886, p. 325.

(56) Mais la conception extensive du modèle du « bon père de famille », lequel ne doit pas se rendre coupable d'inexécution préjudiciable à un tiers, qu'adopte progressivement la Cour de cassation a pour conséquence de lier facilement la faute contractuelle et la faute délictuelle.

(57) Engage sa responsabilité délictuelle le débiteur qui, en manquant à son obligation contractuelle, enfreint en même temps une autre norme de conduite à laquelle il doit se plier, cette fois envers les tiers (Cass. belge, 26 mars 1992 : *JLMB* 1994, p. 38, obs. D. Philippe ; *Pas.* 1994, I, p. 675, décidant que la violation d'une obligation contractuelle de conseil, d'information et de mise en garde d'un sous-traitant envers l'entrepreneur général n'engage pas *ipso facto* sa responsabilité aquilienne envers les acquéreurs du bien. – Cass. belge, 25 oct. 1990 : *RCJB* 1992, p. 493, note R.-O. Dalcq ; *RGAR* 1992, n° 11990, décidant que « la circonstance que la violation de l'obligation de prudence qui s'impose à toute personne constituée aussi un manquement à une obligation contractuelle n'exclut pas que l'auteur de ce manquement (...) encoure une responsabilité extracontractuelle pour le dommage ainsi causé aux tiers avec lesquels il n'a pas contracté ». Sur le sujet, V. not. P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Larcier, 2011, n° 648 et s.

(58) Les récents arrêts (français) confirment la lecture respectueuse qui doit être faite des articles 1382 et 1165 du Code civil, d'après laquelle la faute contractuelle engage la responsabilité délictuelle de son auteur à la condition qu'elle constitue aussi une faute délictuelle à l'égard du tiers (Cass. 1° civ., 15 déc. 2011, n° 10-17.691, *SARL Stéphane Blot immobilier c/ M^{me} M.*, non publié au bulletin ; *D.* 2012, p. 659, note D. Mazeaud. – Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11-25.567, *Silvestri et Baujet c/ M.B.* : *Bull. civ.* 2012, IV, n° 229 ; *D.* 2013, p. 746, note R. Boffa. – CE, 11 juill. 2011, n° 339409, *Gilles* : *Rec. CE* 2011 ; *D.* 2012, p. 653, note G. Viney).

groupements signataires sont appelées « à le mettre en œuvre ». Déceler une obligation de conclure un accord national (de surcroît « conforme » à l'accord source) est excessif. Plus pertinente est l'identification de l'obligation d'engager la négociation et de la conduire de bonne foi⁽⁵⁹⁾, en vue de parvenir à un accord conforme. Engage sa responsabilité contractuelle l'organisation qui s'y soustrait.

221. – Plus épineuse est la reconnaissance du préjudice délictuel qu'entraîne le manquement contractuel. Elle varie selon la qualité des tiers. L'esprit des textes légaux français relatifs à la négociation obligatoire suggère, à notre sens, que doivent s'y soumettre les organisations représentatives dans le champ où l'accord a vocation à se déployer. Tous sont fautifs, dans les conditions du droit commun de la responsabilité civile, s'ils refusent de participer à la négociation. Les organisations professionnelles puisent leur droit subjectif à l'engagement de la négociation collective dans une norme impérative. À la transposition interne de l'accord européen, nulle norme n'est en revanche applicable. Le juge pourrait reconnaître aux organisations représentatives le droit d'obliger leurs homologues à répondre favorablement à leur demande de négociation. L'atteinte à l'intérêt collectif de la profession manifesterait le dommage. Mais, contraire à la liberté contractuelle, la création d'une telle obligation serait inopportune. Les organisations nationales, tiers à l'accord européen, ne souffrent d'aucun préjudice lorsqu'est repoussée leur offre de négocier un accord national de transposition⁽⁶⁰⁾. En revanche, l'organisation qui, volontairement, accepte la négociation, engage sa responsabilité précontractuelle à l'égard de ses partenaires si elle ne la conduit pas de bonne foi.

Les salariés n'ont pas plus de droit que les organisations professionnelles à exiger que soit engagée une négociation, sauf à démontrer que l'absence de mise en œuvre de l'accord européen leur cause un préjudice, ce qui peut se révéler extrêmement difficile lorsque l'accord est rédigé dans des termes généraux⁽⁶¹⁾. À défaut d'obligation de résultat de conclure un accord national « conforme », la non-transposition n'emporte pas de « disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »⁽⁶²⁾. La rupture fautive de pourparlers ne peut être « la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettrait la conclusion du contrat »⁽⁶³⁾. La situation serait probablement différente si

(59) Sur la portée de cette notion, V. not. B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, n° 1452, p. 779.

(60) Comp. J.-F. Cesaro, *L'articulation de la norme interne et de la norme internationale*, in B. Teyssié (ss dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 225, spéc. n° 394, p. 240.

(61) Comp. Cass. soc., 27 nov. 2007, n° 06-42.745, *Sté American Airlines c/ Johnson-Vache*, non publié au bulletin. La Cour de cassation admet que les salariés peuvent engager la responsabilité délictuelle d'une société (mère) tierce qui manque à son obligation contractuelle, formulée auprès du comité d'entreprise de la société qui les emploie, de garantir l'exécution de la procédure de reclassement prévue dans le plan social.

(62) Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2007, n° 05-20.213, *Agent judiciaire du Trésor c/ Époux X* : *Bull. civ.* 2007, I, n° 217 ; *JCP G* 2007, I, 185, n° 2, note Ph. Stoffel-Munck. Le droit belge répare le dommage constitué par la chance prétendument perdue par la faute d'un tiers si cette chance était « réelle » (Cass. ch. réunies, 1^{er} avr. 2004, n°s C.01.0211.F et C.01.0217.F, *État Belge c/ Ville de Liège et a.*).

(63) Cass. 3^e civ., 7 janv. 2009, n° 07-20.783, *Sté Norimmo c/ Sté Régéal Lezennes* : *Bull. civ.* 2009, III, n° 5 ; *RJDA* 3/2009, n° 162. – Cass. 3^e civ., 28 juin 2006, n° 04-20.040, *Sté Antineas c/ SCI Longson M. Weber* : *Bull. civ.* 2006, III, n° 164, p. 136 ; *JCP G* 2006, II, 10130, note O. Deshayes. – En droit belge, l'établissement du lien causal suppose l'application du test de la condition *sine qua non*. Si, en l'absence de faute, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé, existe un lien de causalité entre la faute et le dommage. Le moindre doute fait perdre à la victime l'espoir d'indemnisation (Cass. ch. réunies, 1^{er} avr. 2004, n°s C.01.0211.F et C.01.0217.F, *État Belge c/ Ville de Liège et a.*). Or, la conclusion de l'accord ne présente guère de certitude.

le juge reconnaissait aux salariés (mais au prix d'une atteinte à la liberté contractuelle des organisations professionnelles) un droit subjectif à l'engagement de la négociation⁽⁶⁴⁾.

b) Forçage des statuts

222. – Emprunter, pour retenir la responsabilité des organisations nationales, la voie des statuts des organisations transnationales apparaît fort incertain. Le juge doit identifier une faute contractuelle et un préjudice en découlant, de nature contractuelle ou délictuelle selon la qualité de la victime du manquement.

223. – **Faute.** Une organisation professionnelle européenne, peu important que lui soit reconnue la personnalité juridique, fonctionne sur la base des statuts qu'elle a adoptés. Constituant un contrat liant ceux qui y ont adhéré⁽⁶⁵⁾, ses membres doivent les respecter. Or, les statuts des organisations européennes sont, pour l'heure, muets sur l'obligation qu'auraient leurs membres de transposer l'accord européen dont elles veulent assurer la diffusion par le biais des pratiques nationales. Leur est seulement imposée, dans certains cas, au titre de leur responsabilité disciplinaire, l'obligation de ne pas mettre en péril l'action syndicale⁽⁶⁶⁾. Nulle obligation de mettre en œuvre l'accord européen n'est directement identifiable. Reconnaître l'obligation de transposer l'accord impose au juge de forcer la volonté d'organisations qui ont souhaité conserver une part d'autonomie juridique⁽⁶⁷⁾. À défaut d'identifier une faute contractuelle, la responsabilité de ces dernières ne peut être retenue en raison de leur inertie.

224. – **Préjudice.** Au demeurant, reconnaître l'obligation de transposer l'accord européen ne garantit pas l'engagement de la responsabilité des organisations nationales. L'identification d'un préjudice est nécessaire. Or les tiers ne jouissent d'aucun droit subjectif leur permettant de reprocher aux membres nationaux des organisations signataires de ne pas avoir engagé ou conduit à son terme la négociation de l'accord de transposition.

B. – *Soft law*

225. – **Volonté.** Les organisations supranationales pourraient, dans leurs statuts, imposer à leurs membres l'obligation de moyens de transposer les accords qu'elles concluent au niveau national : elles s'y refusent pour des raisons politiques, protégeant l'autonomie juridique de leurs adhérents⁽⁶⁸⁾.

(64) La Cour de cassation répare la perte de chance des salariés de bénéficier d'un avantage en raison d'une carence du négociateur lorsqu'est rapportée la preuve d'une « éventualité favorable ». Tel est le cas en présence d'un accord-cadre garantissant l'existence d'une prime dont le montant doit être fixé par le jeu de la négociation annuelle obligatoire (Cass. soc., 13 nov. 2008, n° 07-44.874, *Sté Transports Dubouil c/ M. B.*, non publié au bulletin).

(65) C. civ. français, art. 1134. – C. civ. belge, art. 1134. – Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1987, n° 85-14.976, *Pietri* : *Bull. civ.* 1987, I, n° 119, p. 91 ; *JCP G* 1987, IV, p. 209.

(66) Selon l'article 4 des statuts de la CES (mai 2011), peut être exclue ou suspendue « une organisation membre ou une organisation ayant le statut d'observateur pour une action jugée en contrevention avec les présents Statuts ou contre les intérêts du mouvement syndical ».

(67) V. not. A. Martinon, *Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère transnational* : *Dr. soc.* 2010, p. 789, spéc. p. 799.

(68) Lors du congrès de Séville en 2007, la CES a pris l'engagement (stratégie et plan d'action 2007-2011) d'« assurer une plus grande cohérence entre les négociations collectives à tous les niveaux », ce qui pouvait préfigurer des modes

226. – **Intérêt.** La transposition « autonome » des accords repose en définitive sur le degré d'influence⁽⁶⁹⁾ des organisations supranationales sur leurs membres et sur leur capacité à leur infliger des sanctions disciplinaires⁽⁷⁰⁾. Mais est-il opportun de forcer les membres nationaux à conclure l'accord, au risque de freiner leur adhésion à des groupements transnationaux ? Le droit « mou » est, pour l'instant, le mieux adapté au développement de la négociation transnationale et à la réception de son produit en droit interne⁽⁷¹⁾.

II. – Résultat du processus de transposition

227. – **Interprétation de l'accord par les partenaires sociaux.** L'accord de transposition est juridiquement distinct de l'accord source. Une interprétation autonome doit prévaloir⁽⁷²⁾. Les organisations adhérentes peuvent toutefois, volontairement, solliciter l'interprétation des signataires de l'accord d'origine⁽⁷³⁾. Leurs réponses n'ont d'autre autorité que disciplinaire. Ils peuvent décider de se réunir pour conclure un avenant à l'accord. Mais rien n'exclut que les partenaires sociaux nationaux s'en écartent.

228. – **Interprétation de l'accord par le juge.** L'article 1156 du Code civil permet au juge français de rechercher la commune intention des parties au contrat. Peut-il, sur ce fondement, interpréter l'accord national à la lumière de l'accord transposé ? Une réponse négative s'impose, les accords étant juridiquement distincts. La solution est différente lorsque, dans le préambule de l'accord de transposition, ses signataires se déclarent « soucieux de donner corps à l'engagement pris paritairement au niveau européen »⁽⁷⁴⁾. La formule révèle la volonté de créer un lien avec l'accord européen. Ce lien demeure cependant limité : le préambule ne peut pas être opposé aux clauses claires et précises figurant dans le corps du contrat⁽⁷⁵⁾.

plus contraignants d'articulation des négociations. Mais le congrès d'Athènes (12-16 mai 2011) n'a pas apporté davantage de précisions.

(69) B. Teyslié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n° 136, p. 72.

(70) P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^e éd. 2014, n° 108, p. 120.

(71) Les accords-cadres européens ont été transposés par des accords nationaux interprofessionnels qui ont fait l'objet d'arrêtés d'application générale que rien, au demeurant, n'obligeait l'État à adopter. L'accord-cadre européen sur le télétravail du 16 juillet 2002 a été introduit en France par accord national interprofessionnel du 19 juillet 2005, étendu par arrêté du 30 mai 2006 (JO 9 juin 2006, n° 132). L'accord-cadre européen sur le stress au travail du 8 octobre 2004 a été introduit en France par accord national interprofessionnel du 2 juillet 2008, étendu par arrêté du 23 avril 2009 (JO 6 mai 2009, n° 0105). L'accord-cadre européen sur le harcèlement et la violence au travail du 26 avril 2007 a été introduit en France par accord national interprofessionnel du 26 mars 2010, étendu par arrêté du 23 juillet 2010 (JO 31 juill. 2010, n° 0175). L'accord-cadre européen sur les marchés du travail inclusifs du 25 mars 2010 n'a pas encore été transposé en droit interne. Le droit luxembourgeois procède selon une méthode identique. V. not. l'accord national du 25 juin 2009 transposant l'accord-cadre européen sur le harcèlement et la violence au travail de 2007, qui a été déclaré d'obligation générale le 15 décembre 2009 (*Liaisons soc. Europe* 2013, n° 337, p. 5).

(72) V. not. J.-F. Cesaro, *L'articulation de la norme interne et de la norme internationale*, in B. Teyslié (ss dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 225, spéc. n° 396, p. 242.

(73) Les accords européens prévoient, au titre de leur mise en œuvre et de leur suivi, qu'« en cas de questions sur le contenu de l'accord, les organisations membres pourront en référer conjointement ou séparément aux parties signataires ». Une commission d'interprétation peut être créée.

(74) ANI 19 juill. 2005 sur le télétravail, Préambule. *Addé*, le préambule de l'ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail dans lequel les signataires « considèrent comme étant de leur devoir et de leur responsabilité de transposer, par le présent accord, l'accord-cadre autonome signé par les partenaires sociaux européens ».

(75) CA Paris, 9 nov. 1994 : *Contrats, conc. consom.* 1995, comm. 40, note G. Raymond. – V. aussi P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 4^e éd. 2010, n° 120, p. 63. La Cour de justice adopte la même solution à l'égard des actes de l'Union. Elle considère que « le préambule d'un acte communautaire n'a pas de valeur juridique contraignante et ne saurait être invoqué ni pour déroger aux dispositions mêmes de l'acte concerné ni pour

§ 2. – Transposition institutionnelle du contrat

229. – Emprunt de la voie institutionnelle. La mise en œuvre d'un accord collectif de niveau communautaire peut être opérée par une décision du Conseil prise sur proposition de la Commission⁽⁷⁶⁾. La lettre et l'esprit du texte commandent à la seconde de proposer au premier une mesure en ce sens⁽⁷⁷⁾, dans de brefs délais. Son inertie l'expose à l'exercice d'une action en responsabilité fondée sur l'article 340, alinéa 2, du traité de Rome⁽⁷⁸⁾... ce qui ne l'a pas empêché de refuser d'accéder à la demande des partenaires sociaux de présenter une proposition de directive permettant de transposer trois accords sectoriels ratifiés en 2012⁽⁷⁹⁾. En outre, aucune garantie juridique n'est donnée aux partenaires sociaux que la Commission ne s'écartera pas des termes de l'accord, sous réserve de ne pas y apporter de modifications substantielles, dès lors qu'elle doit uniquement participer à sa mise en œuvre ; le Conseil, nullement tenu de réaliser la transposition sollicitée⁽⁸⁰⁾, est libre d'amender le contenu de la proposition de directive qui lui est transmise⁽⁸¹⁾. Néanmoins, les facultés ainsi ouvertes n'ont jusqu'à présent été que très modérément utilisées.

230. – Portée de la voie institutionnelle. Le terme « décision » présent à l'article 155 du traité de Rome, interprété souplesment par la Commission, renvoie aux actes législatifs contraignants visés à l'article 288⁽⁸²⁾. Jusqu'à présent, le choix a toujours été celui d'une directive⁽⁸³⁾ en raison de la souplesse tenant aux délais et aux

interpréter ces dispositions dans un sens manifestement contraire à leur libellé » (CJCE, 19 nov. 1998, aff. C-162/97, *Nilsson e.a.*, pt 54 : *Rec. CJCE* 1998, I, p. 7477. – CJCE, 24 nov. 2005, aff. C-136/04, *Deutsches Milch-Kontor*, pt 32 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 10095. – CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-134/08, *Tyson Parketthandel*, pt 16 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 2875).

(76) TFUE, art. 155, § 2.

(77) Comp. TPICE, 17 juin 1998, aff. T-135/96 : *Rec. TPICE* 1998, II, p. 2335 ; *Dr. soc.* 1999, 60, obs. M.-A. Moreau, décidant que « la Commission, récupérant la maîtrise de la procédure, examine s'il y a lieu de présenter une proposition au Conseil » (pt 84).

(78) En vertu duquel « l'Union doit réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions et ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions ».

(79) Ainsi de l'accord du 15 février 2012 sur le temps de travail dans les navires de transport de passagers et de marchandises sur les voies fluviales européennes (*Liaisons soc. Europe* 2012, n° 297, p. 6) ; de celui du 26 avril 2012 relatif à la santé et à la sécurité dans les salons de coiffure (*Liaisons soc. Europe* 2012, n° 303, p. 7) ; de celui du 21 mai 2012 visant à assurer des conditions de travail décentes aux pêcheurs à bord des navires de pêche, pris lui-même afin d'assurer la mise en œuvre dans l'Union européenne de la convention n° 188 de l'OIT concernant le travail dans le secteur de la pêche (*Liaisons soc. Europe* 2012, n° 305, p. 10). La Commission, dans son programme de travail pour 2013 (*Liaisons soc. Europe* 2012, n° 314, p. 1) et dans son programme *REFIT* publié le 2 octobre 2013 (*Regulatory Fitness and Performance* ; programme visant à vérifier que la législation européenne répond bien à l'objectif de remettre l'Europe sur la voie de la croissance et de la création d'emplois) (*Liaisons soc. Europe* 2013, n° 338, p. 1), n'a présenté aucune préparation de proposition de la directive. L'attitude de la Commission a suscité de vives critiques de la part des syndicats européens (*Liaisons soc. Europe* 2013, n° 339, p. 4).

(80) Le Conseil statue à la majorité qualifiée (TFUE, art. 155, § 2), sauf lorsque l'accord contient une ou plusieurs dispositions relatives à l'un des domaines pour lesquels l'unanimité est requise (TFUE, art. 153, § 2).

(81) Rapp. « Prise de position de l'UNICE, le chapitre social du traité de Maastricht », 25 mai 1992, § 5, pt 6 : « Toute modification substantielle conduirait à une invalidation automatique de l'accord conclu, et les partenaires sociaux inséreraient une clause en ce sens dans tout accord ». De telles clauses imposant une invalidation systématique en cas de modification substantielle des termes de l'accord seraient dénuées de valeur juridique. En effet, les partenaires sociaux n'ont pas le pouvoir de contrarier le législateur européen. En ce sens, V. M. Hecquet, *Essai sur le dialogue social européen*, thèse, ss dir. B. Teyssié, LGDJ, 2007, n° 160, p. 113.

(82) Rép. Comm., 10 juin 1996 : *JOCE* n° C-280, 25 sept. 1996, p. 115. – *Addé*, Rép. Comm., 7 août 1996 : *JOCE* n° C-305, 15 oct. 1996, p. 46.

(83) Dir. n° 96/34/CE, 3 juin 1996, concernant l'accord-cadre sur le thème du congé parental : *JOCE* n° L 145, 19 juin 1996, p. 4 ; Dir. n° 2010/18/UE, 8 mars 2010, concernant le nouvel accord-cadre sur le même thème : *JOUE* n° L 68, 18 mars 2010, p. 13 ; Dir. n° 97/41/CE, 15 déc. 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel : *JOCE* n° L 14, 20 janv. 1998, p. 9 ; Dir. n° 1999/70/CE, 28 juin 2009 concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée : *JOCE* n° L 175, 10 juill. 1999, p. 43 ; Dir. n° 1999/63/CE, 21 juin 1999 concernant l'accord relatif à l'organisation du temps de

marges d'adaptation qu'elle offre aux États. Rien, au demeurant, n'empêche ces derniers, s'ils sont saisis d'une demande en ce sens, de confier aux partenaires sociaux internes la transposition des directives sociales par voie d'accord.

231. – Métamorphosé en directive, l'accord-cadre européen en acquiert la nature. Son interprétation obéit aux règles applicables aux actes des institutions européennes. En cas de difficulté, récolter l'avis des signataires peut, à défaut d'être imposé⁽⁸⁴⁾, se révéler pertinent.

232. – Que l'accord soit ainsi mis en œuvre n'exclut pas que ses signataires concluent ultérieurement des accords modificatifs⁽⁸⁵⁾. Mais parce qu'ils ne sont pas incorporés au texte de la directive, leurs signataires doivent à nouveau solliciter les institutions européennes et espérer d'elles leur reprise par voie de décision⁽⁸⁶⁾.

233. – **Conclusion de section.** Le contrat signé entre organisations syndicales transnationales n'intègre pas directement la hiérarchie des sources nationales. Les voies qu'il peut emprunter à cet effet sont limitées. Les instruments juridiques nationaux ne permettent pas d'accélérer le processus : la place qu'ils reconnaissent à l'engagement de la responsabilité des organisations syndicales nationales est étroite. Rien n'empêche les institutions de l'Union européenne de refuser de transformer le contrat en acte contraignant à l'égard des États membres. La diffusion du contrat supranational n'est pas pour autant condamnée. Elle emprunte d'autres canaux. La contrainte juridique laisse place à l'autorité persuasive.

SECTION 2

La place du contrat signé par des groupes transnationaux

234. – **Cadre du contrat.** S'inscrit dans le cadre de l'autorégulation la conclusion d'accords collectifs transnationaux⁽⁸⁷⁾. Ils sont « conclus par des entreprises ou des groupes

travail des gens de mer : *JOCE* n° L 167, 2 juill. 1999 ; Dir. n° 2005/47CE, 18 juill. 2005 concernant l'accord-cadre sur certains aspects des conditions d'utilisation des travailleurs mobiles effectuant des services d'interopérabilité transfrontalière dans le service ferroviaire : *JOUE* n° L 195, 27 juill. 2005, p. 15 ; Dir. n° 2009/13/CE, 16 févr. 2009 concernant l'accord sur la convention du travail maritime et modifiant la directive n° 1999/63/CE : *JOUE* n° L 124, 20 mai 2009, p. 30 ; Dir. n° 2010/32/UE, 11 mai 2010 concernant l'accord sur la prévention des blessures par objets tranchants et piqués d'aiguille dans le secteur hospitalier : *JOUE* n° L 134/66.

(84) Selon la clause 8, § 6 de l'accord-cadre européen du 18 juin 2009 sur le congé parental, « sans préjudice des compétences respectives de la Commission, des tribunaux nationaux et de la Cour de justice européenne, en cas de problème d'interprétation du présent accord au niveau européen, la Commission est tenue, en premier lieu, d'en informer les parties signataires, qui rendront un avis ». Une telle clause ne lie pas les institutions européennes, quand bien même l'accord de 2009 apparaîtrait en annexe de la directive en assurant la transposition (Dir. n° 2010/18/UE, 8 mars 2010, préc.). La Cour de justice s'est déclarée compétente pour interpréter cet accord alors même que l'avis des partenaires sociaux n'avait pas été sollicité (CJUE, 16 sept. 2010, aff. C-149/10, *Chatzi* : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 8489 ; *Liaisons soc. Europe* 2010, n° 261, p. 3, obs. H. Tissandier ; *RJS* 01/2011, p. 6, note A. Gardin).

(85) V. not. accord-cadre 18 juin 2009 sur le congé parental, clause 8, § 3.

(86) Pour un exemple de directive modifiée à la demande des partenaires sociaux, V. Dir. n° 2009/13/CE, 16 févr. 2009, portant mise en œuvre de l'accord conclu le 19 mai 2008 par les Associations des armateurs de la Communauté européenne (ECSA) et la Fédération européenne des travailleurs des transports (ETF) concernant la convention du travail maritime du 23 février 2006 adoptée par l'OIT, et modifiant la directive n° 1999/63/CE.

(87) Les documents élaborés unilatéralement par l'employeur sont exclus du champ de l'étude. Contenant des engagements généralement moins fermes et précis que les accords, ils participent plus faiblement que ces derniers à l'étude de la capacité de l'autorégulation à influencer le droit national.

implantés sur le territoire de plusieurs États avec des organisations syndicales ou des instances de représentation du personnel elles-mêmes à caractère transnational afin d'établir des dispositifs applicables à l'ensemble des entités composant l'entreprise des entités composant l'entreprise ou le groupe ou à une partie d'entre elles (mais relevant d'États différents) »⁽⁸⁸⁾. Des accords transnationaux, le contenu est variable. Certains s'en tiennent à l'énoncé de principes tel le respect de normes sociales internationales⁽⁸⁹⁾, ou traitent de la responsabilité sociale de l'entreprise⁽⁹⁰⁾. D'autres contiennent des dispositions plus précises, relatives à la conduite d'une opération de restructuration⁽⁹¹⁾, à l'organisation de la formation professionnelle⁽⁹²⁾, à la santé et à la sécurité⁽⁹³⁾, etc.

235. – Valeur du contrat. Les accords transnationaux manifestent une recherche d'harmonisation des droits nationaux du travail que les textes supranationaux n'assurent pas entièrement. Bâti en rupture avec les droits étatiques, ils sont paradoxalement incapables, à défaut de bénéficier d'un régime juridique propre, de s'en écarter efficacement. Révélant l'insuffisance du droit du travail français dans l'appréhension d'opérations transnationales telles que les restructurations⁽⁹⁴⁾, ces accords l'appellent, sans le contraindre, à évoluer. Les obstacles rencontrés lors de leur diffusion dans l'ordre national⁽⁹⁵⁾ suscitent une double observation. Ils rassurent ceux qui craignent que l'autorégulation ne concurrence les droits étatiques : l'accord est soumis au respect de la loi nationale qui lui est applicable (§ 1). Ils révèlent, à l'inverse, la

(88) B. Teyssié, *Délocalisation d'entreprise et relations collectives de travail* : Dr. soc. 2005, p. 759, spéc. n° 35, p. 770. – Selon l'Organisation internationale du travail, existent, à l'orée de l'année 2014, cent cinquante accords transnationaux, couvrant environ 9 millions de travailleurs (V. *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 347, p. 2).

(89) V. not. C. Sachs-Durand, *Commentaire de l'accord France Télécom du 21 décembre 2006 sur les droits sociaux fondamentaux* : RDT 2007, p. 107. – Pour une présentation générale de ces accords, V. not. B. Teyssié, *Négociation. Convention et accord collectif. Négociation transnationale* : JCl. Travail Traité, 2012, Fasc. 1-39, spéc. n° 26. – Adde S. Izard, *Les accords d'entreprise ou de groupe à caractère transnational*, thèse dactyl., ss dir. B. Teyssié, Paris II, 2011.

(90) V. not. la « Charte engageant la direction et le comité d'entreprise européen du groupe Solvay en matière de développement durable et de responsabilité sociale de l'entreprise », adoptée le 25 novembre 2008 (*Liaisons soc. Europe* 2008, n° 214, p. 8).

(91) V. not. l'accord signé le 25 janvier 2000 par le groupe Ford avec le comité d'entreprise européen ayant pour objet de préciser les modalités du transfert de plusieurs milliers de salariés dans une nouvelle structure juridique (*Liaisons soc. Europe* 2000, n° 8, p. 5) ; l'accord-cadre intervenu le 13 mars 2000 entre le groupe General Motors et l'instance européenne de représentation du personnel traitant des incidences sociales de l'alliance, nouée entre Opel et Fiat, se traduisant par la création de deux sociétés communes (*Liaisons soc. Europe* 2000, n° 14, p. 1) ; l'accord conclu le 5 mars 2001 et le 8 décembre 2004 par la direction de General Motors avec le comité d'entreprise européen sur les restructurations affectant les implantations européennes du groupe (*Liaisons soc. Europe* 2001, n° 30, p. 12 ; *Liaisons soc. Europe* 2002, n° 63, p. 8 ; *Liaisons soc. Europe* 2005, n° 118, p. 1) ; l'accord passé le 25 octobre 2001 entre le groupe Danone et l'Union internationale des travailleurs de l'alimentation relatif aux garanties apportées aux salariés touchés par la restructuration d'une branche d'activité (*Liaisons soc. Europe* 2001, n° 42, p. 12) ; l'accord signé par EDF, le 24 janvier 2005, sur le thème de la responsabilité sociale comportant un volet consacré à la gestion des restructurations. – Sur le sujet, V. not. Ch. Neau-Leduc, *L'impact de la RSE sur le droit positif* : Dr. fisc. 2011, n° 131, p. 22 ; *RSE et droit social, Présentation*, in F.-G. Trébulle et O. Uzan (ss dir.), *Responsabilité sociale des entreprises, Regards croisés Droit et Gestion*, Economica, 2011, p. 113 ; *Les accords sur la responsabilité sociale de l'entreprise* : Dr. soc. 2008, p. 75 ; *La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ?* : Dr. soc. 2006, p. 952.

(92) V. not. l'accord conclu par la direction centrale et le comité d'entreprise européen de la banque italienne UniCredit Group en décembre 2008 (*Liaisons soc. Europe* 2009, n° 217, p. 8).

(93) Accord mondial du 21 novembre 2014 sur la santé sécurité dans le groupe Orange (*Liaisons soc.* 27 nov. 2014, n° 16721).

(94) V. not. P. Morvan, *La norme transnationale dans le droit des restructurations*, in B. Teyssié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 172.

(95) Sur le sujet, V. not. E. Daoud et J. Ferrari, *La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique* : JCP S 2012, 1391. – I. Desbarats, *Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion* : JCP E 2003, I, 112. – P. Deumier, *Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques* : RTD civ. 2009, p. 77.

nécessité de conférer à l'accord une aire d'autonomie juridique à l'égard des droits nationaux : il pourrait être régi par une loi transnationale (§ 2).

§ 1. – Loi nationale

236. – Conclut en rupture avec le droit étatique, les accords-cadres internationaux ne peuvent pourtant pas s'en extraire totalement. Son application est tantôt subie lorsque le juge applique une loi nationale à l'accord (I), tantôt choisie lorsque les signataires mobilisent des lois nationales pour en assurer la diffusion (II).

I. – Une loi nationale

237. – La soumission de l'accord-cadre international à une loi nationale ne correspond guère à l'esprit qui préside à sa négociation. La résolution des litiges qui pourraient naître de son application doit reposer, dans la mesure du possible, sur l'élaboration de procédures de médiation et d'arbitrage. Efficaces entre les parties à l'accord, ces procédures n'affecteront pas les tiers intéressés par son application. Son examen par le juge entraînera sa soumission à une loi nationale. La complexité de l'exercice révèle son caractère inadapté : les embûches parsèment la détermination de la loi applicable à l'accord (A) puis l'application de ses prescriptions (B).

A. – Détermination de la loi nationale

238. – Le droit international privé contient des règles de conflit de lois dont le contenu varie en fonction de la nature de la question de droit considérée. Sélectionner la loi applicable à l'accord-cadre international (2°) suppose au préalable de le qualifier (1°).

1° Qualification préalable de l'accord

239. – **Qualification *lege fori*.** Saisi d'une question de droit présentant des éléments d'extranéité, le juge d'un État membre de l'Union européenne doit vérifier si elle renvoie à la catégorie des « contrats » ou à celle des « délits et quasi-délits ». La réponse détermine le choix de l'instrument de résolution du conflit de lois. Lorsque le droit de l'Union européenne est applicable, la convention de Rome⁽⁹⁶⁾ et le règlement « Rome I »⁽⁹⁷⁾ gouvernent la première catégorie, le règlement « Rome II »⁽⁹⁸⁾ la seconde. Ni le juge français, ni la Cour de justice de l'Union européenne, appelée à bâtir des notions autonomes pour l'application des règlements⁽⁹⁹⁾, ne se sont pro-

(96) Conv. Rome 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, nées depuis le 1^{er} avril 1991 (art. 28). S'agissant des accords conclus avant cette date, les règles du droit international privé national reçoivent application.

(97) Règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), art. 28 : *JOUE* n° L 177, 4 juill. 2008, et rect. *JOUE* 24 nov. 2009. Entré en vigueur le 17 décembre 2009 (art. 28), il « remplace entre les États membres les dispositions de la convention de Rome, toute référence faite à celle-ci s'entend[ant] comme faite au présent règlement » (art. 24).

(98) Règl. (CE) n° 864/2007, 11 juill. 2007, sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), art. 32 : *JOUE* n° L 199, 31 juill. 2007. Il est applicable depuis le 11 janvier 2009 (art. 32).

(99) CJCE, 15 mars 2011, aff. C-29/10, *Koelzsch*, § 32 : *Rec. CJCE* 2011, I, p. 1595. – CJUE, 13 mars 2014, aff. C-548/12, *Brogstetter* : *Rec. CJUE* 2014. – V. not. M. Audit, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire* :

noncés sur la qualification de l'accord-cadre international. Privé de définition européenne, le juge risque de se tourner vers la loi du for. La doctrine imagine ce qu'il déciderait : elle appréhende d'emblée l'accord comme un contrat⁽¹⁰⁰⁾, sous réserve qu'il soit conclu en vue de produire des effets de droit⁽¹⁰¹⁾. La solution, correcte, occulte la démonstration qui la sert. Elle révèle de fortes complexités tant les qualifications sont disputées.

240. – Analysé à la lumière du droit français, l'accord-cadre est susceptible de recevoir la qualification d'accord collectif de travail. Défini par son objet et ses signataires, il doit aborder, au profit d'une ou plusieurs « catégories professionnelles »⁽¹⁰²⁾, les thèmes des « conditions d'emploi et de travail », de la « formation professionnelle » ou des « garanties sociales »⁽¹⁰³⁾ et être signé par l'employeur avec « une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives dans [son] champ d'application »⁽¹⁰⁴⁾. Pourraient être assimilées à ces dernières les organisations professionnelles transnationales en ce qu'elles défendent les intérêts des salariés mentionnés dans leurs statuts⁽¹⁰⁵⁾ (peu importe à ce stade l'examen de leur représentativité, lequel intervient postérieurement à la désignation de la loi applicable). Qualifié d'accord collectif, l'accord-cadre produit des obligations contractuelles justifiant l'application du règlement « Rome I ».

241. – Cette solution est discutable. S'il est certain que l'instance transnationale de représentation du personnel n'a pas la qualité d'organisation syndicale, il est douteux que les organisations syndicales transnationales puissent y être assimilées, faute d'être constituées en authentiques « syndicats professionnels admi[s] à négocier les conventions et accords collectifs de travail »⁽¹⁰⁶⁾. Privé de la qualité d'accord collectif, l'accord-cadre doit recevoir une autre qualification. Son appréhension est controversée. Selon une première conception, doit être chassée la nature de contrat de droit commun en raison du refus de la Cour de cassation d'admettre cette qualification intermédiaire : un accord répondant à l'objet d'un accord collectif s'analyse soit en cette qualité s'il est signé par des organisations syndicales représentatives,

JDI 2004, p. 789. – T. Azzi, *Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire* : D. 2009, p. 1621. – B. Häftel, *Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I* : JDI 2010, p. 761.

(100) B. Teysié, *La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe* : Dr. soc. 2005, p. 982, spéc. n° 6, p. 984 ; *La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe, in Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 821, spéc. n° 4, p. 824. – P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^e éd. 2014, n° 555, p. 622. – A. Lyon-Caen, *La négociation collective dans ses dimensions internationales* : Dr. soc. 1997, p. 352, spéc. n° 42. – A.-L. Francis, *Les instances internationales de représentation du personnel*, thèse, ss dir. B. Teysié, LexisNexis, coll. « Planète social », 2012, spéc. n° 112, p. 80. – Le professeur Rodière émet toutefois un doute quant à l'applicabilité de l'instrument européen : « Convention et règlement ne s'appliquent pas » « aux questions relevant du droit de sociétés, associations et personnes morales... » (Conv. Rome, art. 1, § 2 e) ; Règl. « Rome I », art. 1, § 2 f)). Le droit de négociation collective est étroitement lié au droit d'association, suffisamment pour qu'on puisse en conclure que l'exclusion de l'un emporte exclusion de l'autre » (P. Rodière, préc., n° 555, p. 622).

(101) Le critère nécessaire de la qualification de contrat est l'intention de créer des normes juridiquement obligatoires ; l'accord constitue, à défaut, un *gentlemen's agreement* (V. J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, t. 1. *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^e éd. 2013, n°s 106 et s., p. 87 et s.).

(102) C. trav., art. L. 2221-2.

(103) C. trav., art. L. 2221-1.

(104) C. trav., art. L. 2231-1 et L. 2232-16.

(105) C. trav., art. L. 2131-1.

(106) C. trav., art. L. 2132-2, al. 1^{er}.

soit en un engagement unilatéral de l'employeur⁽¹⁰⁷⁾. Cette dernière qualification ne soulève guère de difficulté dès lors que les effets que cet engagement produit sont de nature contractuelle : la Cour de cassation fonde sur l'article 1142 du Code civil le préjudice dont souffrent les salariés victimes de l'inexécution par l'employeur d'un engagement unilatéral⁽¹⁰⁸⁾. Mais cette solution est discutée par une partie de la doctrine qui lui préfère la nature délictuelle⁽¹⁰⁹⁾... au risque d'écarter l'application du règlement « Rome I » au profit de son concurrent. La seconde conception, qui a notre préférence, accepte la qualification de contrat. Son rejet par le juge n'intervient que dans la mesure où, plutôt que d'annuler un accord collectif, il qualifie la situation d'engagement unilatéral. Or, l'accord-cadre n'épousant pas le champ (matériel et non pas géographique)⁽¹¹⁰⁾ d'un accord collectif de travail, il n'encourt pas la censure pour ne pas avoir été signé avec des organisations syndicales représentatives ; il n'est donc pas exposé à sa dégradation au rang d'engagement unilatéral⁽¹¹¹⁾. Il demeure un contrat de droit commun valable, justifiant l'application du règlement « Rome I »⁽¹¹²⁾.

(107) Cass. soc., 15 janv. 1997, n° 94-44.914, *EDF c/ Ziegler* : *Bull. civ.* 1997, V, n° 20 ; *RJS* 2/1997, n° 191. L'accord de fin de grève « s'analyse soit en un accord collectif d'entreprise lorsqu'il est signé après négociation avec les délégués syndicaux par l'un d'entre eux, soit en un engagement unilatéral de l'employeur ». – *Adde*, Cass. soc., 19 nov. 1997, n°s 95-43.945 et 95-44.167, *M. C. et a. c/ Sté P & O Ferrymasters* : *Dr. soc.* 1998, p. 89, obs. G. Couturier.

(108) Cass. soc., 25 nov. 2003, n° 01-17.501, *BSN-Glasspack* : *Bull. civ.* 2003, V, n° 294 ; *JCP G* 2004, I, 163, p. 1628, note G. Viney ; *Dr. soc.* 2004, p. 166, obs. J. Savatier.

(109) V. not. I. Omarjee, *La violation par l'employeur d'un engagement unilatéral en matière d'emploi* : *D.* 2004, p. 2395, spéc. p. 2397. – *Adde*, G. Viney, note ss Cass. soc., 25 nov. 2003 : *JCP G* 2004, I, 163, spéc. p. 1628. La référence à l'article 1142 du Code civil ne résulterait que de la « nature contractuelle des liens unissant les salariés à l'employeur » (en vertu de leur contrat de travail).

(110) Si le principe de territorialité exclut, en principe, l'application d'une convention ou d'un accord collectif à une entreprise ou un établissement situé hors du territoire français (Cass. soc., 29 mai 1963 : *Bull. civ.* 1963, IV, n° 441 ; *JCP* 1964, II, 13523, note M. Simon-Depitre. – *CJCE*, 15 janv. 1987, aff. C-266/85, *Shenavai c/ Kreischer* : *Rec. CJCE* 1987, I, p. 239 ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 798, note G. A.-L. Droz), rien n'interdit l'introduction de stipulations élargissant son champ d'application (Cass. soc., 28 nov. 2001, n° 00-11.209, *SA C^{ie} Française d'assistance spécialisée [Cofras] c/ Synd. des métaux du Var, Union départementale CFTC du Var* : *RJS* 2/2002, n° 150). Il est donc permis que l'accord-cadre prévienne son application sur le territoire de plusieurs États. En revanche, il est exclu, sur le plan matériel, que l'accord collectif s'applique à des salariés qui ne sont pas liés par un contrat de travail (de droit français) avec l'employeur signataire. L'accord qui reçoit cette portée n'a pas la qualité d'accord collectif de travail.

(111) *Comp. Instr. min. CEDD 1310*, 6 nov. 1995, « relative à l'application de l'article 13 de la directive européenne n° 94-45 du 22 septembre 1994 » (concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs). Elle précise qu'un accord d'anticipation, pour être efficace, doit satisfaire aux normes de validité gouvernant, en vertu de la loi nationale qui le régit, le type d'acte dont il relève. Les accords relevant de la loi française doivent « répondre aux conditions de validité des accords d'entreprise selon les règles en vigueur dans notre droit du travail ». Cette solution est contestable. Le législateur français, en excluant du respect du Code du travail les accords d'anticipation, a « implicitement refusé de reprendre à son compte l'analyse développée dans l'instruction ministérielle ». Il suggère « qu'une catégorie nouvelle d'accords collectifs est née, rebelle aux schémas ordinaires du droit du travail français, dont l'efficacité doit être appréciée à la lumière du seul droit commun des obligations et des prescriptions de l'article 13 de la directive du 22 septembre 1994 (et de ses traductions nationales) relayés par celles de l'article 14 de la directive du 6 mai 2009 » (B. Teysié, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen*, LexisNexis, 2012, spéc. n° 79, p. 42).

(112) De même, l'accord-cadre signé par l'employeur avec un ou plusieurs groupements professionnels transnationaux ainsi qu'avec une instance transnationale de représentation du personnel reçoit la qualification de contrat de droit commun. La qualification d'accord collectif de travail pourrait réapparaître à l'égard de l'accord-cadre à la signature duquel sont associées des organisations syndicales représentatives nationales. Le droit français fait primer cette qualification, sans exclure toutefois que la relation nouée entre l'employeur et les groupements transnationaux soit qualifiée de contrat au sens de l'article 1134 du Code civil (Cass. soc., 8 avr. 2009, n°s 08-40.256 et 08-41.045, *SAS Transports en commun de l'agglomération rouennaise [TCAR] c/ Synd. gén. du personnel TCAR-CGT et a.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 102 ; *JCP S* 2009, 1458, note R. Vatinet, décidant, au visa de l'article 1134 du Code civil que « le comité d'entreprise, dès lors qu'il était signataire de l'accord de fin de conflit (...) avait par là même qualité pour demander, conjointement avec les organisations syndicales signataires, son exécution ou

242. – Qualification européenne. L'élaboration d'une notion autonome de l'accord collectif pour l'application du règlement « Rome I » éviterait les difficultés précédentes. Il suffirait que la Cour de justice de l'Union européenne, saisie par le juge national d'une question préjudicielle en interprétation de l'accord-cadre international au sens des instruments européens, en donne une définition libérale en visant l'accord passé par l'employeur avec des représentants des salariés, qu'il s'agisse de groupements professionnels d'essence syndicale ou d'institutions élues. Mais, à sa construction, le *corpus* européen n'offre guère d'aliment solide. L'article 155 du traité de Rome ne vise pas la négociation d'accords d'entreprise ou de groupe de dimension transnationale. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne évoque, sans toutefois retenir de définition, le droit des « représentants des travailleurs » à recevoir une information et une consultation en temps utile⁽¹¹³⁾ et le droit des « organisations des travailleurs et employeurs » à négocier et conclure des « conventions collectives » aux niveaux appropriés⁽¹¹⁴⁾. Le juge européen pourrait s'inspirer du droit de l'Organisation internationale du travail. Mais les textes adoptés reconnaissent tous une priorité aux « organisations » d'essence syndicale face aux représentants élus dont la participation à la négociation collective n'est envisagée qu'à titre supplétif⁽¹¹⁵⁾, réduisant ainsi l'espoir de parvenir à une définition souple de l'accord collectif. N'est-il pas temps qu'un texte international définisse clairement la négociation transnationale d'entreprise et de groupe ? Il accompagnerait, au-delà, le développement de la *lex socialia*...

2° Sélection de la loi applicable à l'accord

243. – Loi d'autonomie. Conclue en rupture avec le droit étatique, les accords-cadres internationaux prévoient rarement la loi nationale qui les régit⁽¹¹⁶⁾. Lorsqu'ils le font⁽¹¹⁷⁾, c'est pour éviter l'aléa que présente la recherche de la loi objectivement applicable.

l'indemnisation du préjudice subi résultant de son inexécution par l'employeur »). La solution, malgré cette configuration, demeure inchangée : l'accord-cadre produit des obligations contractuelles au sens du règlement « Rome I ».

(113) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 27.

(114) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 28.

(115) Selon la convention OIT n° 154 de 1981 sur la négociation collective, « le terme de négociation collective s'applique à toutes les négociations qui ont lieu entre un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs, d'une part, et une ou plusieurs organisations de travailleurs, d'autre part (...) » (art. 2). La « négociation collective (...) avec les représentants des travailleurs (...) ne [peut] servir à affaiblir la situation des organisations de travailleurs intéressés » (art. 3, § 2). Selon la recommandation n° 91 sur les conventions collectives de 1951, celles-ci recouvrent « tout accord écrit relatif aux conditions de travail et d'emploi conclu entre, d'une part, un employeur, un groupe d'employeurs ou une ou plusieurs organisations d'employeurs et, d'autre part, une ou plusieurs organisations représentatives de travailleurs, ou, en l'absence de telles organisations, les représentants des travailleurs intéressés, dûment élus et mandatés par ces derniers, en conformité de la législation nationale » (§ 2, 1).

(116) Règl. « Rome I », 17 juin 2008, art. 3, § 1. À la liberté de choix, une limite est posée par l'article 4, § 3 : « lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord ».

(117) Cf. l'accord-cadre mondial de responsabilité sociale, sociétale et environnementale conclu entre le groupe Renault, le comité de groupe Renault et IndustriALL Global Union (« S'engager ensemble pour une croissance et un développement durables »), signé le 2 juillet 2013, expressément soumis à la loi française (accord consultable à l'adresse suivante : <http://www.industrial-all-union.org>).

244. – Loi objectivement applicable. La recherche de la loi objectivement applicable à défaut de choix par les parties⁽¹¹⁸⁾ n'offre guère de solution idéale. Dans le cercle européen, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie fournissant la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, son administration centrale⁽¹¹⁹⁾ ; à défaut, il l'est par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits⁽¹²⁰⁾. La pluralité de lieux d'exécution de l'accord-cadre rend malaisée l'identification d'un débiteur unique⁽¹²¹⁾. Sans doute convient-il de retenir des critères subsidiaires comme le lieu du siège social de l'entreprise ou du groupe signataire de l'accord⁽¹²²⁾, lequel correspond généralement au centre de décision disposant des pouvoirs nécessaires pour assurer la mise en œuvre effective des engagements souscrits⁽¹²³⁾, ou le pays sur le territoire duquel les salariés de l'entreprise ou du groupe sont les plus nombreux, voire le lieu de conclusion du contrat.

B. – Application de la loi nationale

245. – La loi désignée gouverne la force contractuelle de l'accord⁽¹²⁴⁾. L'application de la loi française offre plusieurs perspectives de qualification⁽¹²⁵⁾. La difficulté consiste à apprécier si elles se déploient dans un cadre national ou transnational.

246. – Accord collectif de travail. La loi applicable à l'accord détermine ses conditions de validité⁽¹²⁶⁾. Les règles relatives à la conclusion de l'accord collectif de travail, sous réserve que cette qualification soit acceptée, excluent qu'y soit assimilé l'accord-cadre international⁽¹²⁷⁾. L'accord collectif qui relève de la loi française doit répondre aux conditions de validité exigées par le Code du travail français. Il ne peut donc être valablement signé que par des organisations syndicales représentatives, donc nationales⁽¹²⁸⁾. Sont sans valeur les accords passés en méconnaissance

(118) Parmi les nombreux accords ne contenant pas de référence à une loi nationale, peuvent être cités l'accord-cadre mondial de 2006 sur la responsabilité sociale de PSA Peugeot Citroën (« Un engagement social sans frontières »), avec l'ex-FIOM et l'ex-FEM (et avec des organisations syndicales nationales ; accord consultable à l'adresse suivante : <http://b2b.psa-peugeot-citroen.fr>), renouvelé le 20 mai 2010 (« Un engagement sociale et durable sans frontières » ; accord consultable à l'adresse suivante : <http://fo-psa.com>) ; l'accord mondial de responsabilité sociale conclu entre le Groupe Solvay et IndustriALL Global Union le 17 décembre 2013 (consultable à l'adresse suivante : <http://www.industriall-union.org>).

(119) Règl. « Rome I », 17 juin 2008, art. 4, § 2 ; art. 19, § 1.

(120) Règl. « Rome I », 17 juin 2008, art. 4, § 3.

(121) Sur la question, V. not. P. Rodière, *Convention collective de travail : Rép. int. Dalloz*, spéc. n° 100.

(122) Par ex., l'accord-cadre mondial sur les principes de la responsabilité sociale signé par le groupe allemand Siemens avec IndustriALL Global Union, le 25 juillet 2012, à Francfort, devrait, à défaut de loi choisie par les parties, être soumis au droit allemand en raison de la location du siège du groupe à Munich (accord consultable à l'adresse suivante : <http://www.industriall-union.org>).

(123) B. Teysié, *La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Mél. en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 821, spéc. n° 4, p. 824.

(124) Règl. « Rome I », art. 12.

(125) V. not. D. Berra, *Les chartes d'entreprise et le droit du travail*, in *Mél. M. Despax*, PU Sciences sociales Toulouse, 2002, p. 1323.

(126) Règl. « Rome I », 17 juin 2008, art. 10, § 1.

(127) En ce sens, V. not. I. Desbarats et G. Jazottes, *La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ?* : JCP S 2012, 1293, spéc. n° 6.

(128) Il est douteux qu'un groupement étranger puisse recevoir la qualité d'organisation syndicale représentative au sens du Code du travail. L'article L. 2121-1 exige, au titre des critères que doit remplir le syndicat pour accéder à la représentativité, celui d'une ancienneté minimale de deux ans, appréciée à compter de la date de « dépôt légal des statuts ». La formulation ne peut renvoyer qu'aux conditions exigées par la loi française, ce que confirme l'article R. 2131-1

de cette disposition⁽¹²⁹⁾, singulièrement ceux uniquement conclus avec soit une instance élue de représentation du personnel, soit une organisation syndicale transnationale. Au demeurant, l'accord collectif ne déploie ses effets qu'à l'égard des salariés liés par un contrat de travail (de droit français) à l'employeur soumis à l'application du premier⁽¹³⁰⁾. Il ne peut, sauf à assurer sa contractualisation, atteindre l'ensemble des salariés de l'entreprise ou du groupe de dimension transnationale. Ces limites, également rencontrées dans les droits étrangers, rendent vaine la recherche d'une loi nationale qui permette à l'accord-cadre de devenir un authentique accord collectif de travail transnational.

247. – Privé de la qualification d'accord collectif de travail en tant que contrat international, l'accord peut recevoir cette qualité dans le seul cadre du droit national. Deux voies peuvent être empruntées : associer à la signature de l'accord des syndicats représentatifs dans les entreprises nationales⁽¹³¹⁾ ou mandater les organisations syndicales transnationales à agir pour eux⁽¹³²⁾. L'accord collectif de travail se détache juridiquement de l'accord source qui acquiert une « double nature »⁽¹³³⁾ ; la modification ou la disparition de l'un n'emportera pas celle de l'autre. Le droit commun des conventions et accords collectifs de travail reçoit application : en droit français la méconnaissance des clauses d'un accord collectif justifie la mise en œuvre d'actions civiles, de nature collective⁽¹³⁴⁾ ou individuelle⁽¹³⁵⁾. Rien ne garantit

selon lequel « les statuts du syndicat sont déposés à la mairie de la localité où le syndicat est établi ». L'assertion vaut identiquement pour les conditions de représentativité énoncées depuis la loi du 20 août 2008 (au titre desquelles le critère de l'audience sera, au demeurant, difficilement satisfait par les organisations transnationales) ou antérieurement (est insuffisante la démonstration de l'indépendance et de l'influence des organisations transnationales pour l'accès à la représentativité).

(129) Cf. TGI Paris, 1^{re} ch., 18 juin 1996 : JCP E 1996, II, 894, note B. Teysié.

(130) C'est « l'application du droit français [qui] emporte celle des conventions collectives qui en font partie » (Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1991, n° 90-40.163, *Masson* : Bull. civ. 1991, I, n° 293 ; *Rev. crit. DIP* 1992, p. 314, note H. Muir-Watt). – *Adde*, F. Jault-Seseke, *La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes* : Mél. en l'honneur de P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 455, spéc. p. 472. – P. Rodière, *Convention collective* : Rép. int. Dalloz 2002 (à jour 2010).

(131) Cette voie fut empruntée notamment par le groupe Areva en vue d'assurer la mise en œuvre de l'accord sur l'égalité des chances dans la vie professionnelle. Conclu le 16 novembre 2006 avec l'ex-FEM (devenue, avec d'autres, IndustriALL – European Trade Union), il fut ensuite soumis à la signature des membres nationaux de cette organisation (V. *Liaisons soc. Europe* 2006, n° 164, p. 12 ; n° 165, p. 1). – *Adde*, l'accord conclu le 2 mars 2006 par le groupe PSA-Peugeot-Citroën avec l'ex-FEM et l'ex-FIOM (devenue, avec d'autres, IndustriALL Global Union) ; hormis la CGT française, toutes les organisations syndicales nationales rattachées à la FIOM ont ratifié cet accord (V. *Liaisons soc. Europe* 2006, n° 165, p. 8). – *Adde*, l'accord signé le 5 juin 2013, relatif à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, par le groupe GDF Suez avec des fédérations syndicales européennes (EPSU, IndustriALL European Trade Union, CEC) ainsi qu'avec les organisations syndicales du groupe en Europe (V. *Liaisons soc. Europe* 2012, n° 306, p. 2).

(132) En ce sens, V. note B. Teysié, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen*, LexisNexis, 2012, spéc. n° 78, p. 41. L'auteur signale que « la voie, cependant, est étroite ».

(133) B. Teysié, *La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Liber amicorum Hélène Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, p. 821, spéc. n° 4, p. 825.

(134) Les syndicats liés par la convention collective, peuvent, en leur nom, agir contre l'employeur qui méconnaîtrait les engagements pris (C. trav., art. L. 2262-11) afin d'obtenir l'exécution de ceux souscrits à leur profit et, le cas échéant, l'attribution de dommages et intérêts. L'action pourra aussi être engagée sur le fondement de l'article L. 2132-3 du Code du travail : le défaut d'application de l'accord collectif en vigueur cause « nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession » (Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12.340, *Sté de fabrication et commercialisation SOFACO c/ Synd. de La métallurgie de La Loire CFDT* : Bull. civ. 2007, V, n° 68 ; *RJS* 7/2007, n° 875 ; *JCP S* 2007, 1918, note R. Vatinet. – Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 07-10.095, *Sté Renault agriculture c/ Sté Fédération agricole c/ Sté Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT* : Bull. civ. 2008, V, n° 10 ; *RJS* 4/2008, n° 464 ; *JCP S* 2008, 1599, note B. Gauriau).

(135) Les salariés peuvent agir, individuellement (C. trav., art. L. 2262-12. – Cass. soc., 12 juill. 2006, n° 04-47.550, *M. D. c/ Centre médical de l'Argentine* : Bull. civ. 2006, V, n° 263 ; *RDT* 2007, p. 48, note H. Tissandier) ou par le biais des organisations dont ils sont membres (C. trav., art. L. 2262-9, al. 1), afin d'obtenir l'exécution des engagements énoncés dans l'accord et, le cas échéant, des dommages-intérêts, contre l'employeur qui violerait à leur égard ses obligations.

pourtant que les voies décrites suffisent à conférer à l'accord transnational la nature d'accord collectif de travail de droit français. Doivent avoir été invitées à sa négociation l'ensemble des organisations représentatives dans le champ d'application de l'accord⁽¹³⁶⁾. À défaut, la négociation, illicite⁽¹³⁷⁾, constitue une entrave à l'exercice du droit syndical⁽¹³⁸⁾ et l'accord encourt la nullité⁽¹³⁹⁾. Encore faut-il, pour qu'elle soit prononcée, que la demande en soit formulée...

248. – Contrat de droit commun. La qualification de contrat, au sens de l'article 1134 du Code civil, n'est pas à exclure : l'accord-cadre n'épousant pas le champ d'un accord collectif de travail, l'absence de signature des organisations syndicales représentatives n'entraîne pas sa nullité. Mais cette sanction pourrait réapparaître par un autre biais. La validité du contrat exige la capacité juridique de ses signataires. Cette qualité est certainement partagée par la société (ainsi que les sociétés mandantes) et le comité d'entreprise européen⁽¹⁴⁰⁾. Elle est plus discutable à l'égard des instances *ad hoc* de représentation du personnel et des groupements professionnels transnationaux. Les signataires doivent posséder la capacité juridique en vertu de la loi applicable à leur constitution⁽¹⁴¹⁾... ce qui n'est pas nécessairement le cas de

(136) La voie consistant à donner, dès le temps de la négociation, une double nature à l'accord débattu fut empruntée par le groupe EDF pour l'adoption de l'accord conclu le 24 janvier 2005 sur le thème de la responsabilité sociale. Il fut signé non seulement par des organisations syndicales internationales (ex-ICEM [Fédération internationale des syndicats de travailleurs de la chimie, de l'énergie, des mines et des industries diverses], ISP [ou PSI, Internationale des services publics], OIEM [Organisation internationale de l'énergie et des mines], ex-FMTI [Fédération mondiale des travailleurs de l'industrie, qui a fusionné avec l'ICEM, laquelle est devenue postérieurement, avec d'autres, IndustriALL Global union]), mais aussi par les représentants des salariés des onze pays dans lesquels le groupe est implanté de façon significative ; étaient présentes, pour la France, la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CFE-CGC (*Liaisons soc. Europe* 2005, n° 121, p. 5).

(137) Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 08-41.507, *Féd. sud des activités postales et des télécommunications et a. c/ Sté Téléperformance France et a.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 177 ; *JCP S* 2009, 1468, note J.-Y. Kerbourc'h.

(138) Cass. crim., 28 oct. 2008, n° 07-82.799, *M^{me} D. et a. c/ Cour d'appel de Paris* : *RJS* 2009, n° 264.

(139) Cass. soc., 12 oct. 2006, n° 05-15.069, *Féd. nationale des personnels des secteurs financiers CGT Case 537 c/ Féd. des syndicats chrétiens des organismes et professions agricoles CFTC et a.* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 305 ; *JCP S* 2006, 1915, note S. Béal et M.-N. Rouspide-Katchadourian ; *JCP S* 2007, 1008, note B. Gauriau. – Cass. soc., 17 sept. 2003, n° 01-10.706, *Féd. Chimie CGT FO c/ Union des industries chimiques* : *Bull. civ.* 2003, V, n° 240 ; *RJS* 2003, n° 1297.

(140) Expressément reconnue en droit français (C. trav., art. L. 2343-7, al. 1^{er}), la personnalité morale du comité d'entreprise européen est suggérée par les directives européennes n° 94/45/CE du 22 septembre 1994 et n° 2009/38/CE du 6 mai 2009 (V. B. Teysié, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen*, LexisNexis, 2012, n° 239, p. 105 et 106. – Comp. J.-Ph. Lhernould, *La nouvelle directive CE européen : une victoire française... quelle victoire ?* : *RJS* 2/2009, n° 2, p. 102).

(141) S'agissant de la capacité juridique des groupements professionnels transnationaux, il convient de déterminer la loi applicable aux règles de constitution d'une association internationale, catégorie à laquelle peuvent être assimilés les premiers. Le règlement « Rome I » exclut de son champ d'application ce domaine (art. 1^{er}, 2), *ff*). Les règles du droit international privé français reçoivent application. Doit vraisemblablement être choisie la loi de l'État dans lequel le groupement a son siège social (V., en ce sens, P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 11^e éd. 2014, n° 1126, p. 752). De nombreuses fédérations syndicales internationales établissent leur siège en Suisse (souvent à Genève), afin de se rapprocher de l'Organisation internationale du travail (tel est le cas d'IndustriALL Global Union, de l'IBB, d'UNI global union, de l'UITA). La souplesse du droit suisse favorise la reconnaissance de leur personnalité juridique. Selon l'article 60 du Code civil suisse, « les associations (...) qui n'ont pas un but économique acquièrent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement ». La reconnaissance de la personnalité juridique des groupements professionnels européens est plus complexe. Ceux, nombreux, qui ont leur siège à Bruxelles, afin de se rapprocher des institutions de l'Union européenne (tel est le cas, notamment, de la CES, de BusinessEurope, du CEEP, de la CESI et d'Eurocadres, mais aussi d'organisations internationales, notamment la CSI, la FIJ et l'IE), sont soumis à l'application du droit belge. Or celui-ci impose, comme le droit français (à son siège en France l'ISP – Internationale des services publics), de respecter les formalités d'enregistrement légales propres aux associations (L. 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, art. 3 et 26 novies). Le juge français qui serait saisi d'une demande d'annulation du contrat pour défaut de capacité juridique du groupement professionnel signataire pourrait, pour éviter de la prononcer, appliquer la théorie de la réalité de la personne morale selon laquelle « la personnalité civile (...) appartient (...) à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites,

tous⁽¹⁴²⁾. À défaut, leur contrat encourt la nullité. Il n'est pourtant pas certain que le juge la prononce, ni les parties ni les tiers n'ayant intérêt à l'invoquer. Carbonnier faisait remarquer que des accords conclus alors que les parties connaissent leur caractère illicite évitent la sanction précédente car nul ne la sollicite⁽¹⁴³⁾.

249. – Qualifié de contrat de droit commun, l'accord-cadre est soumis à l'effet relatif des conventions (aussi rencontré en *common law*)⁽¹⁴⁴⁾. Le manquement à ses obligations par l'employeur autorise ses cocontractants à engager sa responsabilité contractuelle, sous réserve d'apporter la preuve d'une faute, ce qui, au préalable, nécessite d'identifier la force de l'obligation contractée, laquelle peut être de moyens ou de résultat. Les tiers, notamment les salariés et leurs représentants, peuvent chercher à engager la responsabilité de l'employeur qui viole l'accord. Selon que la réalisation du dommage présente ou non des éléments d'extranéité, devra être appliqué, dans le cercle européen, soit directement le droit national de la responsabilité délictuelle, soit la loi nationale désignée par les règles de conflits de lois qu'abrite le règlement « Rome II »⁽¹⁴⁵⁾, ou toute autre prescription propre à la législation de l'État non membre auquel appartient le juge saisi. La mobilisation du droit français limite les perspectives d'indemnisation. S'il est admis que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »⁽¹⁴⁶⁾, c'est à la condition d'identifier la violation, à son égard, d'un droit subjectif⁽¹⁴⁷⁾. Or, il n'est pas avéré que les salariés et leurs représentants en aient un à ce que l'accord soit respecté. L'admission de la responsabilité de l'employeur méconnaîtrait le principe de

dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés » (Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954, n° 54-07.081, *Comité d'entreprise des Forges et Acieries de la Marine et d'Homécourt c/ Ray* : *Bull. civ.* 1954, II, n° 32, p. 20 ; *JCP* 1954, II, 7958, concl. M. Lemoine ; *D.* 1954, p. 17, note G. Levasseur). Bien que le droit belge soit en principe applicable, le juge pourrait y substituer le droit français en décidant que « l'équivalence entre la loi appliquée et celle désignée par la règle de conflit (...) justifie la décision qui fait application d'une loi autre que la loi compétente » (Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 1999, n° 96-22.487, *C^e Royale Belge* : *Bull. civ.* 1999, I, n° 130, p. 85 ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 698, note B. Ancel et H. Muir Watt). Le droit anglais est compétent pour les organisations qui ont leur siège outre-Manche (ITF) ; le droit américain (cf. l'IWW – Industrial Workers of the World), voire le droit brésilien (cf. la CSA – Confédération syndicale des travailleurs et travailleuses des Amériques) sont compétents pour les organisations qui ont leur siège outre-Atlantique.

(142) Certains groupements professionnels transnationaux ont procédé aux formalités exigées en déposant leurs statuts conformément au droit applicable à leurs conditions de constitution. Tel est le cas, notamment, de l'UEAMPE et de BusinessEurope (http://www.ejustice.just.fgov.be/tsv_pub/index_f.htm (consulté le 16 juin 2014)). D'autres ne semblent pas être enregistrés, comme la Confédération européenne des syndicats (CES), qui se définit elle-même comme une « association de fait » (<http://www.etuc.org/fr/node/4592> (consulté le 26 sept. 2015)).

(143) J. Carbonnier, *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées Savatier 1985*, PUF, 1986, p. 38.

(144) V. not. C. Marzo, *Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux : opportunités, dangers, stratégies*, in M.-A. Moreau, H. Muir-Watt et P. Rodière (ss dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail, Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, 2010, p. 207, spéc. p. 212.

(145) La loi applicable à la responsabilité délictuelle est alors celle du pays où le dommage survient ; à défaut celle du pays où la personne responsable et la personne lésée ont toutes les deux leur résidence habituelle au moment de la survenance du dommage ; à défaut la loi est celle du pays avec lequel la situation présente des liens manifestement plus étroits que les pays précités (Règl. « Rome II », art. 4).

(146) Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *M. L. c/ Sté Myr'Ho* : *Bull. civ.* 2006, ass. plén., n° 9 ; *D.* 2006, p. 825, note G. Viney. – Cass. 3^e civ., 13 juill. 2010, n° 09-67.516 : *Bull. civ.* 2010, III, n° 146 ; *JCP E* 2010, 31, note P. Mousseron.

(147) Sur l'exigence de l'atteinte à un droit subjectif pour caractériser l'existence d'un préjudice, V. not. M. Bacache-Gibelli, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de droit civil*, t. 5, *Economica*, 2^e éd. 2012, n° 139 et s., p. 152 et s. – M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 1. Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^e éd. 2012, p. 533 et s. – Sur la notion de droits subjectifs, V. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, p. 150, n° 1.

la relativité des effets du contrat⁽¹⁴⁸⁾. La solution est différente si le juge décèle dans l'accord un engagement unilatéral de l'employeur...

250. – Engagement unilatéral de l'employeur. L'accord-cadre international pourrait recevoir, au-delà de sa qualification de contrat, voire à sa place s'il devait encourir la nullité⁽¹⁴⁹⁾, celle d'engagement unilatéral de l'employeur⁽¹⁵⁰⁾. Discutée au sein de la doctrine civiliste⁽¹⁵¹⁾, cette catégorie d'actes reçoit en droit du travail les faveurs du juge⁽¹⁵²⁾. Plusieurs conditions doivent cependant être remplies. L'engagement unilatéral doit, en premier lieu, exprimer des mesures suffisamment claires et précises légitimant la croyance des salariés d'en être créanciers et énoncées de manière sérieuse et réfléchie. L'accord qui satisfait à cette exigence, dont la preuve est facilitée lorsqu'existe un accord écrit dans lequel la direction de l'entreprise ou du groupe se dit « consciente » de l'importance du respect de certaines normes, peut être source pour l'employeur d'obligations de faire⁽¹⁵³⁾, de ne pas faire⁽¹⁵⁴⁾ ou

(148) Comp. Cass. soc., 27 nov. 2007, n° 06-42.745, *Sté American Airlines c/ M. J.*, non publié au bulletin. La Cour de cassation admet que les salariés peuvent engager la responsabilité délictuelle d'une société (mère) tierce qui manque à son obligation contractuelle, formulée auprès du comité d'entreprise de la société qui les emploie, de garantir l'exécution de la procédure de reclassement prévue dans le plan social.

(149) La solution est techniquement imparfaite. Mais le juge du droit du travail s'éloigne parfois de l'orthodoxie du droit civil. Plutôt que d'annuler un accord collectif en raison de l'incapacité de ses signataires, il le requalifie en engagement unilatéral de l'employeur (Cass. soc., 15 janv. 1997, n° 94-44.914, *EDF c/ M. Z.* : *Bull. civ.* 1997, V, n° 20 ; *RJS* 2/1997, n° 191). La même solution s'applique probablement à l'égard d'un contrat de droit commun annulable.

(150) Cass. ass. plén., 5 mars 2010, n° 08-42.843 et 08-42.844, *Synd. des copropriétaires Les Jardins de France c/ M. T.* : *Bull. civ.* 2010, ass. plén., n° 1 ; *JCP G* 2010, 606, note D. Corrigan-Carsin ; *JCP G* 2010, 1040, note G. Loiseau (obligation de respecter une procédure d'autorisation préalable de licenciement mise à la charge d'un syndicat de copropriétaires employeur résultant d'un règlement de copropriété). – Cass. soc., 27 mars 2001, n° 98-44.292, *Dubreuil c/ Synd. de la copropriété 4-6 rue du Commandant-Faurax à Lyon* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 106 ; *RJS* 6/2001, n° 801 (s'agissant de la clause d'un règlement de copropriété valant engagement unilatéral des copropriétaires de loger gratuitement le concierge). – Cass. soc., 11 juill. 2002, n° 00-44.462, non publié au bulletin (s'agissant d'une garantie d'emploi prévue à l'acte de cession du capital de la société analysée comme emportant engagement unilatéral de ne procéder à aucun licenciement pour motif économique pendant un certain délai). – Cass. soc., 20 oct. 2004, n° 02-42.645, non publié au bulletin (s'agissant des termes du procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise analysés comme abritant l'engagement unilatéral de l'employeur d'embaucher des salariés suite à un plan social). – Cass. soc., 9 oct. 2004, n° 01-46.584, non publié au bulletin (s'agissant des termes du procès-verbal de la réunion du comité d'entreprise analysés comme abritant l'engagement unilatéral de l'employeur de verser aux salariés licenciés un complément d'indemnité conventionnelle de licenciement). – Cass. soc., 18 mars 1997, n° 93-439.89 et s., *Sté Allianz via Assurances* : *Bull. civ.* 1997, V, n° 110 ; *Dr. soc.* 1997, p. 544, obs. G. Couturier et J. Savatier (s'agissant d'un engagement unilatéral puisé dans le protocole d'accord conclu par les sociétés avec leur comité d'entreprise).

(151) V. not. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd. 1998, n° 358 et s., p. 349 et s. – M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 1. *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^e éd. 2012, p. 725 et s. – J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd. 2014, n° 499 et s., p. 511 et s. – Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, 6^e éd. 2013, n° 434 et s., p. 205 et s. – A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^e éd. 2014, n° 10, p. 9. – F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^e éd. 2013, n° 51 et s., p. 67 et s. – J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Le régime des créances et des dettes*, in J. Ghestin (ss dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 2005, n° 103 et s., p. 116 et s. – Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd. 2014, n° 57 et s., p. 42 et s. – M.-L. Izorche, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, thèse, ss dir. J. Mestre, PUAM, 1995. – Ph. Jestaz, *L'engagement par volonté unilatérale*, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Dalloz, 1994, p. 3 et s. – L. Simont, *L'engagement unilatéral*, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Dalloz, 1994, p. 22. – L'avant-projet de réforme du droit des obligations n'invite pas à une quelconque consécration de l'engagement unilatéral de volonté (V. D. Mazeaud, *Observations conclusives [colloque du 25 octobre 2005]* : *RDC* 2006, p. 177, spéc. n° 14, p. 186). Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations non plus.

(152) V. not. G. Loiseau, *De l'obligation naturelle à l'obligation civile : l'entremise de l'engagement par volonté unilatérale* : D. 2005, p. 1393.

(153) Cass. soc., 10 déc. 2003, n° 02-40.039, *Maestro c/ Sté AMC* : *RJS* 2004, n° 314, arrêt relatif à la mise en place d'horaires individualisés.

(154) Cass. soc., 25 nov. 2003, n° 01-17.501, *BSN-Glasspack* : *Bull. civ.* 2003, V, n° 294 ; *JCP G* 2004, I, 163, p. 1628, note G. Viney ; *Dr. soc.* 2004, p. 166, obs. J. Savatier ; *RTD civ.* 2004, p. 733, chron. J. Mestre et B. Fages ; D. 2004, p. 2395, note I. Omarjee, sur la limitation des licenciements durant une certaine période.

de donner⁽¹⁵⁵⁾. Elles trouveront expression, par exemple, dans l'engagement, contenu dans l'accord-cadre, de respecter certaines conventions internationales ou de ne pas licencier les salariés durant une opération de restructuration⁽¹⁵⁶⁾ ou encore, « en cas de réorientation ou de réorganisation (...), de protéger l'emploi en recourant à toutes les mesures possibles »⁽¹⁵⁷⁾. L'engagement doit, en deuxième lieu, révéler le caractère socialement souhaitable de rendre le déclarant débiteur de l'obligation énoncée. Le sens de cette condition, obscure (contraindre l'employeur à respecter les engagements pris à l'égard d'une communauté de travail répond vraisemblablement à un besoin social), s'éclaire à la lumière de la troisième condition : l'engagement est un outil subsidiaire ; il n'est utilisé que s'il est impossible de rattacher la dette du déclarant à une quelconque source d'obligations⁽¹⁵⁸⁾. Or, la qualification d'accord collectif de travail est exclue, celle de stipulation pour autrui⁽¹⁵⁹⁾ apparaît douteuse et celle de contrat de droit commun achoppe sur l'effet relatif. Une place existe donc pour l'engagement unilatéral de l'employeur. Aucune loi de police⁽¹⁶⁰⁾ ni aucune règle d'ordre public international⁽¹⁶¹⁾ ne font obstacle à sa reconnaissance.

251. – Ses effets doivent être délimités. L'engagement unilatéral de l'employeur est analysé comme un élément du statut collectif applicable au salarié en vertu de son contrat de travail⁽¹⁶²⁾, et sous réserve de prévoir des dispositions plus favorables⁽¹⁶³⁾. Seule sa soumission à un droit, comme le droit français qui en connaît l'existence, fait naître la qualification⁽¹⁶⁴⁾. Les salariés unis à leur employeur par un contrat de travail relevant d'un droit qui l'ignore n'en profitent pas. Rien n'empêche en revanche le juge, suivant le modèle de la « double nature » de l'accord-cadre, de découvrir un engagement unilatéral dans la relation unissant ces derniers dès lors que l'employeur y est assujéti (parce qu'il a donné mandat pour sa signature, parce qu'il y a adhéré ou parce qu'il l'applique volontairement) et que le droit national

(155) Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-43.480, *M. A. c/ Sté Ascométal* : *Bull. civ.* 1996, V, n° 225 ; *RJS* 10/1996, n° 1047, sur le versement d'une prime de productivité.

(156) Cf. l'accord conclu par les groupes Alstom et Schneider Electric avec l'ex-FEM en vue de garantir le maintien des emplois des salariés de la division T&D d'Areva (*V. Liaisons soc. Europe* 2010, n° 257, p. 1).

(157) Cf. l'accord-cadre conclu par EADS le 28 juin 2005 avec, entre autres, l'ex-FIOM (*V. Liaisons soc. Europe* 2005, n° 132, p. 8 ; *Liaisons soc.*, 2005, *Bref* n° 14422, p. 1 ; *JCP S* 2005, 1107).

(158) Selon Gény, il y a lieu de « déclarer obligatoires, non pas toutes promesses unilatérales, mais celles-là seulement qui paraîtront indispensables pour atteindre un résultat socialement désirable et impossible à réaliser pratiquement par une autre voie » (*F. Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, LGD), 1954, n° 172 bis, p. 164).

(159) C. civ., art. 1121.

(160) Règl. « Rome I », art. 9.

(161) Règl. « Rome I », art. 21.

(162) Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-44.602, *M. B. c/ CGAER du Gard* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 314 ; *Dr. soc.* 2007, p. 108, obs. A. Mazeaud. – Cass. soc., 2 mai 2001, n° 99-41.264, *SA TAT European airlines c/ M. N.* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 143 ; *RJS* 7/2001, n° 834.

(163) Cass. soc., 5 juin 2001, n° 98-46.422, *M. M. c/ Sté Intexal* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 208 ; *RJS* 8-9/2001, n° 1102.

(164) La solution serait probablement différente si l'engagement unilatéral était reconnu de manière autonome : puisant sa source dans la relation de travail, il serait néanmoins distinct du contrat de travail. La qualification « civiliste » de l'engagement lui permettrait alors d'atteindre tous les salariés, peu important la loi applicable à leur contrat de travail. Il suffirait à cette fin de retenir la qualification, non d'engagement unilatéral de l'employeur, mais d'engagement unilatéral de volonté au sens large. Mais cette qualification ne sera pas retenue en droit du travail : la qualification d'engagement unilatéral de l'employeur, précise, chasse sa jumelle civiliste, plus générale. La qualification civiliste pourrait néanmoins avoir un rôle à l'égard des tiers non engagés dans la relation de travail, tels des citoyens attachés au respect de la parole donnée en matière d'engagements environnementaux (sur le sujet, *V. not. M.-P. Blin, I. Desbarats, G. Jazottes et V. Vidalens, Entreprise et développement durable*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2011, p. 120). Il n'est pas certain que cette qualification puisse être retenue en droit du travail.

accepte la qualification. La réalisation de cette condition est incertaine ; l'engagement unilatéral, non connu par tous les droits étrangers, demeure enfermé dans de strictes limites lorsqu'il fait l'objet d'une reconnaissance, comme c'est le cas en Allemagne⁽¹⁶⁵⁾ ou en Suisse⁽¹⁶⁶⁾, excluant son déploiement en droit du travail. Dans le cadre français, le régime de droit commun applicable aux engagements unilatéraux reçoit application, notamment en ce qui concerne les règles de dénonciation⁽¹⁶⁷⁾ et de substitution⁽¹⁶⁸⁾.

252. – Règlement intérieur. Les dispositions de l'accord relevant du droit français intéressant le champ du règlement intérieur⁽¹⁶⁹⁾ sont susceptibles d'être appréhendées selon cette qualification⁽¹⁷⁰⁾. Elle se manifeste au titre de la « double nature » de l'accord ; elle ne lui ôte pas sa qualité de contrat de droit commun.

II. – Des lois nationales

253. – L'unique voie permettant d'assurer la force contraignante de l'accord à l'égard des différentes sociétés composant le groupe de dimension transnationale consiste à l'intégrer dans les ordres juridiques nationaux par le relais d'instruments dont il acquiert le régime. Deux techniques peuvent être utilisées.

254. – Contractualisation. L'accord-cadre peut faire l'objet d'une contractualisation avec l'ensemble des salariés. Pratiquement difficile à réaliser, cette solution rencontre aussi des obstacles juridiques : les salariés peuvent, à terme, opposer à leur employeur le régime de la modification du contrat de travail, réduisant la possibilité de réviser *erga omnes* l'accord⁽¹⁷¹⁾.

255. – Transposition. Plus adaptée est la reprise des termes de l'accord-cadre au sein d'accords collectifs – ou, à défaut, d'autres instruments juridiques appropriés – conformes au droit de l'État où il a vocation à se déployer. Cette voie fut retenue, dans le cadre européen, pour assurer la mise en œuvre d'accords conclus avec des

(165) Le Code civil allemand pose en principe que seul l'accord de volontés engendre des obligations (art. 305). C'est par exception qu'il fait place à l'engagement unilatéral de volonté, notamment dans la matière des promesses de récompense (art. 657 et 658).

(166) Le Code suisse des obligations prévoit le cas de la promesse publique d'un prix en échange d'une prestation (art. 8).

(167) La dénonciation de l'engagement unilatéral à durée indéterminée par l'employeur doit « être précédée d'un préavis suffisant pour permettre les négociations et être notifiée aux représentants du personnel et à tous les salariés individuellement s'il s'agit d'une disposition (...) qui est susceptible de leur profiter » (Cass. soc., 13 oct. 2010, n° 09-13.110, *Synd. Union nationale des syndicats CGT Cegelec et filiales c/ Sté Cegelec Paris, SA* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 234 ; *RJS* 12/2010, n° 1001. – Cass. soc., 7 mai 1998, n° 96-41.020, *M^{me} G. c/ Sté Davigel* : *Bull. civ.* 1998, V, n° 237 ; *RJS* 10/1998, n° 1255. – Cass. soc., 18 mars 1997, n° 93-43.989, 93-43.991 et 93-44.297 : *Bull. civ.* 1997, V, n° 110 ; *Dr. soc.* 1997, p. 544, obs. G. Couturier et J. Savatier). La notification faite aux représentants du personnel concerne les instances tant élues que désignées ; celle faite auprès des dernières suppose leur consultation préalable (Cass. soc., 13 oct. 2010, n° 09-13.110, *Synd. Union nationale des syndicats CGT Cegelec et filiales c/ Sté Cegelec Paris, SA* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 234 ; *RJS* 12/2010, n° 1001).

(168) Une convention ou un accord collectif portant sur le même objet qu'un engagement unilatéral antérieur s'y substitue de plein droit, que son contenu soit plus ou moins favorable (Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-47.029, *Petit c/ Sté Axa France vie* : *Bull. civ.* 2005, V, n° 340 ; *JCP S* 2006, 1315, note A. Martinon. – Cass. soc., 8 janv. 2002, n° 00-12.252, *CE de Clermont-Ferrand de la Manufacture française des pneumatiques Michelin et a. c/ Manufacture française des pneumatiques Michelin et C^{ie}* : *Bull. civ.* 2002, V, n° 4 ; *RJS* 5/2002, n° 586).

(169) C. trav. art. L. 1321-1.

(170) En ce sens, V. not. I. Desbarats et G. Jazottes, *La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ?* : *JCP S* 2012, 1293, spéc. n° 7.

(171) Sur la question, V. not. P.-H. Antonmattéi et Ph. Vivien, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, Doc. fr., janv. 2007, p. 16.

instances de représentation du personnel à caractère transnational⁽¹⁷²⁾ ainsi qu'avec des fédérations syndicales européennes⁽¹⁷³⁾. Mais la diversité des régimes nationaux des conventions et accords collectifs contrarie l'application homogène des accords transnationaux. Tous ne confèrent pas à l'accord un effet *erga omnes*. Au-delà, rien ne garantit que la négociation nationale aboutisse à la conclusion d'un accord, de surcroît conforme à l'accord transnational. Le succès de l'opération dépend de l'autorité des signataires de ce dernier sur les partenaires sociaux nationaux⁽¹⁷⁴⁾, laquelle peut varier selon la qualité des premiers⁽¹⁷⁵⁾.

§ 2. – Loi transnationale

256. – Les incertitudes liées à l'application du droit national révèlent la nécessité d'en détacher, au moins partiellement, les accords-cadres transnationaux. Quel accueil le droit du travail fait-il à la théorie du « contrat sans loi (étatique) »⁽¹⁷⁶⁾ ? À la construction de la loi sociale transnationale, le droit international (I) et le droit européen (II) peuvent fournir le socle.

I. – Loi sociale internationale

257. – Germe l'idée selon laquelle le contrat transnational pourrait être soumis à une loi sociale internationale⁽¹⁷⁷⁾, parfois qualifiée de *lex socialia* en écho à la *lex mercatoria*⁽¹⁷⁸⁾. Sa définition détermine sa portée. Simple, elle la réduit. Complexe, elle l'élargit.

(172) Cf. l'accord Ford du 25 janvier 2000 qui, signé avec le comité d'entreprise européen, avait pour objet de préciser les modalités de transfert de plusieurs milliers de salariés dans une nouvelle structure juridique (*Liaisons soc. Europe* 2000, n° 8, p. 5). Cf. aussi les accords conclus par General Motors avec l'instance européenne de représentation du personnel l'un, le 13 mars 2000, consacré aux incidences sociales attachées à la création de deux sociétés communes (*Liaisons soc. Europe*, 2000, n° 14, p. 1), l'autre, le 5 mars 2001, relatif aux restructurations affectant les implantations européennes du groupe (*Liaisons soc. Europe* 2001, n° 30, p. 12. – *Adde Liaisons soc. Europe* 2002, n° 63, p. 8) et le 8 décembre 2004, afin d'accompagner la restructuration d'Opel (*Liaisons soc. Europe* 2005, n° 118, p. 1).

(173) Cf. l'accord conclu le 22 novembre 2004 par le groupe Total avec l'EMCEF, la FECCIA et la FECE en vue de garantir une plate-forme sociale européenne (*Liaisons soc. Europe* 2004, n° 116, p. 8).

(174) B. Teyssié, *La négociation transnationale d'entreprise ou de groupe* : *Dr. soc.* 2005, p. 982, spéc. n° 23.

(175) Il n'est pas certain que les partenaires sociaux nationaux vont « se considérer comme tenus par un accord conclu par une organisation dont ils ne reconnaissent pas la capacité à négocier, par exemple un CE européen » (J.-Ph. Lhernould, *La négociation collective communautaire. Petit manuel de la diversité* : *Dr. soc.* 2008, p. 34, spéc. n° 35).

(176) V. not. L. Peyrefitte, *Le problème du contrat dit sans loi* : *D.* 1965, chron. XVIII, p. 113. – J.-P. Beraudo, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi ?*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 93.

(177) V. not. B. Teyssié, *La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques* : *Mélanges en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 821, spéc. n° 5, p. 827. – A. et G. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Dalloz, 8^e éd. 1993, n° 84, p. 64. – A.-L. Francis, *Les instances internationales de représentation du personnel*, thèse, ss dir. B. Teyssié, LexisNexis, coll. « Planète social », 2012, spéc. n° 139 et s., p. 93 et s. – R. Dupiré, *Instances transnationales de représentation du personnel et législation sociale internationale* : *JCP S* 2013, 1066 ; *Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale* : *JCP S* 2013, 1236 ; *Repenser la négociation collective transnationale* : *JCP S* 2013, 1472.

(178) V. not. B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria* : *Arch. phil. dr.* 1964, p. 177 ; *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives* : *JDI* 1979, p. 746. – P. Lagarde, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, LexisNexis, 1987, p. 125. – F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique autonome*, thèse, ss dir. É. Loquin, LGDJ, 1992 ; *La lex mercatoria comme dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone, 1999. – É. Loquin, *Les rapports avec la lex mercatoria* : *LPA* 18 déc. 2003, n° 252, p. 63.

258. – « **Petite lex socialia** ». La *lex socialia* peut être appréhendée de manière fort simple : « parfaitement organisé[e] et codifié[e] », elle « relève d'une source unique : l'OIT »⁽¹⁷⁹⁾. Elle puise dans la *lex mercatoria* l'inspiration nominale mais n'en épouse pas la fonction. Cette dernière rassemble des règles éparses, constituées des usages de la communauté internationale des commerçants et des principes généraux dégagés par les sentences arbitrales⁽¹⁸⁰⁾. La *lex socialia* dispose en revanche d'un corps de règles solide. Les entreprises sont invitées par les organisations internationales à les respecter⁽¹⁸¹⁾.

259. – Cette conception a l'avantage de la clarté, mais elle limite la portée de la *lex socialia*. Celle-ci ne constitue qu'un ensemble de normes que respectent les contractants en vertu de leur accord, lequel demeure soumis à un droit national. Elle ne permet pas de le doter d'un régime juridique transnational. Au-delà, le juge qui serait saisi par un tiers (non concerné par l'arbitrage intervenant entre les seules parties à l'accord et non forcé d'accepter quelque procédure de médiation) risque d'interpréter les éléments de la *lex socialia* à l'aune des conceptions nationales.

260. – « **Grande lex socialia** ». Soumettre le régime du contrat à une véritable loi sociale internationale est tentant. L'exercice demeure cependant limité. Dans le cadre de l'Union européenne, le juge national d'un État membre est contraint par le règlement « Rome I » d'écarter le rattachement de leur contrat, opéré par les parties, à une loi non étatique⁽¹⁸²⁾. Il recherchera la loi objectivement applicable, avec les aléas qu'emporte son application. Les parties n'ont, au demeurant,

(179) R. Dupiré, *Repenser la négociation collective transnationale* : JCP S 2013, 1472, spéc. n° 16. À ces conventions pourraient être associées d'autres sources, dont l'identification demeure discutée par la doctrine. La *lex socialia* agrégerait, d'une part, tous les textes à vocation universelle ayant valeur de traité (Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen ; Convention de New York relative aux droits de l'enfant ; Convention des Nations unies relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; Pactes des Nations unies de 1966, relatifs aux droits civils et politiques [PIDCP]) ainsi qu'aux droits économiques, sociaux et culturels [PIDESC]) et, d'autre part, les conventions régionales (Accord américain de coopération dans le travail [ANACT] pour l'ALENA ; Déclaration sociale et du travail pour le MERCOSUR ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Cette acception large est retenue par la « Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale », adoptée par le conseil d'administration du Bureau international du travail en 2006. Pourraient aussi être associés des textes n'ayant pas la valeur de traités (Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs).

(180) J.-M. Mousseron, J. Raynard, R. Fabre et J.-L. Pierre, *Droit du commerce international*, Litec, 2000, p. 63, n° 96.

(181) Les trois principales organisations internationales ont établi leur programme d'accompagnement des entreprises transnationales. Forgé sous l'égide de l'ONU, le Pacte mondial (Global Compact) invite les entreprises à adopter dix principes universels organisés autour de quatre rubriques : droits de l'homme, normes de travail, environnement, lutte contre la corruption, le tout dans l'esprit d'un « développement responsable et durable » (Document consultable sur le site <http://www.unglobalcompact.com>). Les Principes directeurs édictés par l'OCDE incitent les entreprises à adopter un comportement responsable dans les domaines environnemental et social (cf. *Les échanges internationaux et les normes fondamentales du travail*, Rapp. OCDE, 2000, spéc. p. 79). Bâtie par l'OIT, la Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale (préc.) invite les entreprises à respecter, au même titre que les États, certaines conventions fondamentales : convention n° 29 sur le travail forcé (1930) ; convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948) ; convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949) ; convention n° 100 sur l'égalité de rémunération (1951) ; convention n° 105 sur l'abolition du travail forcé (1957) ; convention n° 111 sur la discrimination dans l'emploi et la profession (1958) ; convention n° 122 concernant la politique de l'emploi (1964) ; convention n° 138 concernant l'âge minimum d'admission à l'emploi (1973) ; convention n° 182 concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination (1999). Elles sont également invitées à mettre en œuvre les recommandations accompagnant les conventions (Recomm. n° 35, 90, 111, 119, 122, 146, 169, 189 et 190).

(182) Le considérant 13 du préambule du règlement « Rome I » autorise seulement les parties à « intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale » ; ils ne peuvent en faire la « loi » applicable à leur contrat, qui doit demeurer d'essence nationale (V. not. H. Gaudemet-Tallon, *Convention de Rome du*

aucun intérêt à se rapprocher du juge national. Est préférable l'institution d'une procédure de médiation ou d'arbitrage⁽¹⁸³⁾. L'arbitre, à la différence du juge, est compétent pour appliquer une loi non étatique⁽¹⁸⁴⁾, comme la *lex socialia*, sous réserve de saisir le sens des règles qu'elle renferme... ce qui impose aux parties d'en tracer les contours. Elles pourraient être aidées par l'OIT, laquelle propose d'abriter dans ses locaux une chambre d'arbitrage consacrée aux accords-cadres internationaux⁽¹⁸⁵⁾. Mais surgit à nouveau la limite de l'effet relatif de l'arbitrage. Inopposable aux tiers⁽¹⁸⁶⁾, la sentence prononcée ne leur ôte pas la liberté de saisir le juge national, avec le risque qu'il s'éloigne sensiblement des considérations qui ont présidé à l'adoption de l'accord-cadre. Cette contrainte limite les tentatives de construction d'une loi sociale internationale sur la base du droit international privé.

261. – L'émergence d'une authentique loi sociale internationale ne proviendra que de l'adoption d'une convention de l'OIT obligeant les États signataires à respecter les effets de l'accord soumis à ladite loi. Son édification est délicate, voire utopique⁽¹⁸⁷⁾. Les différentes spécificités nationales relatives au droit des relations collectives de travail⁽¹⁸⁸⁾ limitent l'adoption d'un texte qui emprunterait une conception unitaire de l'identification des signataires de l'accord (organisations syndicales transnationales⁽¹⁸⁹⁾

19 juin 1980 et règlement « Rome I » du 17 juin 2008 – Détermination de la loi applicable – Domaine de la loi applicable : JCl. Droit international, Fasc. 552-15).

(183) R. Dupiré, *Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial ?* : JCP S 2014, 1066, spéc. n° 26. – B. Teyssié, *La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques : Mélanges en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 821, spéc. n° 8, p. 830 : « passer de l'une à l'autre est concevable : leur articulation, comme la définition de leur substance, relève du seul accord des parties ». – Adde É. Loquin, *L'arbitrage comme instrument d'application des droits sociaux fondamentaux*, in M.-A. Moreau, H. Muir-Watt et P. Rodière (ss dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, 2010, p. 223.

(184) V. not. P. Mayer, *Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale*, in S. Corneloup et N. Joubert (ss dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, LexisNexis, 2011, p. 423, spéc. n° 16, p. 434.

(185) V. not. M.-A. Moreau, *Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal* : Dr. soc. 2009, p. 101. – A.-L. Francis, *Les instances internationales de représentation du personnel*, thèse, ss dir. B. Teyssié, LexisNexis, coll. « Planète social », 2012, n° 153.

(186) « L'arbitrage [institué par l'insertion d'une clause compromissoire dans les accords-cadres internationaux] ne peut produire des sentences ayant des effets collectifs bénéficiant [ni, a fortiori, nuisant], à l'ensemble des salariés du groupe ou d'une filiale du groupe. L'effet relatif des conventions d'arbitrage comme celui des jugements limite les effets obligatoires de la sentence aux seules parties à l'arbitrage » (É. Loquin, *L'arbitrage comme instrument d'application des droits sociaux fondamentaux*, in M.-A. Moreau, H. Muir-Watt et P. Rodière (ss dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, 2010, p. 223, spéc. p. 231).

(187) R. Dupiré, *Repenser la négociation collective transnationale* : JCP S 2013, 1472

(188) V. not. P. Lokiec, S. Robin-Olivier, J.-R. Grodin, S. Leader et L. Tenabo, *Représentativité syndicale et négociation collective* : RDT 2006, p. 336. – U. Wendeling-Schröder, P. Rémy et G. Vallée, *Représentativité syndicale et négociation collective (suite)* : RDT 2006, p. 408. – M. Rönmar, T. Jasper et J. Lahera Forteza, *Représentativité syndicale et négociation collective (suite et fin)* : RDT 2007, p. 54. – M.-L. Morin, *Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé* : Dr. soc. 2000, p. 1080. – P. Rémy, *Le groupe, l'entreprise et l'établissement une approche en droit comparé* : Dr. soc. 2001, p. 505.

(189) V. not. A.-L. Francis, *Les instances internationales de représentation du personnel*, thèse, ss dir. B. Teyssié, LexisNexis, coll. « Planète social », 2012, p. 99, n° 148, notant que « la construction d'un cadre juridique autonome assurant une entière sécurité juridique aux accords transnationaux d'entreprise signés par des syndicats internationaux impose de leur reconnaître une représentativité propre. Sur le modèle des critères établis par la Commission européenne, l'Organisation internationale du travail pourrait poser les conditions d'une représentativité internationale. Pour être reconnue représentative (...), une organisation professionnelle doit, dans la mesure du possible, être représentative dans tous les États (...), ce qui renvoie à la nécessité que les membres de l'organisation (...) soient représentatifs au niveau national. (...) Une organisation syndicale internationale ne pourrait être reconnue représentative que si ses statuts engagent expressément ses membres à respecter les normes sociales fondamentales du travail édictées par l'OIT, qui constituent une partie de la substance de la *lex socialia* ».

ou instance transnationale de représentation des salariés⁽¹⁹⁰⁾ ou les deux⁽¹⁹¹⁾ ?) et de sa portée à l'égard des salariés de l'entreprise ou du groupe (effet *erga omnes* ou pluralité d'effets propres à chaque droit national où l'accord se déploie ?).

II. – Loi sociale européenne

262. – Intérêt. L'essor des accords transnationaux adoptés par les entreprises et groupes de dimension européenne mêlé aux incertitudes suscitées par leur intégration à l'ordre interne a conduit la Commission à proposer de les doter d'un cadre juridique⁽¹⁹²⁾. Conçu comme optionnel, il permettrait à l'entreprise ou au groupe d'assurer la force contraignante de l'accord à l'égard de ses entités situées sur le sol de différents États membres. Selon la portée conférée au mécanisme, la « loi sociale européenne » prendrait soit les contours d'un encadrement des effets des accords européens, soit la figure d'un authentique corps de règles matérielles applicables à la négociation transnationale. L'intérêt de bâtir un droit de la négociation transnationale européenne dépend de l'opportunité qu'il présente pour ses destinataires ainsi que de la conformité de la traduction juridique qu'il opère de la réalité.

263. – Opportunité. Le projet a les faveurs de la Confédération européenne des syndicats⁽¹⁹³⁾ mais rencontre l'opposition des groupements professionnels d'employeurs : l'instauration du cadre serait inutile⁽¹⁹⁴⁾. L'opportunité de son adoption dépend de la conciliation qu'il opère entre le gain de sécurité apporté aux entreprises et la perte de liberté entraînée. Les différentes propositions formulées, qu'elles émanent du Parlement européen⁽¹⁹⁵⁾, de la Confédération européenne des syndicats⁽¹⁹⁶⁾, ou de rapports commandés par la Commission⁽¹⁹⁷⁾, sont sensiblement concordantes : 1) la conclusion de l'accord intervient, en ce qui concerne les travailleurs, avec une ou plusieurs organisations syndicales européennes à l'exclusion du comité d'entreprise européen, admis à négocier et à cosigner l'accord dans les limites fixées par les premières ; 2) l'accord est « juridiquement contraignant » sans que l'on sache précisément si le propos implique sa portée *erga omnes*, probablement rejetée dès lors que le mécanisme envisagé repose sur le mandat donné aux

(190) R. Dupiré, *Repenser la négociation collective transnationale* : JCP S 2013, 1472, spéc. nos 15 et s. : « La négociation collective transnationale devra reposer sur la création d'une instance spécifiquement dédiée à la négociation collective de groupe ». L'auteur envisage toutefois la création de cette instance sur la base d'un contrat de droit international privé. Elle « devra prendre en compte les règles de représentativité étatiques propres à la législation de chaque filiale ».

(191) V. not. A.-L. Francis, *Les instances internationales de représentation du personnel*, thèse, ss dir. B. Teysié, LexisNexis, coll. « Planète social », 2012, p. 209, n° 331.

(192) Comm. CE, communication, *Partenariat pour le changement dans une Europe élargie, renforcer la contribution du dialogue social européen* : Doc. COM (2004), 557 final. – Adde, Doc. COM (2005), 33 final ; SEC (2008), 2155 ; Doc. COM (2012), 7 final ; Doc. COM (2012), 173 final ; SWD (2012), 264 final.

(193) V. not. CES, rés. 11 et 12 mars 2014, sur la proposition d'un cadre juridique optionnel pour les négociations transnationales avec les entreprises multinationales (V. *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 353, p. 5).

(194) V. not. *Liaisons soc. Europe* 2005, n° 122, p. 1 ; *Liaisons soc. Europe* 2006, n° 153, p. 1.

(195) Parlement européen, rés. 12 sept. 2013, sur les négociations collectives transfrontalières et le dialogue social transnational (2012/2292[INI]) (V. *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 337, p. 1).

(196) CES, rés. 11 et 12 mars 2014, sur la proposition d'un cadre juridique optionnel pour les négociations transnationales avec les entreprises multinationales (V. *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 353, p. 5).

(197) Rapport Alès (E. Alès, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak et F. Valdés Dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining : Past, Present and Future*, févr. 2006. Les principales idées sont reproduites en français : S. Laulom, *Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale* : Dr. soc. 2006, p. 623). – Adde le rapport du Groupe d'experts de la Commission européenne (Expert Group, *Transnational Company Agreements. Draft elements for conclusions of DG Employment*, Working Document, 5 oct. 2011).

organisations européennes par leurs membres nationaux ; 3) l'accord ne doit pas conférer moins de droits aux salariés que ceux qu'ils tiennent de leur contrat de travail et de la loi (il contiendra une clause de non-régression). Ces propositions n'apportent guère plus de sécurité que celle qu'obtiennent les entreprises en conférant à l'accord une « double nature » ou en assurant sa transposition, dans chacun des pays où il se déploie, par voie d'accords locaux relevant d'une catégorie juridique identifiée.

264. – Réalité. Au-delà, les propositions formulées ôtent aux entreprises le choix des acteurs de la négociation et de la conclusion de l'accord. Elles ne correspondent pas entièrement à la réalité qui révèle l'accroissement du nombre d'accords signés avec les comités d'entreprise européens⁽¹⁹⁸⁾. Seules structures à permettre aujourd'hui une représentation transnationale des salariés, ces comités ont, grâce à l'information dont ils sont destinataires⁽¹⁹⁹⁾, un net avantage dans la connaissance de la vie de l'entreprise ou du groupe, à laquelle les organisations syndicales européennes demeurent extérieures⁽²⁰⁰⁾. Si le rôle de ces dernières ne doit pas être nié, il ne leur confère pas le monopole de la légitimité.

Traduire la réalité en droit commande aussi de sonder l'attente des entreprises et des groupes ainsi que d'apprécier les difficultés qu'emporte, dans certaines matières, le défaut d'harmonisation des législations nationales. Il nuit aux restructurations menées

(198) Sur le sujet, V. not. E. Béthoux, *Entreprises multinationales et représentation des salariés en Europe. L'expérience des comités d'entreprise européens*, thèse, ss dir. A. Jobert, Paris X-Nanterre, 2006. – Des accords signés avec le Comité d'entreprise européen (ou le Comité de la société européenne), la liste, progressivement, s'allonge. Les thèmes sont variés : stress au travail (cf. l'accord signé le 5 mai 2011 avec le comité de la société européenne Allianz. – *Liaisons soc. Europe* 2011, n° 280, p. 4) ; qualité de vie au travail (cf. l'accord signé le 15 février 2013 par le groupe d'assurance et de banque Groupama avec le comité d'entreprise européen. – *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 323, p. 1. Cf. aussi l'accord signé le 23 mai 2013 par la direction du groupe Lafarge avec le comité d'entreprise européen. – *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 331, p. 8) ; responsabilité sociale de l'entreprise (cf. l'accord négocié le 30 septembre 2011 avec le comité de la société européenne Klöckner & Co SE. – *Liaisons soc. Europe* 2011, n° 284, p. 8) ; restructurations (cf. l'accord signé le 25 janvier 2000 par le groupe Ford avec le comité d'entreprise européen. – *Liaisons soc. Europe* 2000, n° 8, p. 5 ; l'accord signé le 13 mars 2000 par le groupe General Motors avec l'instance européenne de représentation du personnel. – *Liaisons soc. Europe* 2000, n° 14, p. 1 ; l'accord, entre les mêmes interlocuteurs, du 5 mars 2011. – *Liaisons soc. Europe* 2001, n° 30, p. 12 ; *adde Liaisons soc. Europe* 2002, n° 63, p. 8 ; l'accord du 8 décembre 2004. – *Liaisons soc. Europe* 2005, n° 118, p. 1) ; l'égalité des chances et la non-discrimination (cf. l'accord signé le 14 mai 2009 par la direction centrale de la banque italienne UniCredit Group avec le comité d'entreprise européen. – *Liaisons soc. Europe* 2009, n° 228, p. 12 et n° 232, p. 4) ; la formation professionnelle (cf. l'accord signé le 8 décembre 2008 par la direction centrale de la banque italienne UniCredit et le comité d'entreprise européen. – *Liaisons soc. Europe* 2009, n° 217, p. 8) ; la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (*Liaisons soc. Europe* 2001, n° 271, p. 4) ; l'intéressement des salariés aux résultats de l'entreprise ou du groupe (cf. l'accord signé le 15 juin 2011 par le groupe EADS avec le comité d'entreprise européen. – *Liaisons soc. Europe* 2011, n° 282, p. 4) ; l'encadrement du recours à l'intérim (cf. l'accord conclu le 30 novembre 2012 avec le comité d'entreprise « mondial » du groupe allemand Volkswagen. – *Liaisons soc. Europe* 2012, n° 317-318, p. 12).

(199) Dir. n° 2009/38/CE, 6 mai 2009, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, art. 1, § 2.

(200) Une interrogation surgit : la liberté qui préside à la composition du comité d'entreprise européen, dès lors qu'il naît d'un accord, ce qui est la situation la plus fréquente, justifie-t-elle de l'exclure de la conclusion des accords d'entreprise (Dir. n° 2009/38/CE, 6 mai 2009, art. 6, § 2, b ; C. trav., art. L. 2342-9, 2°) ? L'absence de reconnaissance explicite du rôle des syndicats au sein des comités serait une cause de méfiance (V. not. S. Laulom, *Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale* : *Dr. soc.* 2007, p. 623, spéc. p. 626. – E. Béthoux, *Les comités d'entreprise européens en quête de légitimité* : *Travail et Emploi* 2004, p. 21. – J.-Ph. Lhernould, *La négociation collective communautaire. Petit manuel de la diversité* : *Dr. soc.* 2008, p. 34, spéc. n° 20. – A. Sobczak, *Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux*, in M. Descolonges et B. Saincy (ss dir.), *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, La Découverte, 2006, p. 93 et p. 100). La composition « conventionnelle » du comité d'entreprise européen est pourtant le fruit d'un accord par lequel la direction de l'entreprise ou du groupe et le groupe spécial de négociation ont estimé équilibrée la représentation des salariés.

au sein de l'Espace économique européen⁽²⁰¹⁾. L'harmonisation « par le haut » qu'envisagent les propositions relatives au cadre optionnel le rend peu attractif. Conférer aux entreprises une aire d'autonomie juridique, partiellement distincte des droits nationaux, est opportun. Le cadre pourrait permettre à l'accord de se soumettre à une loi matérielle européenne ; fondée sur le respect de l'« ordre public social européen »⁽²⁰²⁾ – lui-même nourri du droit primaire et du droit dérivé ainsi que des textes qui ont trait, directement ou indirectement, à la matière sociale qu'a adoptés l'Union européenne ou auxquels elle a adhéré –, elle autoriserait l'accord à s'écarter des dispositions nationales éventuellement *in pejus*. Les domaines admis à la dérogation devraient être précisément circonscrits. En matière de licenciement pour motif économique par exemple, il pourrait être admis d'harmoniser les seuils de déclenchement des « grands licenciements » ; il serait par contre difficilement envisageable d'unifier les règles relatives aux mesures de reclassement ainsi qu'à l'indemnisation des salariés licenciés (pour lesquelles l'Union européenne n'est, en principe⁽²⁰³⁾, pas compétente). La portée reconnue au mécanisme entraînerait un net recul de la loi au profit du contrat...

265. – Conclusion de section. Le droit supranational n'a pas unifié les droits nationaux du travail. Les entreprises et groupes de dimension transnationale, en déployant leurs activités sur le territoire de différents États, peuvent en pâtir. L'esprit qui préside à la négociation transnationale ne correspond pas à la réalité juridique : bâtis en rupture avec les droits nationaux, les accords-cadres ne peuvent, au stade de leur application, s'en écarter. Les obstacles rencontrés pourraient inciter les autorités nationales et supranationales à transférer une parcelle de pouvoir normatif de la loi vers le contrat. Les voies sont toutefois encombrées : soumettre l'accord à une loi transnationale et à l'arbitrage n'empêche pas celui-ci d'être attaqué par les tiers ; soumettre l'accord à une loi européenne supposerait que celui-ci puisse déroger aux législations nationales, mais cette solution est fortement incertaine.

266. – Conclusion de chapitre. Privé de force contraignante à l'égard des droits nationaux, l'accord transnational conclu par des acteurs privés s'insère, selon différentes voies, dans la hiérarchie des sources du droit français du travail sans pour autant la bouleverser. La complexité de son appréhension à travers les catégories juridiques nationales existantes révèle toutefois l'insuffisance des solutions qu'abrite la loi lorsque doivent être traités les phénomènes transnationaux. L'objet de l'accord demeure limité en raison de sa soumission à l'ensemble des normes nationales et

(201) En réaction aux nombreuses annonces de fermeture d'usines, la commission Emploi et Affaires sociales du Parlement européen a adopté, en novembre 2012, une résolution demandant à la Commission d'élaborer un acte législatif en matière de restructuration (*Liaisons soc. Europe* 2012, n° 316, p. 2), renouvelée le 16 janvier 2013. Les employeurs refusent « tout cadre contraignant augmentant les charges déjà insupportables des entreprises » (*Liaisons soc. Europe* 2013, n° 321, p. 1). La Commission européenne s'est contentée de présenter, le 13 décembre 2013, une communication en faveur d'un « cadre de qualité » sur l'anticipation des restructurations, repoussant ainsi à 2015 les discussions autour de ce thème (*Liaisons soc. Europe* 2013, n° 343, p. 1).

(202) A. Martinon et A. Teissier, *Droit d'ici et droits d'ailleurs*, in A. Martinon (ss dir.), *Le licenciement pour motif économique. Quelles dynamiques ?*, LexisNexis, 2012, p. 90, spéc. n° 327, p. 108.

(203) TFUE, art. 153, § 5. L'absence de compétence n'a pourtant pas empêché la Commission d'organiser une réunion tripartite avec des représentants de la Banque centrale européenne, de l'OIT et des partenaires sociaux européens, le 1^{er} février 2013, pour évoquer la question de l'évolution des salaires par rapport à celle de la productivité.

internationales applicables aux États dans lesquels il a vocation à déployer ses effets. Une réaction des droits nationaux est attendue. Elle pourrait emprunter deux voies : l'une repose sur l'évolution des règles du droit du travail, appelées à prendre davantage en considération les phénomènes transnationaux pour encourager le développement des groupes d'entreprises au sein de l'espace européen ; l'autre implique une transformation des rapports qu'unissent la loi et le contrat, la première devant reconnaître au second certaines aires d'autonomie. Cette dernière solution apparaît, en l'état actuel de la construction européenne, largement hypothétique. Les efforts d'harmonisation des droits nationaux du travail doivent ainsi être poursuivis.

267. – **Conclusion de titre.** L'outil hiérarchique est requis pour opérer la réorganisation de l'articulation entre normes nationales et supranationales. Il se révèle toutefois insuffisant. D'autres instruments complètent son action. Tant la loi que le contrat supranational s'intègrent dans l'ordre juridique français *via* leur applicabilité. Elle est un adjuvant de la hiérarchie. L'efficacité de la primauté de la loi supranationale repose sur son applicabilité. Ressurgissent alors les doutes propres à l'invocation de l'« effet utile » des normes. La primauté peut vivre sans l'applicabilité directe. Les directives invoquées dans les litiges horizontaux de travail en offrent illustration. Forcer l'applicabilité maximale des normes au nom de la primauté qui doit leur être reconnue constitue en droit, une erreur, et en opportunité, un péril pour la prévisibilité des rapports de travail. Le contrat supranational s'incarne quant à lui dans l'ordre juridique français en produisant les effets propres à la catégorie de normes à laquelle il est automatiquement assimilé ou au sein de laquelle il est volontairement transmué. Le rang hiérarchique qu'il occupe est déterminé à l'issue d'une analyse complexe reposant sur les règles de droit international privé.

Hiérarchiser entre elles les normes est donc stérile à défaut de mesurer leur applicabilité. De même, classer les normes à l'aune de leur primauté est inutile à défaut de saisir le sens qu'elles renferment. La réorganisation du droit français du travail sous influence des normes supranationales repose aussi sur l'outil interprétatif.

TITRE 2

LA RÉORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL PAR L'INTERPRÉTATION DES NORMES

268. – Hiérarchiser les normes est nécessaire pour les articuler mais n'est pas suffisant pour y arriver. Seule leur interprétation permet de fixer les frontières de la conventionnalité du droit français du travail. Sa réorganisation évolue au fil de la compréhension des notions et des méthodes dont les autorités supranationales imposent le respect. L'influence des normes supranationales repose sur la reconnaissance de leur autorité ; celle-ci ne peut être acceptée que si les règles qu'elles abritent sont correctement interprétées. Un objectif est recherché : concilier normes internes et normes européennes et internationales. Un moyen est à cet effet déployé : définir les premières à l'aune des secondes. La définition des normes constitue ainsi l'instrument permettant l'interprétation des normes supranationales (Chapitre 1). La conciliation des normes demeure le moteur de cette interprétation (Chapitre 2).

C H A P I T R E 1

LA DÉFINITION DES NORMES, INSTRUMENT DE L'INTERPRÉTATION

269. – Interpréter les normes nécessite de les définir. En identifiant le sens des règles supranationales, les autorités internes peuvent y confronter les solutions nationales pour en apprécier la compatibilité. Le champ susceptible d'être couvert par l'étude est immense. Le réduire doit permettre de dégager les mouvements animant l'interprétation du droit supranational qui, une fois repérés, vont guider les autorités nationales dans l'exercice de définition des normes. Deux piliers du droit du travail sont concernés : l'employeur (Section 1) et l'emploi (Section 2). La construction du droit français du travail progresse au gré de la rénovation de ces concepts sous influence des normes supranationales⁽¹⁾.

S E C T I O N 1

L'employeur

270. – En façonnant la qualité d'employeur (§ 1) ainsi que sa nature (§ 2), le droit de l'Union européenne invite, selon des voies plus ou moins contraignantes, le droit national à vérifier la pertinence des solutions qu'il abrite. La rénovation du concept d'employeur intéresse plusieurs segments du droit français du travail.

(1) Le choix de cette division entre employeur et emploi est directement emprunté à celui retenu par le professeur Martinon pour analyser les liens unissant le droit français du travail et l'activité normative de la Cour de justice de l'Union européenne (A. Martinon, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du travail, réalités et perspectives d'une rénovation du droit français*, in B. Teyssié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 111).

§ 1. – Qualité d'employeur

271. – L'identification de l'employeur détermine l'application des règles européennes de droit international privé (droit processuel) (I) et des directives de l'Union (droit substantiel) (II).

I. – Droit processuel

272. – **Assimilation.** Le droit international privé européen⁽²⁾ illustre deux visages de l'influence exercée par le droit supranational sur l'office du juge interne : la fonction impérative (le juge national reçoit la solution supranationale car il en a l'obligation sous menace de sanctions, ce qui le conduit tantôt à enrichir le droit national⁽³⁾, tantôt à le censurer) côtoie la fonction inspiratrice (le juge national mobilise le droit supranational pour faire évoluer des solutions internes alors qu'il ne le lui commande pas). La dernière est inquiétante lorsque le juge manipule le recours au droit supranational pour lui prêter des solutions qu'il ne recèle pas. Le coemploi en offre l'illustration. Afin de permettre au salarié d'attraire devant un même juge les sociétés qui, plus ou moins directement, ont pris part à son licenciement, la Cour de cassation mobilise le règlement n° 44/2001⁽⁴⁾. Son application suppose, à défaut pour la règle contenue à l'article 6 de trouver traduction⁽⁵⁾, de démontrer que les

(2) Les règles françaises de compétence interne s'appliquent à la détermination de la juridiction compétente et de la loi applicable lorsqu'un litige naît d'une relation de travail internationale, sous réserve des conventions internationales conclues par la France en ces domaines. Avec le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I ») et le règlement n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), l'exception, sans pour autant devenir la règle, couvre un champ d'application considérable.

(3) La Cour de justice de l'Union européenne a explicité le sens de la notion de « lieu habituel de travail » à propos de l'application de la convention de Rome du 19 juin 1980 relative aux conflits de lois : le lieu habituel de travail doit être recherché en priorité car, dans l'hypothèse où « le travailleur exerce ses activités professionnelles dans plus d'un État contractant, il importe de tenir dûment compte du souci d'assurer une protection adéquate au travailleur en tant que partie contractante la plus faible ». En ce sens, lorsque « le salarié exerce ses activités dans plus d'un État contractant, le lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail est celui où le travailleur a établi le centre effectif de ses activités professionnelles ». En ce cas, « pour la détermination concrète de ce lieu, il convient de prendre en considération la circonstance que le travailleur accomplit la majeure partie de son temps de travail dans un des États contractants où il a un bureau à partir duquel il organise ses activités pour le compte de son employeur et où il retourne après chaque voyage professionnel à l'étranger ». En revanche, en l'absence de véritable centre effectif, c'est-à-dire lorsque « le salarié exécute les obligations résultant de son contrat de travail dans plusieurs États contractants, le lieu où il accomplit habituellement son travail (...) est l'endroit où, ou à partir duquel, compte tenu de toutes les circonstances du cas d'espèce, il s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur » (CJUE, 15 mars 2011, aff. C-29/10, *Koelzsch* : *Rec. CJUE* 2011, I, p. 1595 ; D. 2011, p. 957 et p. 2434, note L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 447, note F. Jault-Seseke). Comme à son habitude, la chambre sociale se conforme à la jurisprudence de la Cour de justice et en reprend la substance dans ses arrêts (V. not. Cass. soc., 25 janv. 2012, n° 10-28.155, *M. Foulard c/ M. Couturier* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 24 ; *JCP S* 2012, 1231, note J.-Ph. Tricoit). – Sur le sujet, V. not. B. Gauriau, *Identification de la loi applicable au contrat de travail international*, in B. Teysié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 233.

(4) Régl. (CE) n° 44/2001, 22 déc. 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale : *JOCE* n° L 012, 16 janv. 2001, p. 1.

(5) La Cour de cassation avait accepté de surseoir à statuer, relativement à une affaire de coemploi, pour savoir si la règle de compétence spéciale prévue à l'article 6, point 1, du règlement n° 44/2001, pouvait trouver à s'appliquer à un litige relatif aux règles de compétence applicables en matière de contrats individuels de travail (Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 04-44.713, *SAS Glaxosmithkline et a. c/ M. R.* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 323 ; *JCP S* 2007, 1011, note Ph. Coursier). L'article 6 se serait révélé d'un vif intérêt en matière de coemploi puisqu'il contient la règle selon laquelle une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être attirée « s'il y a plusieurs défendeurs, devant le tribunal du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». La Cour de justice en rejeta l'application (CJCE, 22 mai 2008, aff. C-462/06, *Glaxosmithkline* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 3965 ; *Europe* 2008, 250, comm. L. Idot ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 847, note F. Jault-Seseke). La Cour

sociétés ont la qualité d'employeur, au sens des articles 18 et suivants relatifs au contrat de travail. Elles peuvent alors être attirées devant le tribunal du lieu où le salarié exécute habituellement son travail. La Cour de cassation croit pouvoir assimiler l'employeur européen au coemployeur français, en raison du constat d'une triple confusion de nature économique⁽⁶⁾.

273. – Approximation. Le rapprochement est discutable. L'attitude du juge national trahit sa gêne. Il agit seul ; refusant de s'aider des lumières du juge européen, il invente la définition de l'employeur au sens du règlement... dont les termes qu'il abrite font pourtant l'objet d'une qualification autonome par la Cour de justice⁽⁷⁾. C'est, selon la Cour de cassation, « la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération »⁽⁸⁾. Son assimilation au coemployeur ne convainc pas. La Cour de cassation se fonde sur la notion de « direction », commune aux deux définitions. Mais cette notion n'a pas le même sens dans chacune d'entre elles⁽⁹⁾ ; appliquée à l'employeur, elle est d'ordre juridique ; appliquée au coemployeur, elle est d'ordre économique⁽¹⁰⁾. La Cour de justice ne voudra pas abandonner sa solution par laquelle elle définit l'employeur à l'aune du lien de subordination⁽¹¹⁾. La Cour de cassation en était probablement

de cassation, appliquant la solution européenne, censure l'arrêt de la cour d'appel par lequel avait été déclarée recevable l'action exercée contre un coemployeur sur le fondement de l'article 6, « alors qu'il lui appartenait de rechercher si elle était compétente (...) au regard de l'article 19 du règlement » (Cass. soc., 16 déc. 2008, n° 04-44.713 : *Bull. civ.* 2008, V, n° 248).

(6) Cass. soc., 19 juin 2007, n° 05-42.551, *Sté Aspocomp Group OYJ c/ SCP Guérin et Diesbecq et a.* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 109 ; *JCP S* 2007, 1618, note Ph. Coursier ; *RDT* 2007, p. 543, note F. Jault-Seseke. – Cass. soc., 30 nov. 2011, n° 10-22.964 et s., *Sté Jungheinrich AG c/ Menard MM.* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 284 ; *JCP S* 2012, 1052, note P. Morvan. – Cass. soc., 18 déc. 2013, n° 12-25.686 et s., *Sté Lohmann & Rauscher GmbH & Co KG c/ Alvarez* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 312 ; *Cah. soc.* 2014, p. 117, note J. Icard.

(7) Le règlement n° 44/2001 contient des notions autonomes dont la définition n'est pas laissée aux États mais relève de la compétence du juge européen (CJCE, 22 nov. 1978, aff. C-33/78, *Somafer*, pt 8 : *Rec. CJCE* 1978, I, p. 2183. – CJUE, 19 juill. 2012, aff. C-154/11, *Mahamdia*, pt 42 : *Rec. CJUE* 2012 ; *RDT* 2012, n° 10, p. 588, note F. Jault-Seseke).

(8) La Cour de cassation énonce que « l'interprétation faite par la Cour de justice des Communautés européennes des dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (...) est transposable pour l'application de l'article 19 du règlement n° 44/2001/CE » avant de relever que selon cette convention, « l'employeur est défini comme la personne pour le compte de laquelle le travailleur accomplit pendant un certain temps, en sa faveur et sous sa direction, des prestations en contrepartie desquelles elle verse une rémunération ». La définition serait empruntée à celle dégagée par la Cour de justice dans l'application de la convention de Bruxelles. Or, on ne trouve nulle trace de cette référence. La définition de la Cour de cassation reprend en réalité celle dégagée par la Cour de justice relativement à la libre circulation au sens de l'article 45 TFUE (CJCE, 3 juill. 1986, aff. C-66/85, *Lawrie Blum* : *Rec. CJCE* 1986, I, p. 3161). La définition retenue par la Cour de cassation est certainement la bonne ; le juge européen aurait probablement adopté une définition identique. Mais le chemin emprunté pour y parvenir est discutable.

(9) En ce sens, V. A. Devers, *Compétence internationale du juge français en présence de coemployeurs* : *Dr. soc.* 2012, p. 140.

(10) Le coemploi « économique » existe, selon la Cour de cassation, « hors l'existence d'un lien de subordination » (Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.208, *Sté Molex incorporated c/ M. A.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 159 ; *JCP S* 2014, 1311, note G. Loiseau). – *Adde*, P. Morvan, *Coemploi dans les groupes* : *JCP S* 2012, 1052.

(11) La Cour de justice décide constamment que le lien de subordination caractérise la relation de travail (V. not. CJCE, 8 juin 1999, aff. C-337/97, *Meeusen* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 3289. – CJUE, 17 juill. 2008, aff. C-94/97, *Raccanelli*). Pour apprécier la notion d'employeur au sens de l'article 6, § 2, sous b), de la convention du 19 juin 1980, l'avocat général Trstenjak souligne que « la subordination du travailleur constitue un élément caractéristique de toute relation de travail qui implique, pour l'essentiel, que l'intéressé se trouve placé sous la direction ou la surveillance d'une autre personne qui lui impose les prestations à accomplir et/ou les horaires de travail, et dont le travailleur doit respecter les instructions et la réglementation » (concl. av. gén. Trstenjak présentées le 8 septembre 2011, pt 88, ss l'arrêt CJUE, 15 déc. 2011, aff. C-384/10, *Jan Voogsgeerd* : *Rec. CJUE* 2011, I, p. 13275). La Cour de justice admet la pluralité d'employeurs lorsqu'elle peut identifier plusieurs contrats de travail, caractérisés chacun par l'existence d'un lien de subordination (CJCE, 10 avr. 2003, aff. C-437/00, *Pugliese*, pt 23 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 3573 ; *Europe* 2003, comm. 226, note L. Idot ; *JDI* 2004, p. 632, note A. Huet ; *RTDE* 2003, p. 532, note P. Rodière). L'abandon du lien de subordination serait contraire à l'impératif de

consciente. Son refus du dialogue signale la crainte d'être désavouée. Cacher l'erreur n'empêche pourtant pas sa commission. Pire, le comportement entretient la croyance des particuliers en une solution erronée dont l'observation pourra être sanctionnée par celui-là même qui les avait invités à l'exploiter.

274. – **Variation.** Plutôt que d'entretenir une croyance en une solution erronée, il est préférable d'en modifier le fondement juridique. L'observation du droit de l'Union européenne a probablement accompagné, si ce n'est provoqué, l'autocritique du juge national. Il revient, progressivement, à plus de raison. Sans abandonner le coemploi économique, la Cour de cassation semble s'en dégager progressivement au profit de la responsabilité délictuelle du fait personnel pour associer la société mère à l'indemnisation des licenciements prononcés par sa filiale lorsque la première a contribué, par ses décisions, à l'aggravation de la situation économique de la seconde et aux licenciements qui en furent le fruit⁽¹²⁾. La solution⁽¹³⁾ est plus juste au regard du droit européen : outre que la définition de l'employeur n'est pas dévoyée, attirer les différentes sociétés du groupe devant un même juge n'est pas exclu puisque le règlement n° 44/2001 permet d'assigner la société mère domiciliée sur le territoire d'un État membre, « en matière délictuelle ou quasi délictuelle, devant le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit »⁽¹⁴⁾. D'ailleurs, la loi française demeure applicable relativement à l'engagement par le salarié licencié en France de la responsabilité délictuelle de la société mère ; en vertu du règlement n° 864/2007, la loi applicable « est celle du pays où le dommage survient »⁽¹⁵⁾.

II. – Droit substantiel

275. – **Extension.** La recherche de l'effet utile de la directive n° 2001/23 conduit la Cour de justice à étendre la notion d'employeur. Elle décide, dans l'arrêt *Albron Catering*⁽¹⁶⁾, que les travailleurs affectés de manière permanente à l'une des entreprises membres d'un groupe, sans toutefois être liés à elle par un contrat de travail,

sécurité juridique auquel est attachée la Cour de justice lorsqu'elle élabore une définition (CJCE, 22 mai 2008, aff. C-462/06, *Glaxosmithkline*, pt 33 : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 3965 ; *Europe* 2008, 250, comm. L. Idot : « le principe de sécurité juridique (...) constitue l'un des objectifs du règlement (...) ; [il] exige notamment que les règles de compétence soient interprétées de façon à présenter, ainsi que l'indique le onzième considérant du règlement [n° 44/2001], un haut degré de prévisibilité »).

(12) Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.208, *Sté Molex incorporated c/ M. A.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 159 ; *JCP S* 2014, 1311, note G. Loiseau.

(13) En réparant le préjudice consistant en la perte d'emploi à laquelle la faute de la société mère a concouru, la Cour de cassation semble élever le droit à l'emploi au rang de droit subjectif délictuel. Plus encore, dans l'hypothèse où le salarié aurait pu être indemnisé par son employeur, le principe de la réparation intégrale semble exclure que le licenciement soit doublement réparé. « Ne resterait alors que l'indemnisation de la perte de chance d'avoir pu conserver l'emploi, ce qui donnerait à la mutation des contentieux une portée considérable » (G. Loiseau, *Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle* : *JCP S* 2014, 1311).

(14) Règl. (CE) n° 44/2001, art. 5, 3).

(15) Règl. (CE) n° 864/2007, 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), art. 4, § 1 : *JOUE* n° L 199, 31 juill. 2007.

(16) CJUE, 21 oct. 2010, aff. C-242/09, *Albron Catering BV* : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 309 ; *Liaisons soc. Europe* 2010, n° 263, p. 5, obs. J.-Ph. Lhernould ; *JCP S* 2011, 1008, note E. Jeansen ; *RDT* 2011, p. 35, note H. Tissandier ; *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 219, n° 114, obs. G. Auzero. – Adde, P. Morvan, *Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés* : *Dr. Soc.* 2011, p. 888. – N. Moizard, *Externalisation d'une entité d'un groupe de sociétés* : *RJS* 01/2011, p. 8. – M.-H. Chezlemas, *La directive sur le transfert d'entreprise appliquée aux groupes. La CJUE distingue l'employeur contractuel de l'employeur non contractuel* : *Semaine sociale Lamy* 2011, 1485, p. 12.

suivent son activité en cas de transfert. En consacrant la notion d'employeur « non contractuel »⁽¹⁷⁾, le juge opte pour une analyse plus économique que juridique.

276. – Contraction. La solution européenne est davantage inspirée par le sentiment de justice que par l'orthodoxie juridique : l'employeur « non contractuel » cède plus de droits qu'il n'en a⁽¹⁸⁾ ; l'employeur « contractuel » est dépouillé de contrats qu'il avait conclus⁽¹⁹⁾. Les tentatives nationales de quelques juges du fond de s'approprier la notion ne doivent pas inquiéter ; son utilisation, dans le cadre des transferts et au-delà, devrait demeurer isolée : surabondante dans le premier cas, elle est inconvenante dans le second. Ces deux situations peuvent être étudiées successivement.

Pour apprécier le maintien des contrats de salariés affectés à l'activité d'une entreprise transférée à laquelle ils ne sont pas liés contractuellement, le tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 9 juillet 2013, se réfère à la notion d'employeur « non contractuel ». Il souligne qu'« au regard de l'objectif poursuivi qui est celui de la préservation de l'emploi, l'application de l'article L. 1224-1 interprété à la lumière de la directive [n° 2001/23] qui mentionne "un contrat de travail ou une relation de travail" existant à la date du transfert, ne requiert pas en toute circonstance un lien contractuel entre le cédant et les salariés concernés dès lors que leur affectation à l'activité transférée ne présente pas un caractère occasionnel »⁽²⁰⁾. Le raisonnement est conforme à la solution européenne : le « maintien » des contrats des salariés affectés à l'entité transférée implique leur affectation durable à celle-ci⁽²¹⁾. Correcte, la solution n'en demeure pas moins troublante. Le droit national possède les outils nécessaires pour appréhender la situation sans utiliser la notion d'employeur « non contractuel » : ainsi de la technique de l'employeur unique (requalification du contrat initial au profit de la relation nouée avec la filiale utilisatrice) ou de celle d'employeurs multiples (en vertu de différents contrats de travail – adjonction d'employeurs⁽²²⁾ –, ou d'un seul – coemploi)⁽²³⁾. Le juge préfère le charme d'une notion nouvelle à l'utilisation d'outils plus anciens.

(17) Défini par la Cour de justice comme « l'employeur responsable de l'activité économique de l'entité transférée qui, à ce titre, établit des relations de travail avec les travailleurs de cette entité, et ce en dépit de l'absence de rapports contractuels avec lesdits travailleurs » (pt 31 de l'arrêt).

(18) Comp. P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e éd. 2013, n° 218, p. 126.

(19) V. not. P. Morvan, *Restructurations en droit social*, préc.

(20) TGI Paris, 9 juill. 2013, n° 13/04765 : *Cah. soc.* 2013, p. 400, note G. Auzero.

(21) Les mises à disposition temporaires ne peuvent pas être concernées. Les salariés placés dans cette situation demeurent sous la seule subordination de la première société (Cass. soc., 27 mars 1996, n° 93-40.741, M. G. c/ *Sarl Sté nouvelle Sogée* : *Bull. civ.* 1996, V, n° 117). D'ailleurs, bien que la Cour de justice ne l'affirme pas clairement dans l'arrêt *Albron*, il est probable qu'ait été décisive l'observation (passée sous silence) selon laquelle les salariés affectés à l'entreprise cédée réalisaient leur relation de travail dans les mêmes conditions (prestation de travail et subordination) qu'un salarié lié par un contrat de travail (l'avocat général Bot se prononçait en ce sens dans ses conclusions, présentées le 3 juin 2010).

(22) Un salarié peut se trouver dans une situation où il est lié par deux contrats de travail lorsque l'entreprise utilisatrice au sein de laquelle il est détaché entretient avec lui, le temps passant, un rapport de subordination (Cass. soc., 1^{er} juill. 1997, n° 94-45.102, M. R. c/ *Assoc. régionale pour le développement technologique de Bourgogne* : *Bull. civ.* 1997, V, n° 240 ; *RJS* 10/1997, n° 1068).

(23) Un salarié peut se trouver dans une situation de coemploi lorsqu'il est embauché par un employeur et qu'il se trouve immédiatement ou ultérieurement mis par celui-ci à la disposition d'une autre personne, physique ou morale, pour accomplir un travail déterminé sous l'autorité commune de cet utilisateur de main-d'œuvre et de l'employeur qui l'a recruté, que l'entreprise utilisatrice fasse partie du groupe (Cass. soc., 30 mai 1980, n° 79-10.667, *Sté Management Niagara Therapy c/ M. G.* : *Bull. civ.* 1980, V, n° 472) ou demeure extérieure à celui-ci (Cass. soc., 8 oct. 1981, n° 80-40.179 : *Bull. civ.* 1981, V, n° 767).

Plus préoccupante est l'utilisation de la notion d'employeur « non contractuel » en dehors du droit des transferts. La cour d'appel de Caen, dans un arrêt du 22 juin 2012⁽²⁴⁾, a cru pouvoir fonder sur elle le coemploi : rejetant la demande de renvoi formée par l'employeur devant la Cour de justice à fin d'interprétation de la notion d'employeur, les magistrats estiment qu'il ressort de l'arrêt *Albron* qu'« un travailleur peut avoir deux employeurs ». Le soutien est fragile. Inutile lorsque le coemploi est fondé sur le lien de subordination, il se révèle dangereux lorsqu'il est assis sur le constat d'une triple confusion : l'inexactitude du fondement sur le terrain substantiel (la Cour de justice n'a jamais voulu étendre son raisonnement au-delà du droit des transferts) s'accompagne de risques sérieux sur le plan méthodologique (un monstre juridique est invoqué pour justifier l'existence d'une créature difforme). Si l'expression maladroite d'employeur « non contractuel » est déjà née, il n'est pas trop tard pour y renoncer. La fonction inspiratrice du droit européen interdit au juge interne de bâtir des solutions qu'il n'abrite pas.

§ 2. – Nature de l'employeur

277. – De la nature de l'employeur dépendent l'application (I) et l'applicabilité (II) de certaines normes européennes. La diffusion des normes supranationales est l'occasion d'évaluer la pertinence de certaines règles nationales et d'identifier les archaïsmes qu'elles sont susceptibles d'abriter.

I. – Application des normes

278. – Mû par l'application large des règles qu'il renferme, le droit de l'Union européenne s'intéresse peu à la nature de l'employeur. La directive n° 2001/23 ne distingue pas selon que jouent les règles nationales relevant du droit privé ou du droit public⁽²⁵⁾. La réception de ce principe en droit français⁽²⁶⁾ est gênée par la disparité des règles régissant ces branches du droit. Les conséquences du transfert révèlent des archaïsmes. La volonté du droit national de maintenir des différences entre secteur public et secteur privé mêlée à l'obligation d'observer les solutions

(24) CA Caen, 22 juin 2012, n° 10/00072. – V. not. A. Martinon, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du travail, réalités et perspectives d'une rénovation du droit français*, in B. Teyssié (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 111, spéc. n° 191, p. 116.

(25) Dir. n° 2001/23, art. 1, § 1, c). – CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-175/99, *Mayeur* : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 7755 ; *RJS* 2001, n° 138. – CJCE, 14 sept. 2000, aff. C-343/98, *Collino et Chiappero* : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 6659 ; *Europe* 2000, comm. 328, note D. Simon, comm. 341, note A. Rigaux et comm. 349, note L. Idot.

(26) Longtemps attaché à l'application de l'article L. 1224-1 aux seuls transferts d'entreprises soumises au droit privé (Cass. soc., 8 nov. 1978 : *Bull. civ.* 1978, V, n° 743. – Cass. soc., 30 juin 1983 : *Dr. soc.* 1984, p. 99. – Cass. soc., 7 oct. 1992 : *Bull. civ.* 1992, V, n° 499 ; *D.* 1992, inf. rap. p. 252. – CE, 23 oct. 1987, n° 67627, *Siguier* : *Rec. CE* 1987, p. 324), le droit français a dû évoluer. Le transfert de plein droit des contrats de travail intervient désormais, au-delà de l'hypothèse précédente, lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est reprise par une personne publique dans le cadre d'un service public administratif (C. trav., art. L. 1224-3, issu de la loi n° 2005-843 du 26 juillet 2005 portant diverses mesures de transposition du droit communautaire à la fonction publique : *JO* 27 juill. 2005. – Cass. soc., 25 juin 2002, n°s 01-43.467 et s., *AGS, Clinique de l'Espérance* : *Bull. civ.* 2002, V, n° 209 ; *Dr. soc.* 2002, p. 1013, obs. A. Mazeaud) et lorsque l'activité d'une entreprise publique employant des agents non titulaires de droit public est reprise par une personne morale de droit privé ou par un organisme de droit public gérant un service public industriel et commercial (C. trav., art. L. 1224-3-1, issu de la loi n° 2009-972 du 3 août 2009 relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique : *JO* 6 août 2009).

européennes l'oblige à créer des exceptions aux règles internes (révélant leur vétusté), à les concilier (susitant parfois leur dévoiement) et à ôter aux juges de l'ordre judiciaire une part de leur champ de compétence.

279. – Exception. La jurisprudence *Lamblin* du Conseil d'État qui envisage le maintien temporaire, à l'issue d'un transfert, d'un contrat de droit privé avec une personne publique gérant un service public administratif⁽²⁷⁾, heurte la jurisprudence *Berkani* du Tribunal des conflits qui l'exclut⁽²⁸⁾. Finalement, il a été convenu, faute de mieux, que l'article L. 1224-3 du Code du travail, héritier de la jurisprudence européenne, constitue une « exception » à la jurisprudence *Berkani*.

280. – Compromis. Le maintien, à la suite d'un transfert, de la convention collective et de la rémunération antérieurement applicable au salarié oblige le droit national à rechercher un compromis lorsque sont confrontées les règles de droit privé et de droit public. L'équilibre est précaire.

La directive prévoit que le transfert ne fait pas obstacle au maintien, provisoire, de la convention collective applicable aux travailleurs transférés⁽²⁹⁾ ; la soumission de salariés de droit privé à un corps de règles de droit public leur ôte cette protection⁽³⁰⁾. Le régime de la mise en cause des conventions et accords collectifs⁽³¹⁾ pourrait réparaître. La fenêtre est étroite : le bénéfice de l'application de la convention collective du cédant vaudrait tant que les salariés demeurent liés par un contrat de droit privé à la personne publique ; la situation cesserait en cas d'acceptation du contrat de droit public qui leur est proposé ou de licenciement. La solution repose sur un compromis qui n'est pourtant pas satisfaisant : il implique de forcer l'entreprise publique à respecter des règles que la loi ne lui impose pas.

La directive commande par principe le maintien par le cessionnaire de la rémunération acquise par le salarié auprès du cédant en vertu du contrat de travail passé avec lui⁽³²⁾. Consciente des difficultés liées à la soumission des salariés de droit privé à un régime de droit public, la Cour de justice ne s'oppose pas à une réduction du montant de la rémunération lorsque les règles nationales l'exigent⁽³³⁾. Le

(27) CE, 22 oct. 2004, n° 245154, *Lamblin* : *Rec. CE* 2004, p. 382 ; *Dr. soc.* 2005, p. 43, concl. E. Glaser ; *AJDA* 2004, p. 2153, chron. C. Landais et F. Lenica ; *RJS* 1/2005, n° 12.

(28) T. confl., 25 mars 1996, *Berkani* : *Rec. CE* 1996, p. 536 ; *AJDA* 1996, p. 555, concl. Ph. Martin ; *D.* 1996, jurispr. 598, note Y. Saint-Jours. Le principe est le suivant : « Les personnels non statutaires (agents contractuels, auxiliaires ou vacataires employés par des personnes publiques) travaillant pour le compte d'un service public à caractère administratif sont des agents contractuels de droit public quel que soit leur emploi » (même s'ils ne participent pas directement à l'exécution de la mission de service public).

(29) Dir. n° 2001/23, art. 3, § 3.

(30) C. trav., art. L. 2211-1. – La Cour de cassation a d'ailleurs exclu la « mise en cause » des conventions et accords collectifs de travail au sens de l'article L. 2261-14 lorsque le cessionnaire est une entreprise publique à statut (Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-13.582, *M. S. c/ Sté Air France* : *Bull. civ.* 2005, V, n° 164 ; *RJS* 2005, n° 919 ; *Dr. ouvrier* 2005, p. 46). L'exclusion du maintien de la convention collective semble au premier abord contraire à la directive qui ne distingue pas entre entreprises privées et entreprises publiques dès lors qu'elles exercent une activité économique (sur la question, V. not. P. Morvan, *Mise en cause des accords collectifs dans une entreprise publique à statut* : *JCP S* 2008, 1398). La Cour de justice n'imposerait pourtant probablement pas une telle solution ; elle ne s'oppose pas, à l'occasion de la soumission des salariés transférés à un statut de droit public, à une réduction du montant de la rémunération « aux fins de se conformer aux règles nationales en vigueur relatives aux employés publics » (CJCE, 11 nov. 2004, aff. C-425/02, *Delahaye* : *Rec. CJCE* 2004, I, p. 823 ; *RJS* 3/2005, p. 184, note J.-Ph. Lhernould) ; il est envisageable qu'elle adopte un raisonnement similaire relativement au sort des conventions et accords collectifs.

(31) C. trav., art. L. 2261-14.

(32) Dir. n° 2001/23, art. 3, § 1.

(33) CJCE, 11 nov. 2004, aff. C-425/02, *Delahaye* : *Rec. CJCE* 2004, I, p. 823 ; *RJS* 3/2005, n° 324, note J.-Ph. Lhernould. – *Adde* CJUE, 6 sept. 2011, aff. C-108/10, *Scattolon* : *Rec. CJUE* 2011, I, p. 7491 ; *JCP S* 2011, 1444, note E. Jeansen.

droit français a trouvé une solution de compromis : si le principe demeure le maintien de la rémunération par le nouvel employeur⁽³⁴⁾, tenu de reprendre les clauses substantielles du contrat⁽³⁵⁾, elle ne doit pas atteindre un niveau qui excéderait manifestement celui que prévoient les règles générales que la personne publique applique à ses agents non titulaires ou, à défaut de telles règles, celui atteint par un agent de l'État exerçant des fonctions et présentant une qualification analogues⁽³⁶⁾. Faire cohabiter des règles éloignées impose de les dévoyer toutes : le principe de l'égalité de traitement entre les agents publics est écarté pour assurer au salarié transféré une rémunération qui ne soit pas trop éloignée de celle qu'il percevait auparavant ; le transfert de plein droit est écorné pour réduire les différences de rémunération entre les agents transférés et les autres. Aucun des salariés ne sera entièrement satisfait.

281. – Impéritie. La survie du contrat de droit privé du salarié transféré est provisoire. La personne de droit public doit licencier celui qui refuse la signature d'un contrat de droit public. Le contrat « prend fin de plein droit »⁽³⁷⁾. Le licenciement, *sui generis*⁽³⁸⁾, n'est justifié que si le refus du salarié est illégitime, la personne publique ayant proposé de reprendre les clauses substantielles du contrat, en particulier celles qui concernent la rémunération (diminuée, le cas échéant, si elle est manifestement excessive). Le maintien du principe de la séparation des ordres de juridictions, qui tient à la distinction entre les règles de droit privé et de droit public, complique la résolution du litige. Le juge judiciaire est compétent tant que le salarié n'a pas accepté la modification de son contrat⁽³⁹⁾. Mais la compétence de la juridiction prud'homale est bornée par le même principe de la séparation des ordres

(34) CE, avis, 21 mai 2007, n° 299307, *M^{me} M. et a.* : *Rec. CE* 2007, p. 214 ; *JCP S* 2007, 1982, note P. Morvan.

(35) C. trav., art. L. 1224-3, al. 2.

(36) CE, avis, 21 mai 2007, préc. – CE, 25 juill. 2013, n° 355804, *Centre hospitalier général de Longjumeau* : *RJS* 2013, n° 724.

(37) C. trav., art. 1224-3. – Cass. soc., 30 sept. 2009 : *Dr. soc.* 2009, p. 404, rapp. P. Bailly ; *RJS* 12/2009, n° 899. – Cass. soc., 2 déc. 2009 ; *JCP S* 2009, 1036, note P. Morvan : la Cour de cassation avait précisé, sous l'empire du droit antérieur à la loi du 3 août 2009, que : 1) « la cause particulière de rupture du contrat de travail prévue par l'article L. 1224-3 du Code du travail ne relève pas des dispositions de ce code applicables aux licenciements pour motif économique » ; 2) « si le licenciement d'un salarié qui refuse un contrat de droit public doit être prononcé dans les conditions prévues par le Code du travail, le refus de changer de statut opposé par le salarié repris constitue à lui seul une cause de licenciement ».

(38) Selon un auteur, « le choix de prévoir que cette rupture intervient de plein droit (...) semble contraire notamment aux dispositions des articles 4 et 7 de la convention n° 158 de l'OIT » (F. Debord, *Droit du travail dans le secteur public* : *RDT* 2010, p. 692, spéc. p. 701). L'interprétation est audacieuse. Une portée excessive est généralement prêtée à ce texte. L'article 4 interdit le licenciement d'un travailleur sans « motif valable (...) lié à [son] aptitude ou à [sa] conduite ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise (...) ou du service ». La rupture ne doit donc pas reposer sur un motif discrétionnaire ; le motif doit être licite et objectivement vérifiable par le juge. Or l'employeur, en licenciant le salarié réfractaire à la signature du nouveau contrat, ne fait qu'appliquer les dispositions légales ; celles-ci prévoient que « les nécessités de fonctionnement de l'entreprise » imposent la soumission du salarié à un nouveau corps de règles. Le juge vérifie la justesse du motif ; son examen porte sur la conformité de la proposition faite par l'employeur de reprendre « les clauses substantielles » du contrat. L'article 7 interdit le licenciement d'un travailleur « pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées ». Outre que la rupture n'intervient pas en raison de l'attitude du salarié mais de l'impossibilité pour l'employeur de maintenir le contrat transféré, la loi n'exclut pas que ce dernier respecte la procédure de licenciement pour motif personnel.

(39) T. confl., 19 janv. 2004, n° 00-00.000, *M. D. c/ Cne de Saint-Chamond* : *Bull. civ.* 2004, T. confl., n° 3, p. 2 ; *Dr. soc.* 2004, p. 433, obs. A. Mazeaud ; *JCP E* 2004, II, 930, note F. Duquesne ; *Dr. ouvrier* 2004, p. 146, concl. J. Duplat. – T. confl., 14 févr. 2005, n° 05-03.441 : *Bull. civ.* 2005, T. confl., n° 4, p. 4 ; *RJS* 8-9/2005, n° 805. – Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-45.439, *Dtt de la Haute-Garonne c/ M. T.* : *Bull. civ.* 2005, V, n° 339, p. 298 ; *JCP S* 2006, 1144, note P. Morvan. – Cass. soc., 12 juin 2007, n°s 05-44.337 et 05-44.743, *CCIV c/ M. J. et a.* : *JCP S* 2007, 1878.

de juridictions : le juge judiciaire ne peut, sans violer ce principe, se prononcer sur la conformité d'un contrat de droit public aux dispositions de l'article L. 1224-3 du Code du travail, ni faire injonction à la personne morale de droit public de proposer un autre contrat de droit public⁽⁴⁰⁾. Il peut seulement surseoir à statuer en invitant le demandeur à saisir le tribunal administratif d'une question préjudicielle sur ces deux points⁽⁴¹⁾. Le clivage maintenu entre le droit privé et le droit public implique de rendre matériellement compétent un juge qui, sur le fond, ne l'est pas réellement.

II. – Applicabilité des normes

282. – En multipliant les formes que revêt l'applicabilité des directives, la Cour de justice ravive les différences de traitement entre les salariés selon la nature de leur employeur.

283. – **Distension.** L'invocation des directives dépend de leur figure d'applicabilité. Pour en assurer la diffusion et éviter que l'État ne les viole sans en assumer les conséquences, la Cour de justice a développé, alors que le traité ne l'y invitait pas, une conception extensive de l'applicabilité des directives. Tout en rejetant leur effet direct horizontal⁽⁴²⁾, elle a admis leur effet direct vertical et l'a étendu aux « démembrements » de l'État⁽⁴³⁾ (« effet vertical démembré »)⁽⁴⁴⁾ et à l'État agissant en qualité d'employeur⁽⁴⁵⁾ (« effet oblique »)⁽⁴⁶⁾, ou encore, par agrégation des deux extensions, aux émanations de l'État agissant en qualité d'employeur. Le nombre de débiteurs augmente sensiblement : tout « organisme qui, quelle que 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 »⁽⁴⁷⁾ peut se voir opposer les directives européennes dans les relations qu'il noue avec ses salariés. Si quelques entreprises privées sont concernées, la plupart demeurent exclues.

(40) Cass. soc., 1^{er} juin 2010, n° 09-40.679, *Communauté de communes La Domitienne c/ Sté Coved* : Bull. civ. 2010, V, n° 120 ; JCP S 2010, 1273.

(41) Toutefois, ne viole pas le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires le juge prud'homal qui conclut que le licenciement est sans cause réelle et sérieuse après avoir constaté que « la personne publique n'invoquait aucune justification tirée de la nécessité de respecter les dispositions applicables aux agents contractuels pouvant fonder la diminution de salaire contenue dans son offre » (Cass. soc., 13 nov. 2012, n° 11-12.050, *Communauté d'agglomération dracénoise c/ M. T.* : RJS 1/2013, n° 9).

(42) CJCE, 26 févr. 1986, aff. C-152/84, *Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, pt 48 : Rec. CJCE 1986, I, p. 723 ; D. 1986, inf. rap. 204. – CJCE, 13 nov. 1990, aff. C-106/89, *Marleasing c/ Comercial Internacional de Alimentacion*, pt 6 : Rec. CJCE 1990, I, p. 4135 ; JCP E 1991, II, 156, p. 124, note P. Level ; JCP E 1991, I, p. 321, note F. Serras. – CJCE, 14 juill. 1994, aff. C-91/92, *Faccini Dori c/ Recreb*, pt 25 : Rec. CJCE 1994, I, p. 3325 ; Europe 1994, comm. 358, note A. Rigaux et D. Simon.

(43) CJCE, 22 juin 1989, aff. C-103/88, *Fratelli Costanzo* : Rec. CJCE 1989, I, p. 1839.

(44) L'expression est empruntée au professeur Simon (V. not. D. Simon, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^e éd. 2001, n° 318, p. 399 ; *Effet vertical démembré* : Europe 2004, comm. 93, note ss CJCE, 5 févr. 2004 ; *Effet des directives à l'égard des personnes morales distinctes d'un État* : Europe 2007, comm. 155, note ss CJCE, 19 avr. 2007).

(45) CJCE, 26 févr. 1986, aff. C-152/84, *Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, pt 48 : Rec. CJCE 1986, I, p. 723 ; D. 1986, inf. rap. 204.

(46) D. Simon, *Le système juridique communautaire*, préc., n° 318, p. 399-400.

(47) CJCE, 14 sept. 2000, aff. C-343/98, *Collino et Chiappero* : Rec. CJCE 2000, I, p. 6659 ; Europe 2000, comm. 328, note D. Simon, comm. 341, note A. Rigaux et comm. 349, note L. Idot. – CJCE, 5 févr. 2004, aff. C-157/02, *Rieser Internationale Transporte* : Rec. CJCE 2004, I, p. 1477 ; Europe 2004, comm. 93, note D. Simon. – CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-356/05, *Farell* : Rec. CJCE 2007, I, p. 3067 ; Europe 2007, comm. 155, note D. Simon.

284. – Complications. La recherche de l'effet utile d'une norme implique souvent de délaisser d'autres considérations. La conséquence de l'extension de l'applicabilité des directives est double : 1) elle nuit à la prévisibilité du droit ; à la difficulté d'identifier le sens de la directive et sa prétention à l'effet direct, s'ajoutent les doutes relatifs à la détermination des démembrements de l'État⁽⁴⁸⁾ ; n'a pas cette qualité une association de droit privé, même si elle a une vocation sociale, dès lors qu'elle ne satisfait pas aux critères énoncés par le juge européen⁽⁴⁹⁾ ; 2) la reconnaissance de l'effet oblique des directives entretient une différence de traitement entre les salariés selon le lien que leur employeur entretient avec la puissance publique. La Cour de cassation assimile la RATP à un démembrement de l'État, conférant ainsi à ses salariés, alors qu'elle respecte les règles nationales, le droit de lui opposer la violation de l'article 4 de la directive n° 2003/88 du 4 novembre 2003 imposant un temps de pause dès lors que le travail journalier est supérieur à six heures⁽⁵⁰⁾. La différence de traitement induite peut se révéler pittoresque sur les terres du transfert d'entreprise lorsqu'il implique le passage d'un salarié d'une structure privée (non assimilée à un démembrement de l'État) à une structure publique, et *vice versa*. Dans le premier cas, le salarié ne peut pas reprocher au cédant la violation de la directive n° 2001/23 mais peut en exiger l'application au cessionnaire s'il y a lieu (par exemple en cas de non-reprise des clauses du contrat ou d'absence de maintien de l'application de la convention collective). Dans le cas inverse, le salarié peut enjoindre au cédant de respecter la directive contre la norme nationale, ce dont il est privé à l'égard du cessionnaire.

Deux leviers permettent d'atténuer la différence de traitement. Leur utilisation nourrit le travail d'introspection du droit français relativement aux solutions dont il est porteur. Le premier consiste à réduire progressivement les différences entre droit privé et droit public. Le second consiste à procéder au découplage proposé par une partie de la doctrine entre l'invocabilité d'exclusion des directives et l'effet direct⁽⁵¹⁾. Les salariés contractuellement liés à un employeur de droit privé sans lien avec l'État pourraient lui reprocher d'avoir appliqué une disposition nationale contraire à une directive dans les mêmes conditions que les salariés employés par l'État (ou une entité assimilée à ce dernier). La proposition suscite une vive réserve. Elle n'efface pas la différence de traitement tant que le découplage ne concerne pas aussi l'invocabilité de substitution. Or cette solution, comme l'autre d'ailleurs, mé-

(48) L'examen relève de la compétence des États. – V. not. CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez* : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 4/2012, n° 399 ; *Europe* 2012, 115, note D. Simon ; *JCP S* 2012, 1135, note E. Andréo et J. Misslin (« il incombe à la juridiction nationale de vérifier si, eu égard à la nature juridique des parties défenderesses au principal, l'effet direct de (...) la directive (...) peut être invoqué à leur encontre »).

(49) Faute pour l'association de médiation sociale d'avoir la qualité de démembrement de l'État, malgré l'objectif social poursuivi par cette structure privée, ses salariés ne pouvaient pas lui reprocher d'avoir violé la directive n° 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne en appliquant, bien qu'il y soit contraire, l'article L. 1111-3 du Code du travail qui permet d'exclure du calcul des effectifs de l'entreprise certaines catégories de salariés (Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 11-21.609, *Assoc. de médiation sociale [AMS]* c/ *Union locale des syndicats CGT Quartiers Nord et a.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 193 ; *JCP S* 2014, 1429, note Y. Pagnerre).

(50) Cass. soc., 17 févr. 2010, n° 08-43.212, *M. C. c/ RATP* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 47 ; *JCP S* 2010, 1170, note F. Dumont ; *RDT* 2010, p. 446, note F. Canut ; *Dr. soc.* 2010, p. 581, obs. S. Mariette et Ph. Florès.

(51) En ce sens, V. not. D. Simon et A. Rigaux, *L'arrêt Marshall II et l'effet des directives : une solution d'espèce à une question de principe ?* : *Europe* 1993, chron. 9. – G. Dumortier, *L'effet direct des conventions internationales* : *RFDA* 2012, p. 547. – M. Blanquet, *Effet direct du droit communautaire* : *Rép. civ.* Dalloz oct. 2010, n° 14.

connaît la typologie des normes fixée par le traité de Rome : la directive, suffisamment précise et inconditionnelle, se confondrait avec le règlement ; leurs effets seraient identiques sans que leurs conditions d'adoption ne le soient. Relativement à l'applicabilité des normes européennes, la Cour de justice semble s'être arrêtée au milieu du gué : l'abandon de l'effet direct vertical, et donc oblique, des directives n'est pas, semble-t-il, envisageable ; mais la fusion des directives et des règlements demeure peu probable⁽⁵²⁾. Les salariés français subissent l'archaïsme du droit national relatif au poids de la distinction entre droit privé et droit public conjugué au modernisme du droit européen s'agissant de l'applicabilité des règles édictées.

285. – Conclusion de section. L'identification de l'employeur et, en creux, celle de travailleur, est cruciale car elle conditionne l'application des règles du droit du travail. La volonté de les atteindre conduit parfois le juge national et européen à délaissier le critère lié à la subordination juridique, ce qui est discutable. Les distinctions qu'entretient le droit français entre les règles de droit public et de droit privé sont parfois sources de trouble lorsqu'est envisagée la diffusion des normes supranationales : elles compliquent l'organisation des transferts d'entreprise et provoquent une différence de traitement entre travailleurs au regard de l'applicabilité des directives européennes.

S E C T I O N 2

L'emploi

286. – Universalité. L'ensemble des compartiments du droit du travail français sont concernés par la diffusion des normes supranationales. Renforce le propos le fait que les thèmes pourtant exclus de la compétence du législateur européen pour procéder à l'harmonisation des législations nationales peuvent être appréhendés, soit par la Cour de justice de l'Union européenne lorsque l'un de ces thèmes s'entrechoque avec des droits et libertés protégés par le traité de Rome, soit par d'autres textes supranationaux non soumis aux mêmes restrictions dans leur champ d'intervention.

287. – Devises. Identifier, les unes après les autres, les différentes matières subissant l'influence des normes supranationales, se révèle non seulement complexe en raison de la quantité des objets à décrire, mais aussi peu pertinent pour identifier la forme (pour le présent) et la direction (pour le futur) que prend la rénovation du droit français du travail. Plus simplement, le mouvement de construction traduit la diffusion de trois devises⁽⁵³⁾, agissant comme guide de l'action des autorités supranationales : la liberté (§ 1), l'égalité (§ 2) et la sécurité⁽⁵⁴⁾ (§ 3).

(52) L'avocat général V. Trstenjak, dans ses conclusions présentées le 8 septembre 2011 sous l'arrêt *Dominguez* (pt 62 et s.), écarte la thèse du découplage entre effet direct et invocabilité d'exclusion (*a fortiori* de substitution) : CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez* : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 4/2012, n° 399 ; *Europe* 2012, 115, note D. Simon.

(53) Le choix des devises est, à nouveau, directement emprunté à celui retenu par le professeur Martinon (A. Martinon, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du travail, réalités et perspectives d'une rénovation du droit français*, in B. Teyssié [ss dir.], *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 111, spéc. p. 117, n° 93).

(54) Le 19^e colloque de la revue *Droit social*, des 13 et 14 octobre 1989, avait pour thème « Liberté, égalité, fraternité... et droit du travail » (V. *Dr. soc.* 1990, p. 1 et s.). Le professeur Dupeyroux s'interrogeait alors : « Existe-t-il un principe général de fraternité ou de solidarité entre salariés reconnu par le droit ? ». Il concluait qu'il n'existait pas de « principe

§ 1. – Liberté

288. – Parmi les nombreuses normes supranationales protégeant des libertés, les règles relatives à la liberté syndicale résument les formes que prend la construction du droit du travail français au contact des premières. Entendue de manière large par la Cour européenne des droits de l'homme, la liberté syndicale comprend le droit reconnu à tout syndicat de se constituer⁽⁵⁵⁾, de s'organiser⁽⁵⁶⁾ et de mener des actions dans l'entreprise – singulièrement à travers la négociation collective⁽⁵⁷⁾ et le recours à la grève⁽⁵⁸⁾, même celle dite de « solidarité »⁽⁵⁹⁾ –, ainsi que le droit reconnu aux salariés et aux employeurs d'adhérer à un syndicat⁽⁶⁰⁾ et, à ce titre, d'être protégés⁽⁶¹⁾. Le juge national consolide les solutions internes (I) ; il doit, parfois, en restaurer d'autres, anciennement connues et pratiquées (II).

I. – Consolidation

289. – **Protection.** Le juge national, qu'il appartienne à l'ordre judiciaire ou administratif, repousse les attaques portées contre les solutions nationales par les plaideurs sur le fondement de la liberté syndicale. Le brevet de conventionnalité demeure toutefois fragile : il n'exclut pas la censure prononcée par les organes supranationaux.

290. – La loi du 20 août 2008, dans son volet relatif à la rénovation de la démocratie sociale, reçoit des critiques variées sur le terrain des normes supranationales. La Cour de cassation les a, jusqu'à présent, régulièrement écartées. Ne heurte au-

général certain » et qu'il était peu « probable (...) de tirer une théorie générale » (J.-J. Dupeyroux, *Quelques questions : Dr. soc.* 1990, p. 9, spéc. p. 17). La mobilisation du concept de fraternité permet d'expliquer des solutions, non de les fonder. Il diffère à cet égard des notions de liberté, d'égalité et de sécurité, mobilisées par les juridictions supranationales pour étendre leur contrôle des législations nationales.

(55) Conv. EDH, art. 11 ; Conv. OIT n° 87, sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948), art. 2 ; Charte sociale européenne, art. 5 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 12 ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, art. 11 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 8, § 1, a).

(56) Conv. OIT n° 87, art. 3 et 5.

(57) Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du "droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts" énoncé à l'article 11 de la Convention » (CEDH, 12 nov. 2008, req. n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, § 154 ; *Rec. CEDH* 2008, V ; *JCP G* 2009, II, 10018, note F. Sudre ; *D.* 2009, p. 739, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly). La Cour de cassation reprend la formule (V. not. *Cass. soc.*, 14 avr. 2010, n°s 09-60.426 et 09-60.429, *Sté SDMO Industries c/ M. B.* ; *Bull. civ.* 2010, V, n° 100 ; *RJS* 6/2010, n° 529). – *Adde*, Conv. OIT n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949), art. 4 ; Charte sociale européenne, art. 6 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 28 ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, art. 12.

(58) Conv. EDH, art. 11 (selon la Cour européenne des droits de l'homme, « la grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts » : CEDH, 21 avr. 2009, req. n° 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen c/ Turquie*, § 24 ; *JCP G* 2009, doct. 143, n° 25, obs. F. Sudre) ; Charte sociale européenne, art. 6 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 28 ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, art. 13 ; Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux, art. 8, § 1, d. – Le droit de grève est reconnu par les organes de contrôle de l'Organisation internationale du travail comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Étude d'ensemble, 1994, § 179 : <http://ilo.org/>).

(59) CEDH, 8 avr. 2014, req. n° 31045/10, *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c/ Royaume-Uni* ; *JCP S* 2014, act. 176, veille G. Gonzalez. – *Adde*, *Cass. soc.*, 5 janv. 2011, n°s 10-10.685 et s., *M. B. c/ Sté Locaboat plaisance* ; *Bull. civ.* 2011, V, n° 1 ; *RJS* 3/2011, n° 268.

(60) Conv. EDH, art. 11 ; Conv. OIT n° 87, art. 2 ; Charte sociale européenne, art. 5 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 12 ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, art. 11.

(61) Conv. OIT n° 98, art. 1 ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, art. 11.

cune prérogative inhérente à la liberté syndicale : 1) la réservation aux syndicats représentatifs du droit de mener des négociations collectives⁽⁶²⁾ ; 2) l'obligation qui leur est faite de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés aux élections professionnelles⁽⁶³⁾ ; 3) l'application de certaines modalités d'appréciation de la représentativité aux organisations syndicales catégorielles affiliées à une confédération syndicale catégorielle interprofessionnelle nationale⁽⁶⁴⁾ ; 4) l'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans pour la présentation par une organisation syndicale de candidats au premier tour des élections professionnelles⁽⁶⁵⁾ ; 5) la réservation aux organisations syndicales ayant des élus du droit de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise⁽⁶⁶⁾ ; 6) l'interdiction faite au syndicat, lorsque des salariés élus au comité d'entreprise s'affilient à lui après les élections, du droit de désigner des représentants syndicaux auprès du comité en question dès lors que ce syndicat n'a pas eu d'élus lors du dernier scrutin⁽⁶⁷⁾ ; 7) l'interdiction faite aux syndicats non représentatifs de désigner à nouveau, en qualité de représentant de section syndicale, le salarié désigné antérieurement aux dernières élections professionnelles à l'issue desquelles le syndicat n'a pas obtenu au moins 10 % des suffrages exprimés⁽⁶⁸⁾. La protection qu'opère le juge de l'œuvre législative est particulièrement forte dans cette dernière situation : la Cour de cassation ignore volontairement les critiques émises par le Comité de la liberté syndicale selon lesquelles la désignation et la durée du mandat du représentant de section syndicale doivent découler du libre choix du syndicat concerné, conformément au principe d'autonomie vis-à-vis des autorités publiques consacré à l'article 3 de la convention n° 87 de l'OIT⁽⁶⁹⁾. La résistance du juge national peut être approuvée : 1) la position du Comité néglige l'esprit de la loi de 2008 qui fait dépendre la légitimité syndicale du vote des salariés ; il est curieux que la promotion de l'implantation syndicale dans l'entreprise apparaisse rétrograde au regard des exigences posées par les conventions internationales ; la généralité des termes qu'elles contiennent ne doit pas autoriser toutes les audaces ; 2) l'avis du Comité, dénué de force obligatoire, ne s'impose pas aux autorités nationales.

(62) Cass. soc., 14 avr. 2010, n°s 09-60.426 et 09-60.429, *Sté SDMO Industries c/ M. B.* : Bull. civ. 2010, V, n° 100 ; RJS 6/2010, n° 529 ; JCP S 2010, 1269, note B. Gauriau.

(63) Cass. soc., 14 avr. 2010, préc. – Cass. soc., 14 déc. 2011, n° 10-27.441, *M. D. c/ Pôle emploi Aquitaine* : Bull. civ. 2011, V, n° 300 ; RJS 3/2012, n° 269 ; Dr. soc. 2012, p. 211, obs. L. Pécaut-Rivolier.

(64) Cass. soc., 28 sept. 2011, n° 10-19.113, *SNPMA c/ SMA de Maine-et-Loire* : Bull. civ. 2011, V, n° 216 ; RJS 12/2011, n° 992 ; JCP S 2012, 1072, note B. Gauriau.

(65) Cass. soc., 29 févr. 2012, n° 11-60.203, *Union des syndicats pour un droit social pleinement appliqué aux salariés (UDSPA-salariés) c/ SAS Brunier et a.* : Bull. civ. 2012, V, n° 82 ; RJS 1/2012, n° 55 ; JCP S 2012, 1198, note H. Guyot.

(66) Cass. soc., 24 oct. 2012 (2 arrêts), n° 11-18.885 (*Sté TDA armements c/ Syndicat CGT de la Sté TDA armements*) et n° 11-25.530 (*Sté Gemalto c/ Union départementale des syndicats Force ouvrière d'Indre-et-Loire*) : Bull. civ. 2012, V, n° 279 ; RJS 1/2013, n° 51 ; JCP S 2013, 1050, note G. François. – Cass. soc., 15 mai 2013, n° 12-18.860, *M. D. c/ Sté Airbus opérations* : RJS 7/2013, n° 548.

(67) Cass. soc., 18 mai 2011, n° 10-60.273, *Synd. Sud industrie Rhône Alpes c/ Sté Renault Trucks* : Bull. civ. 2011, V, n° 123 ; RJS 7/2011, n° 620 ; JCP S 2011, 1365, note B. Gauriau. Le plaideur n'invoquait, à l'appui de la prétendue violation de la liberté syndicale, aucune norme supranationale ; la mobilisation de l'une d'elles n'aurait cependant pas modifié l'issue du litige.

(68) C. trav., art. L. 2142-1-1. – Cass. soc., 14 nov. 2013, n° 13-11.316, *M. C. c/ Caisse d'Épargne Île-de-France* : Bull. civ. 2013, V, n° 267 ; RJS 1/2014, n° 57 ; JCP S 2014, 1116, note B. Bossu.

(69) 362^e rapport du comité de la liberté syndicale, nov. 2011, pt 952 (<http://www.ilo.org>).

291. – Le juge administratif partage la volonté de protéger les textes nationaux. Selon le Conseil d'État⁽⁷⁰⁾, ne viole pas l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales l'interdiction faite aux militaires de constituer un syndicat ou d'y adhérer⁽⁷¹⁾. Observant les méthodes d'interprétation prescrites par son homologue européen, il retient que la règle posée, légitime, poursuit un but d'ordre public (assurer la sécurité publique) et qu'elle est proportionnée : limitée à l'adhésion à des groupements professionnels, l'interdiction ne concerne pas les autres formes d'association. Mais les efforts du juge français ne sont pas récompensés. La Cour européenne des droits de l'homme considère que l'interdiction de constituer un syndicat ou d'y adhérer viole « l'essence » même de la liberté syndicale. Seules des restrictions – même significatives, dès lors qu'elles sont légitimes – à « l'exercice » de cette liberté sont tolérées⁽⁷²⁾. La distinction, ancienne⁽⁷³⁾, n'avait pas convaincu le Conseil d'État. Le juge européen avait admis, sur le fondement de l'article 11, l'interdiction (et non la restriction) du droit de grève faite aux fonctionnaires turcs exerçant des fonctions d'autorité⁽⁷⁴⁾. La condamnation européenne impose, sous la menace de sanctions financières, la réaction des autorités nationales. La marge de manœuvre est étroite : la restriction à la liberté ne doit pas être telle que les possibilités d'action qui restent à l'individu « se révèlent inexistantes ou réduites au point de n'offrir aucune utilité »⁽⁷⁵⁾. Il pourrait être envisagé d'interdire l'exercice de tout droit syndical durant les opérations militaires et la divulgation par la voie syndicale d'informations opérationnelles⁽⁷⁶⁾.

292. – **Satisfaction.** Le juge interne ne prend pas l'initiative de convoquer les normes supranationales pour faire évoluer les solutions françaises relatives à la liberté syndicale et, plus généralement, au droit des relations collectives de travail. Les outils nationaux lui offrent satisfaction. Son attitude contraste avec celle adoptée sur le terrain des relations individuelles ; en ce domaine, il invoque volontiers d'office les textes supranationaux pour préciser les normes internes, voire les condamner. Leur mobilisation répond le plus souvent à la volonté de se conformer à la jurisprudence supranationale⁽⁷⁷⁾. Si le faible développement de celle-ci dans le champ de

(70) CE, 11 déc. 2008, n^{os} 306962 et s., *Assoc. de défense des droits des militaires* : *Rec. CE* 2008 ; *AJDA* 2009, p. 149, chron. S.-J. Lieber et D. Botteghi.

(71) C. défense, art. L. 4121-4, al. 2. – *Adde*, CE, 26 févr. 2010, n^o 322176, *M. A*, non publié au bulletin. – CE, 26 sept. 2007, n^o 263747, *Rémy* : *Rec. CE* 2007 ; *JCP A* 2007, act. 901 ; *AJDA* 2007, p. 1846.

(72) CEDH, 2 oct. 2014, req. n^o 10609/10, *Mattely c/ France*, § 57 et 71. – CEDH, 2 oct. 2014, req. n^o 32191/09, *Adefdromil c/ France*, § 43 et 60 ; *Dr. adm.* 2015, comm. 8, note J.-Ch. Videlin ; *AJDA* 2015, p. 204, note L.-M. Le Rouzic ; *D.* 2014, p. 2560, note G. Poissonnier.

(73) CEDH, 12 nov. 2008, req. n^o 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, § 97 : *Rec. CEDH* 2008, V ; *D.* 2009, p. 739, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

(74) CEDH, 21 avr. 2009, req. n^o 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen c/ Turquie*, § 32 ; *RJS* 11/2009, p. 736, chron. M. Schmitt. L'on comprend, à la lecture de l'arrêt, que le Conseil d'État n'ait pas été convaincu par la distinction établie par la Cour européenne entre restriction à un droit et interdiction de celui-ci puisqu'il lui arrive elle-même de confondre les termes (cf. « La Cour reconnaît que le droit de grève n'a pas de caractère absolu. Il peut être soumis à certaines conditions et faire l'objet de certaines restrictions. Ainsi, le principe de la liberté syndicale peut être compatible avec l'interdiction du droit de grève des fonctionnaires exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'État » ; § 32).

(75) CEDH, 21 sept. 2011, req. n^o 1305/05, *Sisman et a. c/ Turquie* : *JCP S* 2011, 1560, note Y. Pagnerre, à propos des restrictions apportées à l'affichage syndical.

(76) J.-Ch. Videlin, *La Cour européenne des droits de l'homme et les associations syndicales militaires* : *Dr. adm.* 2015, comm. 8, note ss CEDH, 2 oct. 2014.

(77) Quelques exemples peuvent être donnés :

– sur le terrain du droit des transferts d'entreprise, la Cour de cassation a relevé d'office le moyen tiré de la violation de l'article L. 1224-1 (anc. art. L. 122-12) du Code du travail, interprété à la lumière de la directive du 29 juin 1998, pour

la liberté syndicale et des actions collectives mises à son service, lié à la large marge de manœuvre reconnue aux États en ces domaines⁽⁷⁸⁾, explique la réserve du juge interne en cette matière⁽⁷⁹⁾, elle déclinera en même temps que progressera la surveillance, spécialement par les cours européennes, des législations nationales qui y sont consacrées.

II. – Restauration

293. – Certaines solutions nationales apparaissent désuètes. Les normes supranationales appellent leur restauration. Le juge interne est invité à procéder à la réfection du droit de grève et à la correction du droit de *lock-out*. Le premier est une déclinaison de la liberté syndicale et le second une réaction au conflit survenu.

294. – **Réfection.** Deux leviers permettraient au juge national de contrôler le caractère légitime et proportionné de la grève : l'examen du caractère raisonnable des revendications des grévistes et l'application de la théorie de l'abus de droit. Ils se révèlent décevants. La chambre sociale de la Cour de cassation refuse de substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité des revendications⁽⁸⁰⁾. Est niée la capacité de l'employeur à satisfaire celles-ci, dont le contrôle fut, pourtant, naguère exigé

décider, en rupture avec la jurisprudence antérieure, que la qualité de personne morale de droit public du cessionnaire ne peut suffire à caractériser une modification dans l'identité de l'entité (Cass. soc., 24 févr. 2004, nos 01-40.714 à 01-40.717 et n° 01-43.982 : *RJS* 5/2004, n° 506. – *Adde*, Cass. soc., 25 juin 2002, nos 01-43.467 et s., *AGS, Clinique de l'Espérance* : *Bull. civ.* 2002, V, n° 209). Est prise en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-175/99, *Mayeur* : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 7755). – V. not. Rapp. Cour de cassation 2006, p. 142, notant que « soucieuse de faire du droit communautaire une application scrupuleuse, cette juridiction suprême ne manque pas, comme l'illustre cette dernière affaire, de recourir à la technique du relevé d'office afin d'assurer au droit interne une interprétation conforme au droit communautaire, y compris lorsqu'elle se départit ainsi d'une ancienne jurisprudence afin de s'aligner sur celle de la Cour de justice » ;

– sur le terrain du droit à la santé et à la sécurité, la Cour de cassation a relevé d'office le moyen tiré de la violation de l'article L. 4121-1 (anc. art. L. 230-2, I) du Code du travail, interprété à la lumière de la directive « santé-sécurité » du 12 juin 1989, en décidant que la reprise du travail, à défaut de visite médicale de reprise après une période d'absence d'au moins huit jours pour cause d'accident du travail, ne met pas fin à la période de suspension du contrat de travail (Cass. soc., 28 févr. 2006, n° 05-41.555, *M. D. c/ Sté Cubit France technologies* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 87 ; *RJS* 5/2006, n° 555). La cour, en insistant sur l'« effectivité » que doit assurer l'employeur de son « obligation de sécurité de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs dans l'entreprise », prend en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, pts 70 et 92 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 8389). Une intention similaire a conduit la Cour de cassation, sur le fondement de la directive européenne, à étendre l'obligation de sécurité de résultat à la santé mentale du salarié victime de harcèlement moral (Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914, *M. B. c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 223 ; *RJS* 8-9/2006, n° 916) ;

– sur le terrain du temps de travail, la Cour de cassation a relevé d'office plusieurs normes européennes, spécialement la directive « temps de travail » du 4 novembre 2003, pour décider que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires (V. not. Cass. soc., 31 janv. 2012, nos 10-19.807 et 10-17.593, *M. M. c/ Sté Métaux Spéciaux (MSSA)* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 44 ; *JCP S* 2012, 1120, note M. Morand. – Cass. soc., 13 nov. 2014, n° 13-14.206, *M. H. c/ Sté Chardon Tarrade Le Pleux*, à paraître au bulletin ; *RJS* 2/2015, n° 102). Sont pris en compte la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et l'avis du Comité européen des droits sociaux (23 juin 2010, réclamation n° 56/2009).

(78) V. not. CEDH, 8 avr. 2014, req. n° 31045/10, *The National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c/ Royaume-Uni* : *JCP S* 2014, act. 176, veille G. Gonzalez, reconnaissant une importante marge de manœuvre aux États (en l'espèce le Royaume-Uni) pour décider si les grèves dites « de solidarité » peuvent ou non être autorisées et, le cas échéant, limitées.

(79) Le droit comparé révèle que des restrictions à la libre désignation des représentants des syndicats sont souvent posées (V. not. J.-M. Servais, *Normes internationales du travail*, LGD), 2004, n° 1002).

(80) Cass. soc., 2 juin 1992, n° 90-41.368, *M. Z c/ Ipem Hom* : *Bull. civ.* 1992, V, n° 356 ; *RJS* 7/1992, n° 906. – Cass. soc., 19 oct. 1994, n° 91-20.292, *Centrale syndicale des travailleurs martiniquais et a. c/ Sté Antilles Gaz* : *Bull. civ.* 1994, V, n° 281 ; *RJS* 12/1994, n° 1413. – Cass. soc., 23 oct. 2007, n° 06-17.802, *Synd. SNTU-CFDT c/ RTM* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 169 ; *RJS* 1/2008, n° 65.

par l'assemblée plénière⁽⁸¹⁾. Le contrôle de l'abus de droit demeure étroit : la chambre sociale le réserve à l'illicéité des motifs de la grève et à la désorganisation de l'entreprise⁽⁸²⁾. Est ignorée la recherche de la proportionnalité des moyens d'action déployés par le syndicat et les salariés. Le droit du Conseil de l'Europe et le droit de l'Union européenne suggèrent, selon des voies différentes, de déterrer les solutions anciennes.

295. – La Cour européenne des droits de l'homme ne contrôle qu'indirectement la proportionnalité de l'exercice du droit de grève. Faute pour l'employeur de jouir de droits protégés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, c'est seulement à travers sa réaction (ou celle des pouvoirs publics) à la grève que le juge peut en façonner le régime⁽⁸³⁾. La Cour européenne a validé certaines restrictions au droit de grève, qu'il s'agisse de la décision de justice ordonnant la suspension d'une grève, survenue en Norvège sur des installations maritimes d'extraction de gaz, en raison de la mise en péril de l'approvisionnement en énergie, nuisible pour les entreprises, les particuliers et l'économie nationale⁽⁸⁴⁾, ou, en France, la sanction de l'entrave mise à la circulation sur le réseau routier en raison de l'atteinte portée aux droits et libertés d'autrui⁽⁸⁵⁾. En contrôlant l'ampleur des conséquences qu'entraîne l'exercice du droit de grève, le juge européen suggère l'examen de son caractère proportionné. La solution adoptée peut être rapprochée de celle retenue par le droit allemand : d'une part, l'obligation de paix sociale interdit tout conflit du travail dès lors et aussi longtemps que les conditions de travail à l'origine des revendications sont réglementées de façon contraignante par la convention collective ; d'autre part, la Cour fédérale du travail contrôle le caractère raisonnable des revendications des grévistes⁽⁸⁶⁾ et censure l'action collective lorsque ses effets sont trop préjudiciables. Les juges des tribunaux de Nuremberg et Chemnitz ont interdit partiellement, en août et octobre 2007, le recours à la grève aux conducteurs de train de la Deutsche Bahn en raison du coût prohibitif que cette cessation de travail risquait de faire subir à l'économie du pays⁽⁸⁷⁾. Ces restrictions au droit de grève ont été critiquées par le Comité européen des droits sociaux⁽⁸⁸⁾.

(81) Cass. ass. plén., 4 juill. 1986, n° 84-15.735, *Synd. national des officiers mécaniciens navigants de l'aviation civile c/ C^e nationale Air France* : Bull. civ. 1986, ass. plén., n° 1 ; JCP G 1986, II, 20694, note B. Teysié ; Dr. soc. 1986, p. 745, concl. R. Bouyssic, obs. G. Lyon-Caen.

(82) Cass. soc., 16 oct. 2001, n° 99-18.128, *SARL Brink's c/ FGTE du syndicat CFDT* : Bull. civ. 2001, V, n° 319 ; D. 2001, p. 3552. – Cass. soc., 23 juin 2004, n°s 02-31.071 et 02-31.999, *M^{me} X c/ Sté BVF* : Bull. civ. 2004, V, n° 180 ; RJS 11/2004, n° 1187.

(83) La situation présente plusieurs inconvénients : 1) au regard de la charge de la preuve, il n'appartient pas au syndicat, pourtant à l'origine de l'action, de démontrer que celle-ci constitue une atteinte légitime et proportionnée aux intérêts de l'employeur ; 2) au regard de l'objet de la preuve, le juge européen appréhende de manière inégale la restriction apportée à un droit protégé par la Convention (en l'espèce le droit de grève) selon que l'atteinte est fondée par la protection d'un autre droit reconnu par ce texte – leur égale valeur normative appelle une mise en balance équilibrée – ou que l'atteinte poursuit la défense d'intérêts non reconnus par le texte européen – la restriction est appréciée étroitement (CEDH, 29 avr. 1999, req. n°s 25088/94, 28331/95 et 28443/95, *Chassagnou et a. c/ France*, § 113). L'évolution proviendra de l'acceptation par la Cour européenne des droits de l'homme d'inférer de l'article 1 du protocole d'accord n° 1, relatif au droit de propriété, le droit au respect des biens de l'employeur, qu'elle réserve pour l'heure aux salariés.

(84) CEDH, 27 juin 2002, req. n° 38190/97 (décision de non-admission), *Federation of Offshore Workers Trade Unions and Others (OFS) c/ Norvège* : D. 2003, p. 939, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

(85) CEDH, 5 mars 2009, req. n° 31684/05, *Barraco c/ France* : RJS 6/2009, n° 594 ; JCP S 2009, 1298, note J. Cavallini.

(86) V. not. P. Rémy, *Les droits des conflits collectifs* : RDT 2010, p. 250, et les notes citées.

(87) A. Junker, *Grundkurs Arbeitsrecht*, éd. C.-H. Beck, 2009. – Rapp. F. Kessler, *Évolution récente du droit des conflits collectifs du travail en Allemagne*, in *Le droit collectif du travail, Études en l'honneur de M^{me} le Professeur H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 107.

(88) CEDS, concl. XVII-1, Allemagne, art. 6-4, 28 févr. 2005, <http://www.coe.int>.

296. – La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne appelle un contrôle plus direct du droit de grève. En dépit de l'incompétence du législateur européen pour procéder à l'harmonisation des règles qui le gouvernement⁽⁸⁹⁾, la Cour soumet son exercice à certaines restrictions lorsqu'il présente une dimension européenne. Les atteintes que le droit de grève porte à la liberté d'établissement ou de prestation de services sont soumises à un contrôle de légitimité et de proportionnalité⁽⁹⁰⁾. Attention est portée aux fins du mouvement collectif et aux moyens utilisés par les grévistes.

S'agissant des fins, le droit de grève doit être justifié par la poursuite d'un « objectif légitime » reposant sur « des raisons impérieuses d'intérêt général »⁽⁹¹⁾. Y satisfait la « protection des travailleurs »⁽⁹²⁾. Encore faut-il que la revendication ne soit pas excessive. Tel est le cas si la grève a pour objet d'imposer le respect d'une convention collective de branche d'un État à un employeur étranger (mais ressortissant de l'Union européenne) détachant ses salariés sur le territoire de cet État alors que la directive n° 96/71 ne l'oblige pas à appliquer ladite convention⁽⁹³⁾. L'objet de la grève est circonscrit : la « revendication » n'est légitime que lorsqu'elle se borne à exiger l'application du droit positif. Elle se confond avec la « réclamation » au sens du droit français. L'importante restriction apportée au droit de grève par la Cour de justice, que le juge national a l'obligation d'appliquer lorsque l'action collective présente une dimension « européenne », invite le juge français à renouer avec la position naguère adoptée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Ce mouvement a commencé : certains juges du fond censurent les grèves fondées sur des revendications qui ne peuvent, objectivement, être satisfaites par l'employeur⁽⁹⁴⁾.

S'agissant des moyens, la licéité de la grève suppose le recours à des modalités proportionnées. L'action menée doit garantir « la réalisation de l'objectif poursuivi »⁽⁹⁵⁾ sans porter à une autre liberté fondamentale une atteinte qui excéderait « ce qui est nécessaire » pour parvenir à cet objectif⁽⁹⁶⁾. Apparaît excessive la grève, survenue en Finlande, qui a pour but d'empêcher un armateur d'immatriculer ses navires dans un autre État membre, dès lors qu'il est relevé : 1) soit que

(89) TFUE, art. 153, § 5.

(90) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *International Transport workers' Federation et a. c/ Viking Line ABP et a.* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 10779 ; *JCP S* 2008, 1086, note J. Cavallini ; *RJS* 3/2008, p. 182, chron. H. Tissandier. – CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 11767 ; *RJS* 3/2008, p. 179, chron. E. Lafuma ; *RJS* 07/2008, p. 601, chron. J.-Ph. Lhernould ; *JSL* 2008, n° 228, p. 4, note J.-Ph. Lhernould ; *JCP S* 2008, 1087, note J. Cavallini. – V. not. B. Teyssié, *Esquisse du droit communautaire des conflits collectifs* : *JCP S* 2008, 1075.

(91) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking*, préc., n° 77. – CJCE, 18 déc. 2007, aff. 341/05, *Laval*, préc., n° 93 et 103.

(92) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking*, préc., n° 77. – CJCE, 18 déc. 2007, aff. 341/05, *Laval*, préc., n° 93 et 103.

(93) CJCE, 18 déc. 2007, aff. 341/05, *Laval*, préc., n° 108. En vertu de la directive n° 96/71, seules les conventions collectives déclarées d'application générale doivent être respectées aux côtés de la loi au titre du noyau dur de règles applicables aux salariés détachés dans le cadre d'une prestation de services. Or les autorités suédoises, à l'époque des faits, n'avaient pas procédé à l'extension de la convention collective litigieuse.

(94) TGI Marseille, réf., 4 juill. 2005, *SAS Nestlé France c/ S. Careghi et a.* : *JCP S* 2005, 1077, où la grève suppose que l'employeur ne soit pas « dans l'impossibilité manifeste de donner suite » aux revendications affichées. – TGI Marseille, réf., 4 nov. 2005 ; *JCP S* 2005, 1358 ; *Dr. ouvrier* 2005, p. 513, obs. E. Aubin, E. Gayat et A. de Senca, où l'entreprise visée par le mouvement de grève n'avait pas « la capacité juridique de donner satisfaction à la revendication » exprimée. – *Adde*, CA Aix-en-Provence, 1^{er} ch., 21 mars 2006 : *JCP S* 2006, 1821, note S. Darmaisin ; *Dr. soc.* 2006, p. 888, obs. E. Dockès ; *Dr. ouvrier* 2006, p. 430, obs. E. Millard (arrêt cassé par l'arrêt : *Cass. soc.*, 23 oct. 2007, n° 06-17.802, préc.).

(95) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking*, préc., n° 74 et 90. – CJCE, 18 déc. 2007, aff. 341/05, *Laval*, préc., n° 101.

(96) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking*, préc., n° 74 et 90. – CJCE, 18 déc. 2007, aff. 341/05, *Laval*, préc., n° 101.

l'employeur a pris l'engagement (juridiquement contraignant)⁽⁹⁷⁾ d'assurer aux salariés des conditions de travail identiques avant et après l'opération⁽⁹⁸⁾ ; 2) soit que les salariés et leur syndicat n'ont pas tenté au préalable d'obtenir par d'autres voies moins attentatoires aux libertés, notamment *via* la négociation collective, satisfaction de leurs revendications, ce dont il leur appartient de rapporter la preuve⁽⁹⁹⁾. Dans les deux cas, est sanctionné l'excès du recours à la grève. Le contrôle de proportionnalité, imposé à l'égard des grèves d'ampleur « européenne », pourrait inspirer le juge national saisi d'un litige dans un cadre hexagonal. Compétence pourrait être reconnue au juge des référés pour apprécier si la grève n'entraîne pas un trouble manifestement illicite et suspendre celle-ci le cas échéant⁽¹⁰⁰⁾. Outre que la distinction entre les situations strictement « nationales » et celles dans lesquelles la grève affecte le jeu des libertés proclamées par le traité de Rome peut, en pratique, se révéler délicate, il n'est pas opportun que persistent de trop amples différences dans le régime du droit de grève selon le champ dans lequel il s'inscrit⁽¹⁰¹⁾. Durant combien de temps sera-t-il possible, sauf à envoyer sur la scène internationale une image figée des règles de droit du travail, de traiter différemment les entreprises dont l'activité a un caractère transfrontalier et celles qui ne déploient leur activité que sur le sol français ?

297. – **Correction.** Jadis reconnu par les tribunaux français⁽¹⁰²⁾, le *lock-out*⁽¹⁰³⁾ fait désormais l'objet d'une prohibition de principe. Les arguments avancés au soutien de ce revirement sont discutables. Le premier séduit par la rhétorique utilisée, mais déçoit juridiquement : il serait « impossible d'admettre à la fois la régularité de principe de la grève et du *lock-out* puisque celui-ci a pour objet de paralyser celle-là »⁽¹⁰⁴⁾. Les conflits de droits n'ont pourtant jamais empêché la recherche de leur conciliation. Le second argument repose sur une lecture erronée des textes. Ni le traité de Rome⁽¹⁰⁵⁾ ni la Charte sociale européenne⁽¹⁰⁶⁾ n'apporteraient soutien à la reconnaissance du droit de *lock-out* : le premier car il interdit l'harmonisation des législations nationales sur ce thème⁽¹⁰⁷⁾ ; la seconde car elle prohibe la régression des droits nationaux⁽¹⁰⁸⁾. La schizophrénie du législateur européen est postulée : il vise le droit de *lock-out* mais exclut sa garantie. L'analyse est intenable. L'incompétence du législateur européen pour organiser le régime du droit de grève n'a pas empêché la

(97) Cette condition, qu'il appartient aux juges nationaux de contrôler, ne pose guère de difficultés en droit français, lequel reconnaît la portée obligatoire de l'engagement unilatéral de l'employeur (V. not. Cass. soc., 25 nov. 2003, n° 01-17.501, *BSN-Glasspack* : *Bull. civ.* 2003, V, n° 294 ; *JCP G* 2004, I, p. 163, n° 6, note G. Viney).

(98) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking*, préc., n° 82.

(99) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking*, préc., n° 82.

(100) Cass. ass. plén., 4 juin 1986, n° 94-15.735, préc.

(101) B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, n° 1729, p. 905. – R. Vatinet, *Un nouveau droit des conflits du travail ?* : *Dr. soc.* 2008, p. 671, *in fine*.

(102) Cass. civ., 17 nov. 1926 : *DP* 1927, 1, 33.

(103) Sur le sujet, V. not. B. Teyssié, *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014, n°s 1911 et s., p. 985 ; *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n°s 1118 et s., p. 483.

(104) G. Lyon-Caen, *Le lock-out* : *Dr. ouvrier* 1950, p. 55. – Adde, H. Sinay et J.-C. Javillier, *La grève*, in G.-H. Camerlynck (ss dir.), *Traité de droit du travail*, Dalloz, 2^e éd. 1984, n° 310, p. 462, relevant que « la grève ne reste un droit efficace que si le *lock-out*, lui, n'est pas érigé en droit ».

(105) D. Boulmier, *Lock-out : conséquence d'un lock-out illicite* : *Dr. soc.* 2014, p. 292.

(106) M. Petit, *Le lock-out, mesure de rétorsion illégale* : *RPDS* 1975, p. 102.

(107) TFUE, art. 153, § 5.

(108) Charte sociale européenne (révisée), 1996, art. H (anc. art. 32).

Cour de justice de l'Union européenne de le hisser au rang de « droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire »⁽¹⁰⁹⁾. Le droit de *lock-out* peut prétendre au même traitement. L'application de la Charte sociale européenne cède non devant les dispositions du droit interne plus favorables « aux salariés », mais devant celles plus favorables « aux personnes protégées », ce qui inclut les employeurs⁽¹¹⁰⁾.

298. – L'utilisation des normes supranationales pour refonder le droit de *lock-out* présente trois qualités.

Elle a l'avantage de la légitimité. La mobilisation par la Cour de cassation de textes supranationaux est discutable lorsque les instruments nationaux permettent de fonder l'évolution des solutions françaises ou lorsque cette dernière n'est pas imposée par le droit supranational. Dans le premier cas, le juge nie la qualité du droit interne ; dans le second, il excède sa mission. Diverses sources européennes protègent le droit de *lock-out*⁽¹¹¹⁾. Rien n'exclut donc de les invoquer au soutien de son admission en droit français.

L'emploi des normes supranationales assure l'impartialité du juge ; la reconnaissance, par lui, des droits fondamentaux ne doit pas résulter d'un choix arbitraire qu'il opérerait entre ceux qui seraient dignes d'intérêt et les autres.

L'invocation des sources supranationales préserve la légalité. Un droit fondamental peut être limité dans son exercice, non dans son existence⁽¹¹²⁾. La prohibition de principe du *lock-out* demeure injustifiée.

299. – Son accession au rang de droit implique quelques corrections⁽¹¹³⁾. *De lege lata*, la « situation contraignante »⁽¹¹⁴⁾ constitue un motif exonératoire de la responsabilité de l'employeur qui, en prononçant le *lock-out*, commet une faute contractuelle. *De lege feranda*, la licéité de principe du *lock-out* imposera d'analyser les composantes de la situation contraignante au titre de l'abus de droit. La variation n'est pas que d'ordre sémantique. Elle emporte sur le plan méthodologique l'abandon de l'appréciation rigide des composantes de la situation contraignante, sans lequel il n'est point d'authentique droit fondamental. Encore timide à l'égard du motif pris de l'atteinte à la sécurité des personnes et des biens⁽¹¹⁵⁾, la Cour

(109) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking*, préc., n° 44. – CJCE, 18 déc. 2007, aff. 341/05, *Laval*, préc., n° 91.

(110) En ce sens, V. G. Duchange, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, thèse, ss dir. B. Teysié, LexisNexis, coll. « Planète social », 2014, n° 132, p. 95.

(111) TFUE, art. 153, § 5 (issu de l'accord européen relatif à la politique sociale du 7 février 1992) ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 28 ; Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, art. 13 ; Charte sociale européenne, art. 6 (Le Comité européen des droits sociaux reconnaît conforme à la Charte le système allemand où les juges, tout en admettant qu'« une interdiction totale du *lock-out* ne serait pas conforme aux principes fondamentaux du droit du travail », reconnaissent la légalité du *lock-out* défensif pour des raisons de parité de moyens entre les deux parties, mais excluent celle du *lock-out* « offensif » : CEDS, concl. XVI-1, Allemagne, art. 6-4, 30 nov. 2001 : <http://www.coe.int>).

(112) CEDH, 2 oct. 2014, req. n° 10609/10, *Mattely c/ France*, § 57. – CEDH, 2 oct. 2014, req. n° 32191/09, *Adefdromil c/ France*, § 43. – CEDH, 12 nov. 2008, req. n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, § 97 : *Rec. CEDH* 2008, V.

(113) Est exclu des développements le mécanisme de l'exception d'inexécution : il n'est pas une manifestation du droit fondamental de *lock-out* mais une déclinaison travailliste d'un outil civiliste.

(114) Cass. soc., 30 sept. 2005, n° 04-40.193, *Sté Atofina c/ M. A.* : *Bull. civ.* 2005, V, n° 277, p. 241 ; *RJS* 12/2005, n° 1247 ; *JCP S* 2005, 177, note S. Miara.

(115) La situation contraignante est caractérisée lorsque la fermeture des locaux est indispensable « pour assurer la sécurité des usagers et des installations » (Cass. soc., 7 nov. 1990, n° 89-44.264, *Régie des transports de Marseille c/ M. S.* : *Bull. civ.* 1990, V, n° 518 ; *RJS* 12/1990, n° 1016). La Cour de cassation admet restrictivement ce motif : 1) en limitant son admission aux situations dans lesquelles est rendue « impossible la reprise de l'activité » (Cass. soc., 9 oct. 1997,

de cassation s'est récemment montrée plus téméraire au regard du critère tiré de la paralysie du fonctionnement de l'entreprise⁽¹¹⁶⁾. Doit être encouragé l'abandon par le juge, pour en apprécier les contours, de la démonstration par l'employeur de l'impossibilité absolue de fournir aux non grévistes des tâches supplétives⁽¹¹⁷⁾ (ce qui se rapproche de la *probatio diabolica*), au profit de la preuve, plus mesurée, mais exigeante, de l'existence de conditions de travail anormales (lesquelles ne peuvent, à l'évidence, résulter de la seule gêne que constitue la grève, mais doivent être identifiées à partir d'un faisceau d'indices, comme le fait qu'un nombre important de salariés refusent de se soumettre à l'autorité de leur employeur, privé de surcroît de la maîtrise des outils comptables de l'entreprise et du libre accès à ses locaux)⁽¹¹⁸⁾.

La charge de la preuve doit aussi être redéfinie. Il appartient à celui qui conteste l'usage d'un droit d'en rapporter la preuve. Le poids de celle-ci, au titre de l'établissement de la situation contraignante, ne devra plus uniquement peser sur l'employeur. Il sera toutefois impossible de l'exiger uniquement des personnes qui discutent la légitimité du *lock-out*. Ce dernier intervenant en réaction à l'utilisation du droit de grève, l'employeur doit démontrer que son action y porte une atteinte légitime et proportionnée. La promotion du droit de *lock-out* n'implique donc pas un renversement de la charge de la preuve, mais un partage de celle-ci.

§ 2. – Égalité

300. – Protection, promotion. L'égalité appartient à la catégorie des concepts que le législateur aurait pu penser être à l'abri de l'influence des normes supranationales : elle a la force des notions anciennes dans lesquelles sont souvent placées les certitudes. Sa texture ouverte expose néanmoins son sens aux variations. Le droit français consacre traditionnellement une vision stricte de l'égalité, excluant les traitements différenciés entre personnes selon des motifs prohibés. Les normes supra-

n° 95-44.645, *Sté Isoroy, établissement de Labruguière c/ M. G. et a.*, non publié au bulletin) ; 2) en limitant sa propre compétence au profit de l'appréciation souveraine des juges du fond. Dans une affaire où l'employeur avait fermé son entreprise et invoquait la sauvegarde de la sécurité des salariés non grévistes qui, soumis à la pression des grévistes, avaient subi des insultes et des jets de projectiles à leur entrée dans les locaux, la Cour de cassation s'en remet au pouvoir d'appréciation du juge du fond qui avait relevé « qu'aucune voie de fait ne pouvait être tenue pour constituée ni qu'aucune situation d'insécurité ou d'atteinte aux personnes n'était établie », ce dont il pouvait déduire « que la fermeture de l'entreprise était illicite et constitutive d'une entrave à l'exercice du droit de grève » (Cass. soc., 17 déc. 2013, n° 12-23.006, *Sté Michelin c/ M. A.* : JCP S 2014, 1117, note R. Vatinet. – *Adde*, Cass. soc., 9 oct. 1997, n° 95-44.645, préc.). La sensibilité de la Cour de cassation à « l'effectivité » de l'obligation de sécurité de résultat (Cass. soc., 28 févr. 2006, n° 05-41.555, *M. D. c/ Sté Cubit France technologies* : Bull. civ. 2006, V, n° 87 ; RJS 5/2006, n° 555. – Cass. soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914, *M. B. c/ M. B.* : Bull. civ. 2006, V, n° 223 ; RJS 8-9/2006, n° 916) doit aussi se porter sur les terres du *lock-out*. Il n'est pas pertinent de développer la portée de l'obligation de sécurité sans reconnaître à l'employeur les moyens de la respecter et de la faire respecter.

(116) Cass. soc., 11 juill. 1989, n° 86-42.020, *M. A. c/ Seita* : RJS 10/1989, n° 796.

(117) Ne se trouve pas dans une situation contraignante le libérant de son obligation de fournir du travail l'employeur qui ne rapporte pas la preuve qu'il est dans l'impossibilité de fournir aux salariés non grévistes des tâches supplétives en rapport avec l'exécution de leur contrat de travail, même s'il est contraint, du fait de la grève, d'arrêter totalement les installations en raison d'impératifs de sécurité (Cass. soc., 30 sept. 2005, n° 04-40.193, *Sté Atofina c/ M. A.* : Bull. civ. 2005, V, n° 277, p. 241 ; RJS 12/2005, n° 1247).

(118) Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-26.600 et s., *M. C. c/ Assoc. de formation des entreprises dite ASFO Guadeloupe* : Bull. civ. 2014, V, n° 84 ; RJS 6/2014, n° 517 ; JCP S 2014, 1230, note E. Jeansen.

nationales, spécialement celles d'origine européenne⁽¹¹⁹⁾, consacrent cette approche de l'égalité (I) et lui en agrègent une autre, plus souple, selon laquelle l'égalité doit être concrètement promue (II). La protection de ces figures de l'égalité entraîne une rénovation des méthodes de caractérisation des discriminations⁽¹²⁰⁾. Le caractère consenti de la réception des normes en droit français (la Cour de cassation n'hésite pas en ce domaine à se référer directement à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne)⁽¹²¹⁾ n'empêche pas l'apparition de difficultés.

I. – Protection de l'égalité

301. – Réception. Le droit de l'Union européenne a bouleversé les méthodes probatoires. Le mécanisme est désormais bien connu : par dérogation au droit commun de la preuve, il incombe à la partie qui se prétend victime d'une discrimination d'apporter les éléments de fait laissant supposer celle-ci (A), à charge ensuite pour le défendeur de justifier la différence de traitement opérée (B). Les bases de l'édifice sont simples à comprendre. Son architecture est plus complexe : la Cour de justice rappelle régulièrement le sens à donner aux règles posées, forçant le droit français à y confronter les solutions nationales pour en vérifier la pertinence. La construction du droit du travail français est un processus inachevé... et probablement inachevable tant elle est liée à celle du droit supranational.

302. – Diffusion. Manifestation du caractère consenti de la réception du droit supranational en droit français, le législateur a étendu, sans y être obligé, le mécanisme du quasi-renversement de la charge de la preuve à d'autres domaines, tels le harcèlement moral et sexuel⁽¹²²⁾ et la dénonciation de faits de corruption⁽¹²³⁾. Le juge a aussi procédé à son extension, mais sur sa seule initiative, en matière d'égalité de traitement⁽¹²⁴⁾ (non discriminatoire) et d'atteinte commise par l'employeur

(119) Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, « portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail » ; JOCE n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16. – Dir. n° 2000/43/CE, 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 » : JOCE n° L 180, 19 juill. 2000, p. 22. – Dir. n° 2006/54/CE 5 juill. 2006, « relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) » : JOUE n° L 204, 26 juill. 2006, p. 23.

(120) Il est parfois affirmé que le droit de l'Union européenne ne distingue pas la discrimination de l'inégalité de traitement. L'assertion est partiellement fautive. Elle est exacte pour signifier que seules les différences de traitement fondées sur un critère discriminatoire sont prohibées. Elle manque toutefois de justesse car le droit de l'Union européenne n'emploie pas indistinctement les deux termes : 1) les inégalités fondées sur un critère non discriminatoire ne sont pas des discriminations (V. Dir. n° 2000/78, art. 1) ; 2) les inégalités fondées sur un critère discriminatoire ne sont pas non plus des discriminations lorsqu'elles sont justifiées, c'est-à-dire lorsque la différence de traitement poursuit un objectif légitime d'une manière proportionnée (V. not. CJUE, 12 oct. 2010, aff. C-45/09, *Rosenblatt* : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 9391 ; JCP S 2010, 1480, note J. Cavallini). La discrimination ne renvoie donc, au sens strict, qu'à l'inégalité injustifiée. La Cour européenne des droits de l'homme adopte une interprétation similaire, décidant qu'« une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 (de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) si elle manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (V. not. CEDH, 12 avr. 2006, req. n°s 65731/01 et 65900/01, *Stec* : *Rec. CEDH* 2006, VI ; JCP S 2006, 1408, note J. Cavallini).

(121) V. not. Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 10-18.341, *M. H. c/ Sté Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 194 et Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 12-20.864, *M^{me} G. c/ Éts Unité réseau gaz Paris et a.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 195 ; JCP S 2015, 1048, note E. Jeansen.

(122) C. trav., art. L. 1154-1.

(123) C. trav., art. L. 1161-1.

(124) Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680, *Sté Delzongle c/ Ponsolle* : *Bull. civ.* 1996, V, n° 359 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1013, obs. A. Lyon-Caen. – Cass. soc., 30 janv. 2008, n° 06-46.447 et s. ; JCP S 2008, 1274, note J.-F. Cesaro. – Cass. soc., 9 déc. 2014, n°s 13-16.045 et 13-16.731, *M. L. c/ EDF*, à paraître au bulletin ; *RJS* 2/2015, n° 152.

au droit des salariés d'agir en justice⁽¹²⁵⁾. Le juge conforte, dans ce dernier cas, son analyse en visant l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales. La diffusion pourrait, à terme, concerner toutes les atteintes portées aux droits fondamentaux. Des risques en découleraient : la relative indétermination d'une catégorie nuit à la prévisibilité du droit ; l'anéantissement de la présomption de bonne foi contractuelle entrave la marche de l'entreprise.

A. – Identification des différences de traitement

303. – Les autorités nationales, spécialement le juge, bâtissent le régime des discriminations au fil des interprétations retenues par la Cour de justice des directives européennes. La méthode téléologique qu'elle pratique permet à celle-ci d'élargir le champ des discriminations et de faciliter leur reconnaissance. La Cour de cassation est invitée à enrichir le sens de la loi. L'exercice révèle les difficultés attachées à l'interprétation du droit interne à la lumière du droit européen. Trois illustrations en donnent la mesure, selon que l'exercice est aisé, compliqué ou prohibé.

304. – **Discrimination « sans comparaison »**. L'interprétation du droit national à la lumière du droit européen est aisée lorsque la loi, par la texture ouverte de ses termes, autorise des lectures variées. Les directives définissent la discrimination à la lumière du traitement « moins favorable » que subit une personne par rapport à une autre dans « une situation comparable ». La démonstration semble impliquer un exercice de confrontation. En dépit des termes, la Cour de justice de l'Union européenne admet l'existence de discriminations sans comparaison⁽¹²⁶⁾. L'article L. 1132-1 du Code du travail n'exclut pas cette solution. Procéder à son interprétation conformément au droit européen est possible⁽¹²⁷⁾. La Cour de cassation n'a d'ailleurs pas attendu la Cour de justice⁽¹²⁸⁾.

305. – **Discrimination « sans victime »**. L'interprétation conforme est plus difficile à déployer lorsque le juge interne est sommé par la Cour de justice d'observer des règles qu'elle semble estimer inutile de respecter elle-même. Alors que la lettre des directives paraît l'exclure⁽¹²⁹⁾, la Cour de justice retient l'existence des discrimina-

(125) Cass. soc., 6 févr. 2013, n°s 11-11.740 et 11-11.742 et s., *M. K. et a. c/ SA Sté France Télécom et a.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 27 ; *Dr. soc.* 2013, p. 415, obs. J. Mouly ; *RDT* 2013, p. 630, note P. Adam ; *RDT* 2014, p. 58, note V. Orif ; *JCP S* 2013, 1385, note F. Bousez.

(126) CJUE, 25 avr. 2013, aff. C-81/12, *Accept* : *Rec. CJUE* 2013 ; *RJS* 07/2013, p. 442, note A. Gardin.

(127) Cass. soc., 12 juin 2013, n° 12-14.153, *M. R. c/ Sté Samsic sécurité* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 152 ; *RJS* 8-9/2013, n° 616 ; *JCP S* 2014, 1202, note D. Picque (« l'existence d'une discrimination n'implique pas nécessairement une comparaison avec la situation d'autres salariés » ; le traitement désavantageux subi par un responsable syndical en matière de formation et de rémunération peut être retenu, peu important que des salariés exerçant des mandats syndicaux aient pu bénéficier des mesures favorables litigieuses).

(128) Cass. soc., 20 févr. 2013, n° 10-30.028, *CPAM des Alpes-Maritimes c/ Mme E. et a.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 54 ; *RJS* 5/2013, n° 383 ; *JCP S* 2013, 1184, note T. Lahalle (l'employeur ne peut pas prendre en compte les absences du salarié liées à ses activités syndicales pour arrêter ses décisions en ce qui concerne notamment la formation professionnelle, l'avancement et la rémunération). – Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 08-42.286, *M. A. c/ SARL Le Soleil du Roucas Blanc* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 245 ; *RJS* 1/2010, n° 4 (est discriminatoire la proposition faite au salarié de changer son prénom au motif qu'il est de consonance étrangère en dépit du fait que quatre salariés de l'entreprise, au moment de la signature du contrat, se prénommaient Mohamed).

(129) Les différentes directives européennes définissent la discrimination directe comme celle qui se produit lorsqu'« une personne » « est traitée » de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable » sur la base d'un critère discriminatoire identifié (V. not. *Dir. n° 2000/43/CE*, art. 2, § 1, a) ; *Dir. n° 2000/78*, art. 2, § 2, a) ; *Dir. n° 2006/54/CE*, art. 2, § 1, a).

tions « sans victime ». Tel est le cas lorsque l'employeur admet publiquement, directement (par ses propos)⁽¹³⁰⁾ ou indirectement (par le silence gardé face au comportement qu'autrui lui prête)⁽¹³¹⁾, ne pas souhaiter recruter certaines personnes en raison d'un motif discriminatoire, peu important qu'aucune victime ne puisse être précisément identifiée. Le juge interne est apparemment soumis à une injonction contradictoire : obligation d'intégrer l'interprétation développée par la Cour de justice mais interdiction de pratiquer l'interprétation conforme lorsque la lettre des textes nationaux s'y oppose. Néanmoins, si l'on considère que la Cour de justice n'a procédé qu'à une interprétation extensive de la directive sans aller jusqu'à la dénaturer, le juge national peut en faire autant à l'égard du droit national, sous réserve que ce dernier n'énonce pas une solution contraire. La reconnaissance de la discrimination « sans plaignant » s'inscrit dans ce schéma. L'article L. 1142-1 du Code du travail, en interdisant de « mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe ou la situation de famille du candidat recherché », ferme la voie à la pleine interprétation conforme en raison du caractère limitatif des critères prohibés qu'il énumère. En revanche, l'article L. 1132-1 du même code, décidant qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement » en raison d'un critère discriminatoire, n'est pas différent du texte de la directive ; l'interprétation conforme devrait être possible⁽¹³²⁾. La nomenclature européenne est préservée⁽¹³³⁾. La Cour de cassation a, pour l'heure, puisé le fondement de la condamnation en dehors du Code du travail en visant l'article 225-2, 5° du Code pénal sanctionnant l'auteur de toute offre d'emploi subordonnée à un élément discriminatoire⁽¹³⁴⁾.

306. – Discrimination « par association ». La réception des solutions européennes provoque une adaptation du droit français lorsque l'interprétation conforme est permise. À défaut, elle suscite son inflexion. En offre illustration la reconnaissance par la Cour de justice de l'Union européenne de la discrimination « par association ». Interprétant la directive n° 2000/78, elle décide que l'interdiction de la discrimination directe n'est pas limitée aux seules personnes handicapées mais s'étend à

(130) CJCE, 10 juill. 2008, aff. C-54/07, *Feryn* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 05187 ; *JCP S* 2008, 1520, note J. Cavallini.

(131) CJUE, 25 avr. 2013, aff. C-81/12, *Asociatia Accept* : *Rec. CJUE* 2013 ; *RJS* 07/2013, p. 442, note A. Gardin.

(132) Un doute est toutefois permis car une légère différence subsiste entre les textes. Le droit français vise une personne qui est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été « ou ne l'aura été dans une situation comparable » ; le droit européen est plus large en énonçant « ou ne le serait dans une situation comparable ». Cette différence pourrait freiner l'interprétation conforme (V. not. H. Tissandier, *Une discrimination condamnable même sans victime* : *RJS* 11/2008, p. 885, note ss CJCE, 10 juill. 2008, *Centrum*, préc.).

(133) L'admission de la discrimination « sans plaignant » soulève, au second plan, la question de son invocabilité. L'action en justice, ouverte au défenseur des droits, demeure limitée pour les organisations syndicales. Ne leur est offerte (sous réserve qu'elles soient représentatives), dans le champ des discriminations, que l'action en substitution consistant à exercer à sa place les droits d'un salarié ou d'un candidat à l'emploi. L'article L. 1134-2 du Code du travail ne semble permettre aucune interprétation à la lumière du droit européen lorsqu'aucune victime n'est identifiée (la solution vaut aussi pour les associations régulièrement constituées depuis cinq ans au moins pour la lutte contre les discriminations ou œuvrant dans le domaine du handicap : C. trav., art. L. 1134-3). Pourrait en revanche être admise l'action en défense de l'intérêt collectif de la profession (C. trav., art. L. 2132-3) et, pour les associations, des intérêts collectifs entrant dans leur objet social (Cass. 2^e civ., 5 oct. 2006, n° 05-17.602, *Assoc. d'information et de défense des riverains de la carrière de Luche-Thouarsais et a. c/ Sté Carrière de Luche* : *Bull. civ.* 2006, II, n° 255, p. 238. – Cass. 3^e civ., 26 sept. 2007, n° 04-20.636, *SCI Les Chênes c/ Assoc. Rempart pour le site de Thouzon et a.* : *Bull. civ.* 2007, III, n° 155 ; *Environnement* 2007, 63, obs. M. Boutonnet).

(134) Cass. crim., 23 juin 2009, n° 07-85.109, *Sté Adecco Travail Temporaire* : *Bull. crim.* 2009, n° 126 ; *RJS* 10/2009, n° 819 ; *JCP S* 2009, 1502, note Y. Pagnerre. – Est discriminatoire l'offre d'emploi qui repose sur un critère d'origine excluant, sans motif légitime, les personnes non européennes ou de couleur (offre contenant la mention « bbr », abréviation de « bleu blanc rouge », sur le profil des hôtesses recherchées pour une animation de produits coiffants).

leurs proches⁽¹³⁵⁾. La solution a vocation à concerner tous les motifs de discrimination. La législation interne ne semble pas conforme. Les règles qu'elle abrite ont un champ insuffisant : les proches de la personne handicapée doivent bénéficier d'aménagements d'horaires individualisés mais rien n'est dit sur la discrimination dont ils peuvent être victimes⁽¹³⁶⁾ ; l'interdiction des discriminations fondées sur la situation de famille⁽¹³⁷⁾ ne permet pas d'aboutir exactement aux mêmes résultats que la discrimination par ricochet, car elle exclut la protection des proches qui ne sont pas membres de la famille. La technique de l'interprétation conforme peut-elle être déployée ? Surgit à nouveau le problème de l'identification de ses limites. La Cour de justice remarque que la directive n'exclut pas explicitement la discrimination par association, ne réservant pas sa protection aux seules personnes « présentant » les caractéristiques qu'elle couvre. Le juge européen ne viole donc pas la directive en décidant qu'elle protège les personnes « souffrant » de la prise en compte de motifs prohibés. L'article L. 1132-1 du Code du travail n'autorise pas la même interprétation : il vise la discrimination subie par une personne en raison de « son » handicap ou d'une autre caractéristique qui lui est propre. Le droit français subit une inflexion. Elle est tempérée, sans être complètement écartée, par la possibilité de sanctionner les comportements portant atteinte aux victimes par ricochet d'une discrimination sur le fondement du harcèlement moral⁽¹³⁸⁾.

B. – Justification des différences de traitement

307. – Le droit de la non-discrimination est régi par de multiples normes. Elles prennent la forme, en droit interne, de lois et de conventions collectives et, en droit supranational, de directives, traités, règlements et conventions. Surgit un problème d'articulation des sources, aggravé par les incertitudes liées à l'applicabilité du droit de l'Union européenne. Plusieurs situations peuvent être distinguées selon que l'employeur a opéré une différence de traitement spontanée (1°) ou autorisée par la loi (2°) ou la convention collective (3°). Méritent en tout état de cause une attention particulière les différences de traitement liées à l'âge, tant elles nourrissent le contentieux et intéressent les politiques sociales et de l'emploi.

1° Différence de traitement décidée par l'employeur

308. – **Justification autonome.** La situation se présente simplement : l'employeur (ou toute entité de nature privée, tels un syndicat ou une association) n'agit pas sur le fondement d'un texte spécial l'autorisant à pratiquer une différence de traitement mais inscrit sa décision dans le champ des textes généraux l'obligeant à apporter la preuve qu'il n'a pas commis de discrimination ou que la différence de traitement opérée – sur le fondement d'une exigence professionnelle⁽¹³⁹⁾ ou de l'âge⁽¹⁴⁰⁾ – pour-

(135) CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06, *Coleman* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 05603 ; *RJS* 2008, p. 883, note M. Le Barbier-Le Bris ; *JCP S* 2008, 1549, note J. Cavallini.

(136) C. trav., art. L. 3122-26.

(137) C. trav., art. L. 1132-1.

(138) C. trav., art. L. 1152-1 et L. 1152-2.

(139) C. trav., art. L. 1133-1.

(140) C. trav., art. L. 1133-2.

suit un objectif légitime selon des moyens proportionnés. L'employeur mettant en œuvre un plan de sauvegarde de l'emploi unilatéralement adopté faisant varier le montant des indemnités de licenciement selon l'âge des salariés doit justifier la différence établie.

309. – Justification légitime. Bien qu'autonome, la justification doit être légitime : l'intérêt privé est exclu⁽¹⁴¹⁾ au profit, notamment, du « souci de préserver la santé ou la sécurité des travailleurs, de favoriser leur insertion professionnelle, d'assurer leur emploi, leur reclassement ou leur indemnisation en cas de perte d'emploi »⁽¹⁴²⁾. Est valable la réduction, prévue dans un plan de sauvegarde de l'emploi, des indemnités de licenciement des salariés les plus âgés et la majoration de celle des plus jeunes dès lors que les salariés qui bénéficient d'une préretraite se trouvent, après leur licenciement, dans une situation de précarité moindre que les salariés en activité qui perdent, après la rupture de leur contrat de travail, l'intégralité de leur salaire, donc l'essentiel de leurs revenus⁽¹⁴³⁾. Le législateur partage avec l'entreprise la charge de la politique de l'emploi. Il ne doit pas l'oublier lorsqu'il songe à adopter des dispositifs générateurs, pour celle-ci, d'un certain nombre de contraintes.

2° Différence de traitement opérée par application de la loi

310. – Conformité de la loi. Voici un employeur autorisé par la loi à procéder à une différence de traitement. Un salarié affecté par la mesure prise présente des éléments de fait laissant supposer une discrimination. L'employeur a-t-il l'obligation de justifier la différence de traitement alléguée ? La réponse apportée par la Cour de cassation varie. Relativement à la rupture du contrat fondée sur l'âge du salarié, elle déploie une méthode différente selon que la mesure est prévue dans le cadre de régimes spéciaux ou du régime général de mise à la retraite.

311. – La Cour de cassation est sévère à l'égard des régimes spéciaux de retraite. La validité de la décision de l'employeur est soumise au franchissement de deux étapes de vérification. La première est liée au contrôle de la conformité de la loi (ou du décret) au droit européen. Si elle ne poursuit pas un objectif légitime ou ne met pas en œuvre un moyen proportionné (étant observé que les États disposent d'une large marge d'appréciation en choisissant les moyens susceptibles de réaliser les objectifs de leur politique sociale)⁽¹⁴⁴⁾, la décision de l'employeur est discriminatoire⁽¹⁴⁵⁾. Il n'y a là rien d'étonnant. Encore faut-il que la règle européenne violée soit

(141) Cass. soc., 17 mars 2015, n° 13-27.142, *M. P. c/ Synd. national des moniteurs du ski Français*, à paraître au bulletin (« la prise en compte d'un intérêt purement individuel et propre à la situation des écoles de ski désireuses de répondre à la demande de la clientèle ne [peut] être considérée comme légitime au regard des articles 6 de la directive n° 2000/78 et L. 1133-2 du Code du travail », pour justifier la réduction d'activité des moniteurs de ski à partir de 62 ans organisée par les statuts du syndicat national des moniteurs du ski français et ayant vocation à être intégrée dans les conventions signées entre les écoles de ski français locales et les moniteurs de ski).

(142) C. trav., art. L. 1133-2. – *Adde*, Dir. n° 2000/78, art. 6, § 1, visant « notamment » « des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle ».

(143) Cass. soc., 5 déc. 2012, n° 10-24.204 et 10-24.219, *Lloret c/ Sté Nestlé France* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 321 ; *RJS* 2/2013, n° 103.

(144) CJCE, 5 mars 2009, aff. C-388/07, *Age Concern England*, pt 51 : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 01569 ; *RDT* 2009, p. 385, note M. Schmitt ; *RJS* 06/2009, p. 443, note M. Le Barbier-Le Bris. – CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold*, pt 63 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 9981 ; *JCP S* 2005, 1414, note J. Cavallini.

(145) Cass. soc., 11 mai 2010, n° 08-45.307, *Vlimant c/ SA Brit air* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 105 ; *RJS* 7/2010, n° 582, 2^e esp. et Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 11-13.795, *Sté Brit Air c/ Legond* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 205 ; *RJS* 10/2012, n° 851 (à propos de la

d'effet direct pour sanctionner l'employeur de droit privé. La seconde étape de vérification porte sur la démonstration par l'employeur que la mesure prise, pour la catégorie d'emploi du salarié concerné, poursuit un objectif légitime selon un moyen proportionné⁽¹⁴⁶⁾. La formule manque de clarté. Elle n'est pas discutable si elle implique l'examen de la cohérence de la mesure patronale : celle-ci doit satisfaire aux conditions fixées par la loi ou le décret. Elle est critiquable si elle impose la démonstration par l'employeur que la mesure individuelle adoptée est effectivement justifiée : outre qu'elle donne à celui-ci le rôle du législateur, elle caractérise à rebours, en cas d'échec, l'inconventionnalité de la loi.

312. – La Cour de cassation est plus clémente à l'égard du régime général de mise à la retraite⁽¹⁴⁷⁾. La seconde étape du contrôle est supprimée. Puisque la loi qu'applique l'employeur est conforme à la directive, il n'a pas à justifier que la mesure individuelle adoptée, dès lors qu'elle satisfait aux conditions légales, poursuit un objectif légitime selon un moyen proportionné⁽¹⁴⁸⁾. La solution, louable, évite les critiques précédemment émises. La conformité de la loi à la Constitution, pour les mêmes raisons que celles invoquées lors du contrôle de conventionnalité, renforce probablement la démarche de la Cour de cassation⁽¹⁴⁹⁾. Relative à la mise à la retraite, la solution devrait être étendue à toutes les différences de traitement appliquées par l'employeur par autorisation législative, qu'elles soient ou non relatives à l'âge. Un double examen est donc imposé à l'employeur. Il doit d'abord s'assurer que la loi qu'il applique est conforme aux prescriptions du droit européen puis vérifier, dans la négative, si ce dernier est d'effet direct. À cette seule condition le salarié pourra, selon l'objet du contentieux, obtenir l'annulation de la mesure discriminatoire ou le bénéfice de la mesure dont il était privé.

rupture du contrat de pilotes de ligne ayant atteint l'âge de soixante ans par la société Brit Air intervenue conformément à l'article 421-9 du Code de l'aviation civile, lequel violait néanmoins la directive n° 2000/78 : le moyen déployé pour promouvoir l'objectif légitime d'embauche des travailleurs plus jeunes était disproportionné, les « travaux parlementaires établissant que la limitation à soixante ans de l'exercice du métier de pilote dans le transport aérien public permettrait l'embauche de 130 à 150 pilotes en 1995 alors que le nombre de jeunes pilotes déjà formés et sans emploi était de 1 200 »).

(146) Cass. soc., 11 mai 2010, n° 08-43.681, *M. C. c/ Epic Opéra national de Paris* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 105 ; *RJS* 7/2010, n° 582, 1^{re} esp. (à propos de la mise à la retraite à l'âge de soixante ans d'un employé de l'Opéra national de Paris, intervenue conformément au statut réglementaire, mais sans qu'il soit constaté que pour la catégorie d'emploi de ce salarié, la différence de traitement fondée sur l'âge était objectivement et raisonnablement justifiée par un objectif légitime et que les moyens mis en œuvre pour réaliser cet objectif étaient appropriés et nécessaires). – *Adde*, Cass. soc., 16 févr. 2011, n° 10-10.465, *SNCF c/ M. D.* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 50 ; *RJS* 5/2011, n° 477, p. 421 (à propos de la mise à la retraite d'office d'un salarié de la SNCF ayant atteint l'âge de cinquante-cinq ans). – Cass. soc., 16 févr. 2011, n° 09-72.061, *Lehocq c/ Sté RTE transport électrique Sud-Ouest EDF transport* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 52 ; *RJS* 5/2011, n° 474 (à propos de la mise à la retraite d'un salarié de RTE EDF ayant atteint l'âge de soixante ans).

(147) C. trav., art. 1237-5.

(148) Cass. soc., 26 nov. 2013, n°s 12-21.758 et 12-22.200, *Sté Européenne de produits de beauté c/ M. P.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 283 ; *JCP S* 2014, 1150, note B. Bossu (poursuivent un objectif légitime selon un moyen proportionné les « dispositions du Code du travail relatives à la mise à la retraite mettant en œuvre, dans un objectif de politique sociale, le droit pour chacun d'obtenir un emploi tout en permettant l'exercice de ce droit par le plus grand nombre et en subordonnant la mise à la retraite à la condition que le salarié bénéficie d'une pension à taux plein ». Ainsi, « dès lors que ces dispositions, de portée générale, satisfont aux exigences de la directive, il ne peut être imposé à l'employeur de justifier que leur mise en œuvre à l'égard d'un salarié qui remplit les conditions légales d'une mise à la retraite répond aux objectifs poursuivis »). – Cass. soc., 20 mai 2014, n° 12-29.565, *SAS Schneider Electric industries c/ M. C.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 125 ; *RJS* 8-9/2014, n° 625.

(149) Cons. const., 4 févr. 2011, n° 2010-98 QPC : *JO* 5 févr. 2011. – *Adde*, Cass. soc., 10 oct. 2014, n° 14-40.037, *Duplant c/ Lescop* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 237 ; *RJS* 1/2015, n° 18.

313. – Effet direct de la règle. La constellation des normes supranationales relatives à la non-discrimination rend complexe l'identification de celles qui sont dotées de l'effet direct. Mis à part le thème de l'égalité de traitement entre les ressortissants de l'Union européenne, les règles sont essentiellement contenues dans des directives. Dénuées en principe d'effet direct horizontal, elles se déploient toutefois sous cet angle lorsqu'elles « concrétisent » des règles qui jouissent de cette qualité. Tel est certainement le cas de la règle de non-discrimination entre les hommes et les femmes en matière de rémunération, inscrite dans le traité de Rome⁽¹⁵⁰⁾, et de la règle de non-discrimination fondée sur l'âge, élevée au rang de principe général du droit de l'Union européenne⁽¹⁵¹⁾. Tel est moins probablement le cas de la règle de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle⁽¹⁵²⁾ et de celle fondée sur le handicap⁽¹⁵³⁾. Les vives critiques adressées à la Cour de justice, lui reprochant de découvrir des principes généraux sans méthode fiable ou regrettant au contraire qu'elle ne donne pas plus de vigueur à cette catégorie ainsi qu'à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, rendent incertain le sens que retiendra le juge européen. La mobilité des interprétations accentue le caractère évolutif de la construction du droit du travail.

3° Différence de traitement opérée par application de la convention collective

314. – Articulations. Dans quelle mesure l'employeur peut-il être sanctionné pour avoir respecté une convention collective abritant une discrimination ? Le développement d'un « ordre juridique conventionnel »⁽¹⁵⁴⁾ rend cruciale la réponse. Elle demeure pourtant incertaine car la jurisprudence, tant européenne que nationale, n'est pas fixée. La thématique de l'articulation des normes ressurgit, singulièrement s'agissant des liens entretenus par la convention collective avec le droit européen (articulations externes) et avec la loi (articulations internes).

315. – Articulations externes. Les conventions collectives françaises doivent-elles respecter le droit de l'Union européenne ? Une lecture rapide des textes et de la jurisprudence suggère une réponse positive : 1) l'article 16 de la directive n° 2000/78 impose aux États de déclarer nulles ou de prendre les mesures nécessaires pour que soient modifiées les dispositions discriminatoires qui figurent dans les contrats ou

(150) TFUE, art. 157.

(151) CJCE, 22 nov. 2005, aff. C-144/04, *Mangold* : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 09981 ; *Europe* 2008, comm. 150, note L. Driguez. – CJUE, 19 janv. 2010, aff. C-555/07, *Kücükdeveci* : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 00365 ; *JCP S* 2010, 1082, note J. Cavallini.

(152) CJCE, 1^{er} avr. 2008, aff. C-267/06, *Maruko*, pt 59 : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 01757 ; *Europe* 2008, comm. 150, note L. Driguez. – CJUE, 10 mai 2011, aff. C-147/08, *Römer*, pt 60 : *Rec. CJUE* 2011, I, p. 03591 ; *Europe* 2011, comm. 265, note L. Driguez (la Cour de justice évoque « le principe de non-discrimination en fonction de l'orientation sexuelle ». Cette catégorie normative est incertaine. Elle semble avoir la fonction des « principes généraux du droit de l'Union européenne » sans en avoir le nom. La première, à l'instar de la seconde, est mobilisée par la Cour de justice pour contourner la limite liée à l'absence d'écoulement du délai de transposition d'une directive qui consacre ces principes. Encore faut-il pouvoir rattacher la situation en cause au champ d'application du droit de l'Union, ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt *Römer*).

(153) CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-152/11, *Odar* : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 03/2013, p. 161, note A. Gardin ; *Europe* 2013, comm. 98, note L. Driguez ; *JCP S* 2013, 1086, note J. Cavallini (la Cour de justice accepte de contrôler directement le respect de la règle de non-discrimination fondée sur le handicap visée à l'article 1^{er} de la directive n° 2000/78 par une convention collective d'entreprise, ce qui suppose en principe l'effet direct. L'absence de vérification de cette condition par le juge rend très incertaine la portée de la solution).

(154) F. Favennec-Héry, *Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ?* : *JCP S* 2015, 1237.

les conventions collectives ; 2) tant la Cour de justice que la Cour de cassation en contrôlent la conventionnalité. La première décide, *a priori* de manière générale, que « lorsqu'ils adoptent des mesures entrant dans le champ d'application de [la directive n° 2000/78], les partenaires sociaux doivent agir dans le respect de ladite directive »⁽¹⁵⁵⁾. Le principe posé lui permet, par exemple, d'affirmer que la clause de cessation automatique des contrats de travail des salariés ayant atteint l'âge de départ à la retraite, prévue dans la convention collective allemande applicable au secteur du nettoyage industriel, n'est pas contraire à l'article 6, § 1, de la directive n° 2000/78⁽¹⁵⁶⁾. De son côté, la Cour de cassation a pu considérer que l'accord de branche des sociétés d'assurances relatif à l'application de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites⁽¹⁵⁷⁾, en date du 14 octobre 2004, autorisant les employeurs concernés à rompre le contrat de salariés en raison de leur âge, ne méconnaît pas les dispositions de la directive n° 2000/78 car il prévoit des contreparties en termes d'emploi et ne vise que la mise à la retraite des salariés en mesure de bénéficier d'une pension de retraite à taux plein⁽¹⁵⁸⁾. Mais il lui arrive de censurer des dispositifs conventionnels : se référant à la solution retenue par la Cour de justice⁽¹⁵⁹⁾, saisie d'un recours en interprétation⁽¹⁶⁰⁾, la Cour de cassation a décidé que les dispositions de la convention collective nationale du Crédit Agricole qui réservaient des avantages aux salariés contractant un mariage à l'exclusion de ceux concluant un PACS, étaient directement contraires à la règle de non-discrimination en fonction de l'orientation sexuelle prévue par la directive n° 2000/78⁽¹⁶¹⁾. Le contrôle directement opéré des différentes conventions collectives n'a pourtant rien d'évident : les partenaires sociaux sont des acteurs privés ; or, les directives s'adressent à l'État.

316. – Une lecture plus fine du cadre normatif livre un subtil principe de solution. Une double distinction doit être opérée parmi les conventions collectives selon leur nature et parmi les normes européennes selon leur applicabilité. Seules les conventions collectives de branche, déclarées d'application générale ou ayant un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur concerné, ainsi que les conventions conclues au niveau national, appliquées sur l'ensemble du territoire, car elles peuvent être assimilées à la législation nationale, doivent, comme celle-ci, respecter l'ensemble du droit de l'Union européenne⁽¹⁶²⁾. Peu importe alors que la norme européenne soit dénuée d'effet direct. En revanche, les partenaires sociaux présents au niveau de l'entreprise (voire du groupe, de l'établissement ou de l'unité

(155) CJUE, 12 déc. 2013, aff. C-267/12, *Hay*, pt 27 : *Rec. CJUE* 2013. – *Adde*, CJUE, 12 oct. 2010, aff. C-45/09, *Rosenblatt*, pt 52 : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 9391 (la Cour affirme que les clauses prévoyant des différences de traitement, « contenues dans une convention collective [ne sont pas] exemptées de tout contrôle juridictionnel effectif au regard des dispositions de la directive 2000/78 et du principe de l'égalité de traitement »).

(156) CJUE, 12 oct. 2010, préc.

(157) L. n° 2003-775, 21 août 2003, portant réforme des retraites : *JO* 22 août 2003.

(158) Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-19.740, *M. M. c/ Sté mutuelle d'assurance du bâtiment et des travaux publics (SMABTP)* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 193 ; *JCP S* 2013, 1486, note A. Barège.

(159) CJUE, 12 déc. 2013, préc., pt 27.

(160) Cass. soc., 23 mai 2012, n° 10-18.341, *M. H. c/ Sté Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 161 ; *JCP S* 2012, 1383, note A. Devers.

(161) Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 10-18.341, *M. H. c/ Sté Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 194. – *Adde*, Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 12-20.864, *M^{me} G. c/ Éts Unité réseau gaz Paris et a.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 195 ; *JCP S* 2015, 1048, note E. Jeansen.

(162) CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-234/97, *Bobadilla*, pt 20 : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 4773.

économique et sociale) ne sont soumis qu'au respect des règles européennes d'effet direct horizontal ainsi qu'aux règles nationales interprétées à la lumière du droit de l'Union. La lecture des arrêts précédemment évoqués révèle qu'étaient en cause soit des conventions collectives de branche (auxquelles est assimilée la convention collective nationale du Crédit Agricole)⁽¹⁶³⁾, soit (ou de surcroît dans certains cas) la règle de non-discrimination en fonction de l'âge que la Cour de justice a élevée au rang de principe général du droit de l'Union européenne⁽¹⁶⁴⁾. Le contrôle de conventionnalité était concevable. La nomenclature européenne est préservée. Tout au plus est-il permis de regretter que ni la Cour de cassation ni la Cour de justice ne prennent la peine de procéder clairement à ces distinctions avant de contrôler la conformité des conventions collectives à la norme européenne.

Mais le cadre d'applicabilité tracé ne permet pas de répondre à la question initiale : dans quelle mesure l'employeur a-t-il l'obligation de justifier les différences de traitement opérées conformément à la convention collective qu'il applique ? Y répondre impose de procéder à une nouvelle distinction selon la vigueur de l'articulation existant entre la convention collective et la loi nationale.

317. – Articulations internes. L'article 16 de la directive n° 2000/78 ne prescrit ni aux partenaires sociaux (compte tenu des distinctions précédemment réalisées), ni aux entreprises, ni aux particuliers de respecter directement les règles qu'elle renferme. La solution inverse serait contraire à l'absence d'effet direct horizontal des directives. Le respect du droit européen est en réalité imposé à travers la loi qui le transpose. Deux situations apparaissent.

Dans la première, la convention collective est adoptée dans le sillage d'une loi contraire au droit de l'Union européenne. La transposition n'a pas été correctement opérée. L'employeur peut être sanctionné pour avoir respecté la convention à la condition que la norme européenne litigieuse soit d'effet direct. L'exercice suppose, classiquement, d'identifier l'inconventionnalité du droit français et l'applicabilité du droit de l'Union.

Dans la seconde situation, la convention collective est adoptée dans le sillage d'une loi conforme au droit de l'Union. Il peut s'agir d'une loi autorisant les partenaires sociaux à pratiquer une différence de traitement spécifique ; s'inscrit dans ce schéma le contrôle des justifications apportées par l'employeur qui applique une convention collective mettant en œuvre une loi permettant la mise à la retraite des salariés en raison de leur âge⁽¹⁶⁵⁾. Il peut aussi s'agir d'une loi prohibant de manière générale les différences de traitement injustifiées ; s'inscrit dans ce schéma le contrôle des justifications apportées par l'employeur qui applique un plan de

(163) Cass. soc., 12 sept. 2007, n° 06-41.841, *Féd. nat. CGT des personnels des secteurs financiers c/ Féd. nat. du Crédit agricole et a.* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 128 ; *JCP S* 2008, 1325, note Ch. Neau-Leduc.

(164) « Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence constante de la Cour, lorsqu'ils adoptent des mesures entrant dans le champ d'application de la directive 2000/78, laquelle concrétise, dans le domaine de l'emploi et du travail, le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, les partenaires sociaux doivent agir dans le respect de cette directive » (CJUE, 13 sept. 2011, aff. C-447/09, *Prigge e.a.*, pt 48 : *Rec. CJUE* 2011, I, p. 8003. – CJUE, 7 juin 2012, aff. C-132/11, *Tyrolean Airways Tiroler Luftfahrt*, pt 22 : *Rec. CJUE* 2012. – CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-152/11, *Odar*, pt 34 : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 03/2013, p. 161, note A. Gardin ; *Europe* 2013, comm. 98, note L. Driguez).

(165) Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-19.740, *M. M. c/ Sté mutuelle d'assurance du bâtiment et des travaux publics (SMABTP)* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 193 ; *JCP S* 2013, 1486, note A. Barège. – Cass. soc., 26 nov. 2013, n° 12-24.690, *M. B. c/ Sté Colas Île-de-France Normandie* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 285 ; *JCP S* 2014, 1200, note E. Jeansen.

sauvegarde de l'emploi (naguère unilatéral, aujourd'hui souvent conventionnel) prévoyant des indemnités de licenciement dont le montant diffère selon l'âge (et la santé) des salariés⁽¹⁶⁶⁾ ; s'inscrit aussi dans ce schéma le contrôle de la mesure prise par l'employeur, conformément à la convention collective l'y autorisant, d'accorder certains avantages aux couples mariés en les refusant à ceux ayant conclu un PACS⁽¹⁶⁷⁾. Dans cette configuration, l'effet direct n'est plus un frein à l'application des normes européennes, qui doivent être observées à travers le respect de la loi elle-même⁽¹⁶⁸⁾. L'applicabilité est indirecte. Une mécanique similaire est à l'œuvre lorsque la Cour de cassation condamne l'employeur qui a conclu une convention de forfait-jours sur le fondement d'une convention collective de branche contraire au droit national interprété à la lumière de la directive « temps de travail ». L'absence d'effet direct horizontal des règles contenues dans cette dernière n'empêche pas de sanctionner l'employeur en prononçant la nullité de la convention de forfait. En somme, l'employeur doit vérifier que la convention collective qu'il applique respecte le cadre tracé par la loi : les différences de traitement fondées sur l'âge, par exemple, doivent être justifiées par la poursuite d'un objectif légitime et par l'usage de moyens appropriés pour le réaliser.

318. – Surgit alors la question de l'étendue du contrôle opéré par le juge des justifications apportées par l'employeur ayant appliqué la convention collective. La Cour de cassation adopte une voie médiane. L'employeur n'a pas à démontrer que la mesure individuelle qui a été retenue poursuit un objectif légitime d'une manière proportionnée ; il suffit, mais il est nécessaire, que soient respectées les exigences fixées par la convention collective, lesquelles doivent être justifiées⁽¹⁶⁹⁾. Un double contrôle est donc effectué.

Le premier porte sur la convention collective. Un objectif légitime doit être poursuivi. Aisément admis, il suffit que soit visé l'un de ceux inscrits à titre non exhaustif dans la directive n° 2000/78⁽¹⁷⁰⁾ (si un contrôle direct de la conformité de l'accord au droit européen est opéré) ou que soit respecté l'un de ceux inscrits, non limitativement là encore, dans la loi (lorsqu'est contrôlée la conformité de l'accord à celle-ci). À défaut d'être clairement visible à la lecture de l'accord, l'employeur qui l'applique doit faire apparaître l'objectif légitime⁽¹⁷¹⁾. Un moyen proportionné

(166) Cass. soc., 5 déc. 2012, n°s 10-24.204 et 10-24.219, *M. L. c/ Sté Nestlé France* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 321 ; *RJS* 2/2013, n° 103.

(167) Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 10-18.341, *M. H. c/ Sté Crédit agricole mutuel de Charente-Maritime et des Deux-Sèvres* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 194 ; *RJS* 10/2014, n° 666.

(168) L'on peut toutefois être surpris, dans l'arrêt du 9 juillet 2014 (préc.), par l'effet direct reconnu à la règle de non-discrimination fondée sur l'orientation sexuelle contenue dans la directive n° 2000/78 alors que le contentieux était de nature horizontale. L'interprétation conforme de l'article L. 1132-1 du Code du travail à la directive était permise... et aurait eu le mérite de préserver la nomenclature européenne. Le recours à l'applicabilité directe s'explique probablement par le contrôle de conformité de la convention collective à la directive pratiquée par la Cour de cassation.

(169) Cass. soc., 26 nov. 2013, n° 12-24.690, préc. – *Adde*, Cass. soc., 10 juill. 2013, n° 12-19.740, préc.

(170) Est visée la politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle (Dir. n° 2000/78, art. 6, § 1). – La promotion de l'embauche est un objectif légitime qui relève de la politique sociale (CJUE, 18 nov. 2010, aff. C-250/09 et C-268/09, *Georgiev*, pt 45 : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 11869). La Cour de justice se montre parfois particulièrement libérale en considérant que la « flexicurité » peut être considérée comme relevant de la politique d'emploi (CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark*, pt 82 : *Rec. CJUE* 2013).

(171) Cass. soc., 18 févr. 2014, n° 13-10.294, *Sté Air France c/ V.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 55 ; *RJS* 5/2014, n° 437. – Le refus opposé à un commandant de bord sur Boeing 747/400 d'accéder à un stage de qualification sur Airbus A 380 en raison de son proche âge de la retraite, fondé sur la convention d'entreprise du personnel navigant technique, caractérise une

doit être mis en œuvre. À cet égard, la convention collective est appelée à bénéficier d'un traitement favorable. La Cour de justice manifeste progressivement des signes de faveur envers le produit de la négociation collective. En premier lieu, les partenaires sociaux disposent, comme l'État, d'une large marge d'appréciation dans le choix des mesures susceptibles de réaliser les objectifs en matière de politique sociale⁽¹⁷²⁾. Il suffit que l'orientation choisie ne soit pas manifestement déraisonnable⁽¹⁷³⁾, que sa mise en œuvre ne soit pas incohérente⁽¹⁷⁴⁾. Le contrôle « négatif » des conditions indique le libéralisme de la Cour de justice. En second lieu, si elle affirme que le caractère négocié de la convention collective n'exclut pas de contrôler les différences de traitement qui y sont contenues, cet attribut permet de présumer que les intérêts de chacun ont été pris en compte et que les sacrifices consentis sont équilibrés⁽¹⁷⁵⁾. Il est vérifié que la convention tient compte non seulement de la situation globale du marché du travail concerné, mais également des caractéristiques propres aux emplois en cause⁽¹⁷⁶⁾. La Cour de cassation manifeste aussi, quoique de manière plus réservée⁽¹⁷⁷⁾, sa confiance dans l'œuvre des partenaires sociaux. Le seul fait qu'une différence de traitement soit prévue par un accord ne dispense pas les juges du fond d'examiner ses termes⁽¹⁷⁸⁾ ; mais dès lors que ce contrôle a été effectué, la Cour de cassation s'en remet à leur appréciation souveraine⁽¹⁷⁹⁾. Les plans de sauvegarde de l'emploi renfermant des différences de traitement fondées sur l'âge trouvent un intérêt supplémentaire à être adoptés par voie conventionnelle. Un fort vent contractuel souffle depuis Luxembourg ; il est ressenti à Paris⁽¹⁸⁰⁾.

Le second contrôle repose sur la vérification que l'employeur a, « pour la catégorie d'emploi » du salarié visé par la mesure adoptée, correctement appliqué les termes de l'accord. Les garanties prévues par ce dernier doivent être mises en œuvre de manière cohérente. Si elles résident dans la conclusion de contrats de professionnalisation pour atténuer l'effet sur l'emploi qu'empporte la rupture des

discrimination fondée sur l'âge. Est inopérant « l'argument de la société [Air France] relatif à la rentabilité du coût de la formation, selon lequel le navigant qui a atteint soixante ans serait susceptible de ne pas renouveler sa demande annuelle de poursuite de son activité jusqu'à l'expiration de la durée minimale d'affectation ou de ne plus pouvoir assurer des vols, suite aux visites médicales auxquelles il est soumis (...) ».

(172) Une marge d'appréciation est en principe reconnue aux « partenaires sociaux au niveau national » (CJUE, 5 juill. 2012, aff. C-141/11, *Hörnfeldt*, pt 32 : *Rec. CJUE* 2012). La Cour de justice admet toutefois d'y intégrer (sans s'en expliquer) les partenaires sociaux constitués au niveau de l'entreprise (CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-152/11, *Odar*, pts 47 à 49 : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 03/2013, p. 161, note A. Gardin ; *Europe* 2013, comm. 98, note L. Driguez).

(173) CJCE, 16 oct. 2007, aff. C-411/05, *Palacios de la Villa*, pt 72 : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 8531.

(174) Est disproportionnée la fixation d'une limite d'âge pour exercer une fonction ou postuler à un emploi, quelle que soit la légitimité de l'objectif qu'elle poursuit, lorsqu'une limite différente est fixée pour un métier similaire (CJUE, 12 déc. 2010, aff. C-341/08, *Petersen* : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 47. – CJUE, 13 nov. 2014, aff. C-416/13, *Vital Pérez* : *Rec. CJUE* 2014).

(175) CJUE, 12 oct. 2010, aff. C-45/09, *Rosenblatt*, pt 67 : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 09391.

(176) CJCE, 16 oct. 2007, aff. C-411/05, *Palacios de la Villa*, pt 74 : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 8531.

(177) La Cour de cassation sort ponctuellement de sa réserve avec éclat. Dans un autre domaine, elle décide que « les différences de traitement entre catégories professionnelles, opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle » (Cass. soc., 27 janv. 2015, n° 13-22.179 et s., *Féd. nationale des personnels des sociétés d'études, du conseil et de prévention c/ Féd. des syndicats des sociétés d'études et de conseils*, à paraître au bulletin ; *JCP S* 2015, 1054, note J. Daniel ; *JCP G* 2015, 261, note J.-F. Cesaro et A. Teissier).

(178) Cass. soc., 26 nov. 2013, n° 12-24.690, préc.

(179) Cass. soc., 26 nov. 2013, n° 12-24.690, préc.

(180) B. Teysié, *Un nouveau droit du travail ?* : *JCP S* 2015, 1234.

contrats de travail, encore faut-il qu'ils soient en rapport avec l'activité des salariés⁽¹⁸¹⁾.

II. – Promotion de l'égalité

319. – La vision étroite de l'égalité a l'avantage de la prévisibilité. Elle permet l'identification des comportements prohibés. Mais elle n'embrasse pas l'ensemble des situations défavorables. Élargir le spectre de l'égalité impose de suivre deux directions opposées : interdire certains traitements différenciés non directement liés à un critère discriminatoire (A) ; imposer la prise en compte de motifs discriminatoires pour promouvoir la situation des groupes défavorisés (B). Le régime de l'égalité gagne en souplesse, mais perd en stabilité.

A. – Promotion passive

320. – Sont prohibées tant les discriminations indirectes (1°) que les inégalités de traitement non discriminatoires (2°). Révérence est faite au droit européen : il est source de considération dans le premier cas, d'inspiration dans le second.

1° Discriminations indirectes

321. – **Volition.** L'interdiction des discriminations indirectes, d'origine européenne⁽¹⁸²⁾, a dû être construite de toutes pièces en droit français. La règle trouve désormais place dans le Code du travail⁽¹⁸³⁾. La Cour de cassation reprend avec soin les solutions bâties par la Cour de justice de l'Union européenne. Sa jurisprudence présente deux qualités.

Le juge national est pédagogue. La Cour de cassation donne chair à la définition de la discrimination indirecte, notamment sur le thème de l'état de santé⁽¹⁸⁴⁾, précise la nature des documents qui peuvent être pris en compte pour en présumer

(181) Cass. soc., 26 nov. 2013, n° 12-24.690, préc.

(182) Originellement prévue dans le domaine de l'égalité entre les hommes et les femmes, l'interdiction des discriminations indirectes est ensuite étendue à tous les chefs d'atteinte à l'égalité de traitement (Cons. UE, dir. n° 76/207/CEE, 9 févr. 1976, « relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail », art. 2, § 1 : JOCE n° L 039, 14 févr. 1976, p. 40. – Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, « portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail », art. 2, § 2, b) : JOCE n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16. – Dir. n° 2000/43/CE, 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 », art. 2, § 2, b) : JOCE n° L 180, 19 juill. 2000, p. 22. – Adde, Dir. n° 2006/54/CE, 5 juill. 2006, « relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) », art. 2, § 1, b) : JOUE n° L 204, 26 juill. 2006, p. 23.

(183) C. trav., art. L. 1132-1. – L. n° 2001-1066, 16 nov. 2001, relative à la lutte contre les discriminations : JO 17 nov. 2001, n° 267. – L. n° 2008-496, 27 mai 2008, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : JO 28 mai 2008, n° 123 (rect. JO 8 août 2009, n° 182).

(184) Cass. soc., 12 févr. 2013, n° 11-27.689, *Synd. CGT Sovab c/ Sté Sovab* : Bull. civ. 2013, V, n° 36 ; RJS 4/2013, n° 255 ; JCP S 2013, 1398, note J.-B. Cottin et A. Martinon (une méthode dite de « sensibilisation aux enjeux de désorganisation de la production » donnant lieu à des entretiens au cours desquels sont évoquées les perturbations de l'organisation de l'entreprise résultant de l'absence des salariés crée une discrimination indirecte à l'encontre des salariés absents en raison de leur état de santé, « malgré le caractère apparemment neutre du dispositif »). – Cass. soc., 9 janv. 2007, n° 05-43.962, *Bethus et a. c/ Sté Sporfabric* : Bull. civ. 2007, V, n° 1 ; RJS 3/2007, n° 346 ; JCP S 2007, 1137, note J.-F. Cesaro (« Un accord collectif ou une décision unilatérale de l'employeur ne peuvent retenir, afin de régulariser la rémunération, indépendante des heures réellement effectuées chaque mois, du salarié en fin d'année, la durée hebdomadaire moyenne de la modulation, comme mode de décompte des jours d'absence pour maladie pendant la période de haute activité, une telle modalité de calcul constituant, malgré son caractère apparemment neutre, une mesure discriminatoire indirecte en raison de l'état de santé du salarié. »).

l'existence⁽¹⁸⁵⁾ et, plus généralement, scrute le contrôle opéré par les juges du fond, n'hésitant pas à leur rappeler les étapes qu'ils doivent respecter⁽¹⁸⁶⁾, ce qui tranche avec l'attitude passive qu'elle adoptait naguère⁽¹⁸⁷⁾.

Le juge national est attentif aux solutions européennes. La caractérisation des discriminations indirectes emprunte plusieurs étapes. Suivant scrupuleusement les prescriptions du juge européen⁽¹⁸⁸⁾, la Cour de cassation s'efforce : 1) de déterminer le périmètre de la comparaison, le champ d'application de la réglementation qui abrite la différence de traitement permettant de tracer le cercle des personnes susceptibles d'être comparées⁽¹⁸⁹⁾ ; 2) d'identifier le groupe comparatif, c'est-à-dire les salariés comparables en raison de la valeur égale de leurs fonctions ou du caractère similaire de leurs activités⁽¹⁹⁰⁾ ; 3) de mesurer la défaveur subie par une catégorie de salariés qui, révélée par la technique des statistiques⁽¹⁹¹⁾, doit être significative⁽¹⁹²⁾ ; 4) d'analyser, dès lors que les éléments précédents ont permis de présumer

(185) Cass. soc., 15 janv. 2014, nos 12-27.261 et s., *Sté Liebherr France c/ Becker* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 14 ; *RJS* 4/2014, n° 295 ; *JCP S* 2014, 1341, note C. Caseau-Roche, D. Jacotot et E. Roguet (les éléments de fait laissant supposer la discrimination doivent être établis avec objectivité. Doit être écarté le rapport commandé par une seule partie ; est en revanche admis celui établi par l'inspecteur du travail, garant d'indépendance).

(186) Cass. soc., 30 avr. 2009, n° 07-43.945, *FDSEA de la Marne c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 118 ; *RJS* 7/2009, n° 600 ; *JCP S* 2009, 1417, note S. Brissy. – Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-21.489, *Agirc c/ Avignon* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 168 ; *RJS* 8-9/2012, n° 677 ; *JCP S* 2012, 1375, note Ph. Rozec et V. Manigot.

(187) Cass. soc., 9 avr. 1996, n° 92-41.103, *Soufflet c/ CPAM de la Marne* : *Bull. civ.* 1996, V, n° 146 ; *RJS* 5/1996, n° 550 (pour trancher le litige, la cour se contentait d'affirmer que « la cour d'appel, qui a recherché dans quelle mesure cette disposition serait constitutive d'une discrimination, même indirecte, entre hommes et femmes, a exactement retenu que tel n'était pas le cas »).

(188) CJUE, 28 févr. 2013, aff. C-427/11, *Kenny et a.*, pt 29 : *Rec. CJUE* 2013 ; *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 324, p. 5, obs. J.-Ph. Lhernould (« la formation professionnelle ne constitue pas seulement l'un des facteurs susceptibles de justifier objectivement une différence dans les rémunérations attribuées à des travailleurs effectuant un même travail. Elle figure également au nombre des critères permettant de vérifier si les travailleurs effectuent ou non un même travail »). – CJCE, 26 juin 2001, aff. C-381/99, *Brunnhöfer*, pts 42 et s. : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 4961 (« la portée des notions de "même travail", "même poste de travail" et "travail de valeur égale" visées aux articles 119 du traité et 1^{er} de la directive revêt un caractère purement qualitatif, en ce qu'elle s'attache exclusivement à la nature des prestations de travail effectivement accomplies par les intéressés (...) Il s'ensuit que la classification des travailleurs concernés dans la même catégorie professionnelle prévue par la convention collective applicable à leur emploi n'est pas, à elle seule, suffisante pour conclure qu'ils accomplissent le même travail ou un travail de valeur égale (...) Mais une telle classification n'exclut pas l'existence d'autres indices à l'appui de cette conclusion »). – CJCE, 17 mai 1990, aff. C-262/88, *Barber*, pt 32 : *Rec. CJCE* 1990, I, p. 1889 (« le principe fondamental énoncé à l'article 119 du traité et précisé par la directive s'oppose en principe à toute inégalité de rémunération entre un travailleur féminin et un travailleur masculin pour un même poste de travail ou un travail de valeur égale, quel que soit le mécanisme qui détermine cette inégalité »).

(189) Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 10-23.013, *ORPESC c/ M^{me} B.* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 206 ; *RJS* 10/2012, n° 797 ; *JCP S* 2012, 1490, note J.-Ph. Tricoit (constitue le périmètre de la comparaison, non pas l'ensemble des sociétés adhérant à un organisme de retraite et de prévoyance dont les statuts abritent une différence de traitement, mais la société employant un nombre significatif de salariés se trouvant dans la situation litigieuse).

(190) Cass. soc., 9 juill. 2015, nos 14-12.779 et s., *Sté Mondadori Magazines France c/ M^{me} D. A.*, à paraître au bulletin (peuvent être comparés des salariés grévistes, peu important qu'ils soient unis par cette même caractéristique, dès lors que la mesure qui les affecte, tenant à la retenue sur salaire dont le montant varie selon le retard constaté dans la parution des magazines, est liée au degré de mobilisation des salariés). – Cass. 2^e civ., 12 juill. 2012, n° 10-24.661, *M. L. c/ CR-PCEN* : *Bull. civ.* 2012, II, n° 130 ; *RJS* 11/2012, n° 902 ; *JCP S* 2012, 1489, note J. Daniel (ne sont pas placés dans une situation identique les hommes et les femmes dès lors que la mesure en cause, même si elle affecte davantage un public que l'autre, est liée à la condition biologique de la femme).

(191) Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 10-23.013, préc. (relativement à l'appréciation statistique de la défaveur subie par un groupe par rapport à un autre, une méthode est prohibée : elle consiste à examiner à quel point, dans une situation apparemment neutre [la conclusion d'un contrat à temps partiel, situation rendant difficile la satisfaction d'avoir travaillé deux cents heures par trimestre durant quinze ans pour bénéficier du régime de l'allocation de retraite supplémentaire] un groupe plutôt qu'un autre est représenté [davantage de femmes que d'hommes sont embauchées à temps partiel]). Une autre méthode, plus fine, est imposée : elle nécessite d'examiner à quel point, parmi chacun des groupes [les hommes d'un côté, les femmes de l'autre], les salariés sont placés dans la situation litigieuse [la part des travailleurs féminins à temps partiel par rapport au total des travailleurs féminins – 81,45 % – est plus élevée que celle des hommes à temps partiel par rapport au total des travailleurs masculins – 40 % –].

(192) Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 10-23.013, préc. (« Parmi l'ensemble des travailleurs soumis à ladite réglementation, "un pourcentage considérablement plus élevé" de travailleurs féminins que masculins était affecté »). – Cass. soc., 6 juin

l'existence de la discrimination indirecte, la justification apportée par l'auteur de la différence de traitement. Un écart entre les textes européen et national peut être observé. Les directives prévoient que la discrimination indirecte est écartée si la disposition litigieuse est objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires⁽¹⁹³⁾ tandis que l'article L. 1134-1 du Code du travail décide qu'il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. L'interprétation du texte français à la lumière du texte européen est possible. Elle est, de surcroît, obligatoire. La Cour de cassation n'en a pas encore pris la mesure⁽¹⁹⁴⁾. L'attention peut encore progresser.

322. – Vérification. Les partenaires sociaux sont invités à vérifier dans quelle mesure leurs conventions et accords collectifs abritent des discriminations indirectes et, le cas échéant, à les supprimer si elles ne sont pas justifiables. L'employeur doit procéder au même examen et refuser d'appliquer les dispositions illicites ou en étendre le bénéfice au groupe lésé. La méthode de vérification précédemment décrite doit leur servir de guide.

2° Inégalités de traitement non discriminatoires

323. – Émancipation. Le juge national a reconnu le principe d'égalité de traitement en dehors de toute discrimination⁽¹⁹⁵⁾. L'extension pratiquée enrichit la portée de la règle d'égalité. L'émanicipation du juge national ne trouve pourtant aucun fondement dans les normes supranationales. Ni le droit de l'Union européenne ni le droit du Conseil de l'Europe ne condamnent les différences de traitement fondées sur des critères non discriminatoires. Le caractère ouvert de la liste des critères prohibés prévue à l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'y change rien. Bien que la Déclaration universelle des droits de l'homme énonce à l'article 23 que « tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal », tant le juge judiciaire⁽¹⁹⁶⁾ que le juge administratif⁽¹⁹⁷⁾ lui refusent un effet direct. Son invocation dans les prétoires est vaine.

324. – Inspiration. Ne pouvant trouver fondement dans le droit de l'Union européenne pour légitimer le principe d'égalité de traitement, le juge national y puise

2012, n° 10-21.489, *Agirc c/ Avignon* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 168 ; *RJS* 8-9/2012, n° 677 ; *JCP S* 2012, 1375, note Ph. Rozec et V. Manigot (la discrimination indirecte est caractérisée lorsque la mesure affecte « une proportion nettement plus élevée » de personnes de même sexe).

(193) V. not. Dir. n° 2000/78, art. 2, § 1, b), i).

(194) Cass. soc., 24 sept. 2014, n°s 13-10.233 et 13-10.234, *M. W. et a. c/ URSSAF du Bas-Rhin* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 200 ; *JCP S* 2014, 1476, note H. Guyot (la Cour de cassation reproche aux juges du fond de s'être contentés d'avoir admis l'objectif étranger à toute discrimination invoqué par l'employeur pour combattre l'existence d'une discrimination indirecte liée à l'activité syndicale – entendue au sens large car englobant le statut des représentants élus du personnel – sans vérifier si, en pratique, l'application des mesures liées à cet objectif aboutissait au résultat litigieux. En revanche, la Cour de cassation n'évoque pas le caractère légitime de l'objectif ni la proportionnalité des moyens employés).

(195) Cass. soc., 29 oct. 1996, n° 92-43.680, *Sté Delzongle c/ Ponsolle* : *Bull. civ.* 1996, V, n° 359 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1013, obs. A. Lyon-Caen. – Cass. soc., 30 janv. 2008, n°s 06-46.447 et s., *Sté Brandt industries c/ M. A. et a.* : *JCP S* 2008, 1274, note J.-F. Cesaro. – Cass. soc., 9 déc. 2014, n°s 13-16.045 et 13-16.731, *M. L. c/ EDF*, à paraître au bulletin ; *RJS* 2/2015, n° 152.

(196) Cass. soc., 22 janv. 1998, n° 96-14.824, *M. K. c/ CAF de la Seine-Saint-Denis et a.* : *Bull. civ.* 1998, V, n° 31 ; *RD. s.-nit. soc.* 1998, p. 453, obs. M. Badel, I. Daugaireilh, J.-P. Laborde et R. Lafore.

(197) CE, 18 avr. 1951, *Élection de Nolay* : *Rec. CE* 1951, p. 189. – CE, 23 nov. 1984, n°s 60106 et a., *Roujansky* : *Rec. CE* 1984, p. 383.

néanmoins l'inspiration pour en bâtir le régime. Deux attitudes donnent la mesure de l'influence consentie par la Cour de cassation.

La première réside dans l'importation de certaines règles du droit de la non-discrimination. La Cour de cassation affine sa jurisprudence en étendant le régime probatoire des discriminations au principe d'égalité de traitement⁽¹⁹⁸⁾. Mieux, elle procède à sa révision : 1) après avoir énoncé que seule la différence de fonctions faisait obstacle à la reconnaissance d'un travail de valeur égale⁽¹⁹⁹⁾, solution qui était éloignée de la position du juge européen⁽²⁰⁰⁾, elle décide que la différence de fonctions ne fait plus obstacle à l'application du principe « à travail égal, salaire égal » lorsqu'elles sont « d'importance comparable dans le fonctionnement de l'entreprise »⁽²⁰¹⁾ ; 2) alors que la Cour de justice décidait (et décide encore aujourd'hui) que la pratique de négociations collectives séparées ne peut suffire, à elle seule, à justifier une inégalité entre les hommes et les femmes⁽²⁰²⁾, la Cour de cassation a d'abord ignoré cette solution en considérant que la négociation collective d'établissement permettait d'établir des différences de traitement entre les salariés d'une même entreprise⁽²⁰³⁾ puis a tempéré sa position en précisant que ces inégalités devaient être justifiées par les caractéristiques particulières des établissements⁽²⁰⁴⁾.

La seconde attitude réside dans la limite apportée par la Cour de cassation à l'assimilation du principe d'égalité de traitement à la règle de non-discrimination. L'attraction du droit européen est contrôlée. La réserve du juge peut être subie : aucun fondement ne l'autorise à annuler le licenciement causé par l'action du salarié sur le fondement du principe « à travail égal, salaire égal »⁽²⁰⁵⁾. Elle est parfois consentie : en témoigne le refus du juge d'appliquer la règle du quasi-renversement de la charge de la preuve à l'égard des différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs. Présument justifiées, il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle⁽²⁰⁶⁾.

B. – Promotion active

325. – La promotion de l'égalité repose aussi sur une démarche active que deux mécanismes assurent : les actions positives, suggérées aux États (1°) ; les

(198) Cass. soc., 28 sept. 2004, n^{os} 03-41.825 à 03-41.829, *Sté STAVS Transports de voyageurs c/ M. H. et a.* : *Bull. civ.* 2004, V, n^o 228 ; *RJS* 12/2005, p. 823, note. A. Johansson.

(199) Cass. soc., 26 juin 2008, n^o 06-46.204, *SA Sermo Montaigu et a. c/ M. F. et a.* : *Bull. civ.* 2008, V, n^o 141 ; *RJS* 10/2008, n^o 996 ; *Dr. soc.* 2008, p. 1129, obs. M.-T. Lanquetin.

(200) CJCE, 26 juin 2001, aff. C-381/99, *Brunnhofner*, pt 42 : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 4961 (« La notion de travail de valeur égale revêt un caractère purement qualitatif »).

(201) Cass. soc., 6 juill. 2010, n^o 09-40.021, *TMS Contact c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2010, V, n^o 158 ; *RJS* 2010, p. 690 ; *Dr. soc.* 2010, p. 1076, avis av. gén. S. Zientara-Logeay.

(202) CJCE, 27 oct. 1993, aff. C-127/92, *Enderby*, pt 23 : *Rec. CJCE* 1993, I, p. 5535.

(203) Cass. soc., 27 oct. 1999, n^{os} 98-40.769 et 98-40.783, *EDF* : *Bull. civ.* 1999, V, n^o 422 ; *Dr. soc.* 2000, p. 185, obs. G. Couturier.

(204) Cass. soc., 18 janv. 2006, n^o 03-45.422, *Sogara France (Groupe Carrefour) c/ M. A. et a.* : *Bull. civ.* 2006, V, n^o 17 ; *RJS* 2006, p. 322 ; *JCP S* 2006, 1239, note D. Corrigan-Carsin. – *Adde*, Cass. soc., 28 oct. 2009, n^{os} 08-40.457 et s., *Sté Pfizer PGM c/ M. A.* : *Bull. civ.* 2009, V, n^o 239 ; *RJS* 1/2010, n^o 41.

(205) Cass. soc., 20 févr. 2008, n^{os} 06-40.085 et 06-40.615, *SA Alcatel Cit c/ M. M.* : *Bull. civ.* 2008, V, n^o 38 ; *RJS* 5/2008, n^o 545 ; *JCP S* 2008, 1616, note J.-F. Cesaro.

(206) Cass. soc., 27 janv. 2015, n^{os} 13-22.179 et s., *Féd. nationale des personnels des sociétés d'études, du conseil et de pré-vention c/ Féd. des syndicats des sociétés d'études et de conseils*, à paraître au bulletin ; *JCP S* 2015, 1054, note J. Daniel ; *JCP G* 2015, 261, note J.-F. Cesaro et A. Teissier.

aménagements raisonnables, imposés aux employeurs (2°). Ces outils ne sont traditionnellement pas familiers du droit français. Celui-ci n'y a pourtant jamais été entièrement étranger. Les normes supranationales imposent de dépoussiérer les solutions nationales.

1° Actions positives

326. – Promotion. Combattre la discrimination par l'adoption de mesures discriminatoires est discutable. Le vocabulaire employé pour qualifier cette situation trahit la gêne du législateur européen et national. La « discrimination positive », trop connotée, n'est pas une notion juridique. Bien que la Cour de justice de l'Union européenne l'évoque⁽²⁰⁷⁾, lui sont préférées des formules conçues pour être moins controversées : actions⁽²⁰⁸⁾ et mesures⁽²⁰⁹⁾ positives, égalité des chances⁽²¹⁰⁾ (remplacée parfois en droit européen par la notion de « pleine égalité »)⁽²¹¹⁾, égalité réelle⁽²¹²⁾ et, plus largement, mesures visant à favoriser l'égalité de traitement⁽²¹³⁾. Personne n'est, en soi, opposé à la « promotion de l'égalité ». Les mesures qu'elle implique demeurent en réalité des « dérogations à l'égalité » strictement entendue : il s'agit d'accorder des droits à un groupe de personnes à l'exclusion d'un autre.

327. – Dérogation. L'égalité entre les sexes nourrit le contentieux. Trois sortes de mesures dérogatoires existent. Elles peuvent être classées par ordre croissant de difficulté. Toutes ont provoqué la censure de certains dispositifs français.

Le premier type de mesures consiste à accorder des droits aux femmes auxquels les hommes, par nature, ne peuvent pas prétendre. L'ampleur de la dérogation à l'égalité est faible. La femme bénéficie, en raison de sa condition biologique, de mesures protégeant la grossesse et la maternité⁽²¹⁴⁾. Le droit français a été condamné pour avoir autorisé certaines conventions collectives à accorder des droits visant la protection des femmes en leur qualité de travailleurs âgés ou de parents, qualité que peuvent aussi présenter les travailleurs masculins⁽²¹⁵⁾. Il n'est pas exclu que certains accords collectifs abritent encore de telles distinctions illicites. Ils doivent être révisés : l'avantage doit être supprimé ou étendu aux deux sexes. Fut ainsi déclarée nulle la disposition d'un accord réservant aux seules mères de famille le versement d'une prime de crèche⁽²¹⁶⁾.

(207) CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06, *Coleman*, pt 42 : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 05603 ; *RJS* 2008, p. 883, note M. Le Barbrier-Le Bris ; *JCP S* 2008, 1549, note J. Cavallini.

(208) Dir. n° 2000/78, art. 7.

(209) Dir. n° 2006/54, art. 3.

(210) Dir. n° 76/207, art. 2, § 4. – C. trav., art. L. 1142-4.

(211) Dir. n° 2002/73/CE, 23 sept. 2002, modifiant la directive n° 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, art. 2, § 8 : *JOCE* n° L 269/15, 5 oct. 2002). – TFUE, art. 157, § 4.

(212) L. n° 2014-873, 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes : *JO* 5 août 2014, n° 179.

(213) C. trav., art. L. 1133-4 et L. 1133-5.

(214) CJCE, 30 juin 1988, aff. C-312/86, *Commission c/ France* : *Rec. CJCE* 1988, I, p. 6315 ; *RTDE* 1989, p. 359, note P. Rodière ; *Dr. soc.* 1989, p. 551, obs. T. Lanquetin et H. Masse-Dessen. – CJCE, 12 juill. 1984, aff. C-184/83, *Hofmann* : *Rec. CJCE* 1984, I, p. 3047.

(215) CJCE, 30 juin 1988, préc. – *Adde*, CJCE, 19 mars 2002, aff. C-476/99, *Lommers* : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 2891 (concernant une réglementation nationale réservant des places de garderie subventionnées aux seuls fonctionnaires féminins).

(216) Cass. soc., 27 févr. 1991, n° 90-42.239, *Caisse primaire d'assurance maladie de la Mayenne* : *Bull. civ.* 1991, V, n° 101 ; *RJS* 4/1991, n° 465.

Le deuxième type de mesures consiste à réserver des emplois à un groupe de personnes sur le fondement d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante⁽²¹⁷⁾. L'ampleur de la dérogation grandit. Pour cette raison, l'exigence posée doit répondre à un objectif légitime et les moyens employés pour le réaliser doivent être proportionnés. Le droit français a été condamné pour avoir violé ces impératifs. À défaut de reposer sur des critères objectifs permettant d'isoler les emplois spécifiques ne pouvant être occupés que par des hommes, fut déclaré illicite le maintien de recrutements distincts dans certains corps de l'administration pénitentiaire et dans les cinq corps de la police nationale⁽²¹⁸⁾.

Le troisième type de mesures consiste à reconnaître, pour des raisons sociales, des avantages aux femmes dont les hommes pourraient, par nature, aussi profiter. L'ampleur des dérogations est forte. Celles-ci sont d'interprétation stricte⁽²¹⁹⁾. Deux exigences doivent être respectées : 1) la mesure de protection ne doit pas nuire au statut professionnel de son bénéficiaire ; pour cette raison, a été considérée comme discriminatoire la prohibition par le droit français du travail de nuit des femmes⁽²²⁰⁾ ; 2) la mesure de promotion de l'égalité est prohibée lorsque son objet est d'assurer un résultat qui serait dû aux femmes, ce qui peut conduire à leur accorder, dans une situation de sous-représentation professionnelle⁽²²¹⁾, une priorité absolue dans l'accès à un recrutement⁽²²²⁾ ou à une promotion⁽²²³⁾. Sont en revanche tolérées les mesures dont l'objet est seulement d'améliorer les chances des candidats féminins d'obtenir un tel résultat, comme la réservation de places de formation en vue d'obtenir une qualification⁽²²⁴⁾ ainsi que la garantie faite aux femmes, à qualifications égales entre candidats de sexe différent, d'être convoquées à des entretiens d'embauche⁽²²⁵⁾. N'est pas condamnable la mesure qui accorde aux femmes une priorité d'emploi, à égalité d'aptitudes avec les hommes, à condition qu'elle ouvre la possibilité d'écarter cette faveur si des motifs tenant aux mérites d'un candidat masculin le justifient⁽²²⁶⁾. L'idée est simple : l'intérêt d'un seul ne doit pas nuire aux intérêts de tous. Y fait écho la formule employée par le Conseil constitutionnel selon laquelle la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités « ne saurait faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune »⁽²²⁷⁾. Ont en conséquence été déclarées « contraires au principe d'égalité devant la loi » les dispositions de la loi du 23 mars 2006⁽²²⁸⁾ imposant le respect de proportions déterminées entre les sexes au sein des conseils

(217) Dir. n° 2000/78, art. 4, § 1.

(218) CJCE, 30 juin 1988, aff. C-318/86, *Commission c/ France* : Rec. CJCE 1988, I, p. 3559.

(219) CJCE, 15 mai 1986, aff. C-222/84, *Johnston* : Rec. CJCE 1986, I, p. 1651.

(220) CJCE, 25 juill. 1991, aff. C-354/89, *Stoeckel* : Rec. CJCE 1991, I, p. 4047 ; *Dr. soc.* 1992, p. 174, obs. M.-A. Moreau ; RTDE 1993, p. 81, note E. Traversa.

(221) Sur les difficultés d'identifier la situation de sous-représentation désavantageuse, V. not. B. Teysié, *Droit européen du droit travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n° 760.

(222) CJCE, 6 juill. 2000, aff. C-407/98, *Abrahamsson et Anderson* : Rec. CJCE 2000, I, p. 5539.

(223) CJCE, 17 oct. 1995, aff. C-450/93, *Kalanke* : Rec. CJCE 1995, I, p. 3051 ; *Dr. soc.* 1996, p. 494, obs. M.-T. Lanquetin ; RTDE 1996, p. 287, note L. Charpentier.

(224) CJCE, 28 mars 2000, aff. C-158/97, *Badeck e.a.* : Rec. CJCE 2000, I, p. 1875 ; *Dr. soc.* 2001, p. 879, note K. Berthou.

(225) CJCE, 28 mars 2000, préc.

(226) CJCE, 11 nov. 1997, aff. C-409/95, *Marschall* : Rec. CJCE 1997, I, p. 6363. – CJCE, 6 juill. 2000, préc.

(227) Cons. const., 16 mars 2006, n° 2006-553 DC : JO 24 mars 2006 ; JCP S 2006, 1273, note J.-F. Cesaro.

(228) L. n° 2006-340, 23 mars 2006, relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel, dans les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique. Peut, et doit, être interprété à la lumière du droit de l'Union européenne l'article L. 1142-4 du Code du travail français aux termes duquel les dispositions relatives à l'égalité entre les femmes et les hommes ne font pas obstacle aux mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes pour établir l'égalité des chances⁽²²⁹⁾. Une conception similaire de l'égalité anime le droit français et européen. Elle doit être entretenue⁽²³⁰⁾. Ce n'est pas toujours le cas⁽²³¹⁾.

2° Aménagements raisonnables

328. – Assimilation. L'article 5 de la directive n° 2000/78 impose à l'employeur, à travers la législation nationale, d'adopter des mesures d'aménagements raisonnables pour les personnes handicapées, sauf si elles représentent des charges disproportionnées⁽²³²⁾. Elles doivent leur permettre d'accéder à un emploi, de l'exercer (*via* par exemple une diminution du temps de travail)⁽²³³⁾ ou d'y progresser, ou encore de bénéficier de formations. Le législateur ne s'est pas contenté de transposer fidèlement la directive n° 2000/78 à l'article L. 5213-6 du Code du travail ; il en diffuse la substance en imposant aux partenaires sociaux, dans le cadre de la négociation triennale de branche⁽²³⁴⁾ et annuelle d'entreprise⁽²³⁵⁾, d'examiner les mesures tendant à l'insertion professionnelle et au maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés. Il étend aussi la portée du mécanisme au-delà du handicap, ce que la directive autorise⁽²³⁶⁾, en imposant aux partenaires sociaux de négocier un accord qui

(229) Pourrait surgir un doute sur la conformité au droit européen de l'article L. 5212-2 du Code du travail faisant obligation à tout employeur occupant au moins vingt salariés d'employer, « dans la proportion de 6 % de l'effectif total de ses salariés (...) des travailleurs handicapés », sous peine de sanctions financières. Deux solutions sont concevables : 1) La Cour de justice de l'Union européenne admet que ce texte national doit être interprété à la lumière des solutions retenues à propos de l'égalité entre les hommes et les femmes, ce qui implique d'écarter la garantie d'emploi « absolue et inconditionnelle » lorsque le mérite d'un candidat non handicapé le justifie ; 2) Il est plus probable que la Cour de justice décide que puisque l'article 7, § 2, de la directive n° 2000/78 décide expressément que les États peuvent adopter des actions positives envers les personnes handicapées (ce qui semble impliquer que leur soit réservé un traitement différent des autres publics pouvant, indistinctement, faire l'objet d'actions positives), et compte tenu de leur particulière difficulté à obtenir un emploi et à s'y maintenir, des quotas de travailleurs handicapés puissent être prévus.

(230) V. not. Cass. soc., 18 déc. 2007, n° 06-45.132, *Sté autonome des transports parisiens RATP c/ M. S.* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 215 ; *RJS* 3/2008, n° 319 ; *JCP S* 2008, 1216, note B. Boubli (jugeant contraire au principe d'égalité de traitement les dispositions du statut du personnel de la RATP accordant une priorité absolue et inconditionnelle aux candidatures de certaines catégories de femmes en leur réservant le bénéfice de l'inopposabilité des limites d'âge pour l'accès au statut d'agent permanent).

(231) La loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011 impose notamment que dans les sociétés dont les actions sont admises aux négociations sur un marché réglementé, la proportion des administrateurs de chaque sexe ne soit pas inférieure à 40 % (cf. C. com., art. L. 225-18-1).

(232) Le mécanisme reposant sur le standard du « raisonnable » et de la « proportionnalité », il revient au juge d'en tracer les limites. L'interprétation, circonstanciée, devrait varier selon la situation de l'entreprise. Doivent à ce titre être prises en compte les aides financières que l'employeur a pu percevoir (Dir. n° 2000/78, art. 5). La Cour de justice n'a pas encore livré de principes directeurs. Elle a renvoyé au juge national le soin d'apprécier si la réduction du temps de travail en tant que mesure d'aménagement représente une charge disproportionnée pour l'employeur. La Cour de justice lui suggère néanmoins d'adopter une réponse négative en relevant que l'employeur, suite au licenciement du travailleur handicapé, a diffusé une offre d'emploi à temps partiel correspondant à son poste (CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark [Ring et Werge]* : *Rec. CJUE* 2013 ; *JCP S* 2013, 1238, note J. Cavallini).

(233) CJUE, 11 avr. 2013, préc.

(234) C. trav., art. L. 2241-5.

(235) C. trav., art. L. 2242-13.

(236) Dir. n° 2000/78, art. 8, § 1.

détermine les mesures à mettre en œuvre pour concilier la vie professionnelle avec la carrière syndicale des représentants du personnel⁽²³⁷⁾.

La Cour de justice de l'Union européenne, en interprétant extensivement la notion de handicap, élargit le champ des aménagements raisonnables obligatoires. Elle y assimile la maladie⁽²³⁸⁾ et l'obésité⁽²³⁹⁾ lorsque ces caractéristiques entravent, de longue date, la participation des personnes concernées à la vie professionnelle⁽²⁴⁰⁾. Bien qu'en droit français ces caractéristiques soient appréhendées sur le terrain des discriminations (la première *via* l'état de santé et la seconde *via* l'apparence physique), elles imposent désormais aussi l'adoption de mesures actives sous contrôle du juge européen.

329. – Connexion. La frontière séparant l'aménagement raisonnable de la non-discrimination est ténue. Le premier se renforce au contact de la seconde. L'article 5 de la directive n° 2000/78 envisage les mesures permettant d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser. La rupture du contrat n'est pas visée. En ce domaine, la Cour de justice censure, sur le fondement des règles relatives à la discrimination indirecte, l'absence de prise en compte suffisante par l'employeur des « besoins spécifiques liés à la protection » que requiert l'état des travailleurs handicapés licenciés. Est discriminatoire la mesure, adoptée en application d'un plan conventionnel de rupture, accordant une indemnité de licenciement pour motif économique minorée aux travailleurs âgés selon leur capacité à percevoir précocement une pension de retraite, ce qui est le cas des travailleurs handicapés⁽²⁴¹⁾. Peut être discriminatoire (ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier) la mesure, adoptée en application de la loi, prévoyant la possibilité de rompre avec un préavis réduit le contrat de travail des salariés malades, sans distinction selon leur handicap (donc sans prise en compte de la situation que cet état appelle), en raison de leur absence⁽²⁴²⁾.

Le droit français n'est pas étranger à la connexion établie entre les mesures d'aménagement de la situation des groupes susceptibles d'être défavorisés et les discriminations. L'article L. 5213-6, alinéa 3, du Code du travail prévoit expressément que le refus de l'employeur de prendre des mesures favorisant la situation professionnelle des travailleurs handicapés peut être constitutif d'une discrimination. En matière syndicale, le juge décide que l'absence de prise en compte de l'exercice de mandats représentatifs dans le calcul du montant d'une prime d'objectifs est discriminatoire⁽²⁴³⁾. Poursuit une vision similaire, bien que ne soit pas concernée la règle

(237) C. trav., art. L. 2141-5, al. 2.

(238) CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark (Ring et Werge)* : *Rec. CJUE* 2013 ; *JCP S* 2013, 1238, note J. Cavallini. – CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-152/11, *Odar* : *Rec. CJUE* 2012 ; *JCP S* 2013, 1086, note J. Cavallini. – CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06, *Coleman* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 5603 ; *RJS* 11/2008, p. 883, note M. Le Barbier-Le Bris ; *JCP S* 2008, 1549, note J. Cavallini. – CJCE, 11 juill. 2006, aff. C-13/05, *Chacón Navas* : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 6467 ; *RJS* 10/2006, n° 1138.

(239) CJUE, 18 déc. 2014, aff. C-354/13, *FOA* : *Rec. CJUE* 2014 ; *RJS* 4/2015, p. 217 ; *JCP S* 2015, 1068, note J. Cavallini.

(240) Comp. CJUE, 18 mars 2014, aff. C-363/12, *Z.* : *Rec. CJUE* 2014, décidant que l'incapacité d'une travailleuse de porter un enfant en raison de considérations physiologiques ou pathologiques et qui a recouru à une convention de mère porteuse ne constitue pas, en elle-même, un handicap car elle ne l'empêche pas d'accéder à un emploi, de l'exercer ou d'y progresser.

(241) CJUE, 6 déc. 2012, préc.

(242) CJUE, 11 avr. 2013, préc.

(243) Cass. soc., 6 juill. 2010, n° 09-41.354, *M^{me} L. c/ Caisse d'épargne de Bretagne et Pays de Loire* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 157 ; *JCP S* 2010, 1461, note B. Bossu.

de non-discrimination, la solution selon laquelle lorsque l'absence prolongée du salarié pour cause de maladie résulte d'un manquement de l'employeur à l'obligation de sécurité de résultat, ses conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise ne peuvent être invoquées pour justifier un licenciement⁽²⁴⁴⁾. Le manque de dynamisme de l'employeur est sanctionné. La notion d'aménagement raisonnable est nouvelle, mais l'idée qui l'anime est ancienne : elle peut être coulée dans le moule de l'exécution de bonne foi des conventions.

§ 3. – Sécurité

330. – La sécurité est un concept ambivalent. Elle emporte la protection du corps (I) et de l'âme (II) des parties à la relation de travail. Ces exigences impliquent respectivement la préservation de la santé et la promotion de la sécurité juridique à travers le droit à un procès équitable.

I. – Sécurité du corps

331. – Garantir la sécurité des travailleurs impose de protéger l'espace de travail (A) et de contrôler le temps de travail (B).

A. – Espace

332. – **Intégration.** La nécessité de protéger la santé, physique et mentale, des travailleurs, fait l'objet d'un consensus en droit international⁽²⁴⁵⁾. Les règles les plus abouties, comme c'est souvent le cas, sont issues du droit de l'Union européenne. Les textes français transposent fidèlement, à de rares exceptions près⁽²⁴⁶⁾, la lettre des nombreuses directives relatives à la santé et à la sécurité des travailleurs⁽²⁴⁷⁾. La

(244) Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.082, *M^{me} B. c/ Sté Kalisterra* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 71 ; *RJS* 5/2013, n° 361 ; *JCP S* 2013, 1315, note F. Pelletier ; *RDT* 2013, p. 328, obs. B. Pélissier.

(245) Conv. OIT n° 155 sur la sécurité et la santé des travailleurs, 22 juin 1981 (« le terme santé, en relation avec le travail, ne vise pas seulement l'absence de maladie ou d'infirmité ; il inclut aussi les éléments physiques et mentaux affectant la santé directement liés à la sécurité et à l'hygiène du travail »). – Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), pour qui « la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité ». – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 31. – Charte sociale européenne, art. 3. – Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 7, b). – Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, art. 19.

(246) CJCE, 5 juin 2008, aff. C-226/06, *Commission c/ France* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 86 ; *RJS* 10/2008, n° 1053. La France a été condamnée en raison d'un triple manquement à ses obligations concernant la transposition de la directive n° 89/391 : à l'article 12, § 3 et 4 de la directive consacrant le droit des représentants des travailleurs ayant une fonction spécifique dans la protection de la sécurité et de la santé de bénéficier d'une formation appropriée en raison d'un défaut d'application au secteur des mines ; à l'article 10, § 1 relatif à l'obligation pour l'employeur d'informer les travailleurs des risques pour leur santé et leur sécurité, le droit français l'excluant pour certaines catégories d'entreprises selon le nombre de salariés ; à l'article 2, § 2 qui autorise par exception les États à exclure certaines activités spécifiques de l'application des dispositions générales relatives à la santé et à la sécurité des salariés, comme les forces armées, la police et les services de protection civile, en raison de l'application de cette dérogation aux entreprises de transport ferroviaire, comme la RATP et la SNCF.

(247) L'acquis « législatif » dans le domaine de la santé et de sécurité est important ; plus de cinquante directives ont été adoptées (V. not. B. Teyssié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n°s 506 et s., p. 227 et s.). L'une a une portée générale (Dir. n° 89/391/CEE, 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail : *JOCÉ* n° L 123, 29 juin 1989, p. 1. – Sur la transposition en droit français de la directive, cf. L. n° 91-1414, 31 déc. 1991 ; Ord. n° 2001-175, 22 févr. 2001). Les autres ont une portée particulière, relatives notamment à l'âge du salarié (Dir. n° 94/33/CE, 22 juin 1994, relative à la protection des jeunes au travail : *JOCÉ* n° L 216, 20 août 1994, p. 12), à la maternité (Dir. n° 92/85/CEE, 19 oct. 1992, concernant la mise en œuvre

transposition matérielle, satisfaisante, n'est cependant pas suffisante : la Cour de justice impose aux États de faire effectivement respecter par les employeurs leurs obligations en matière de santé et de sécurité. La Cour de cassation intègre cette idée au fil de ses arrêts. Bien qu'elle n'y déploie pas systématiquement la technique de l'interprétation du droit national à la lumière de la directive du 12 juin 1989 (spécialement lorsqu'il s'agit d'arrêts de rejet), l'empreinte du droit européen est perceptible. Le juge donne corps aux normes législatives et réglementaires d'aspect technique : il précise, s'agissant des obligations de l'employeur, leurs débiteurs, notamment dans le cadre du travail temporaire⁽²⁴⁸⁾, leurs domaines⁽²⁴⁹⁾, leur sanction – qu'il s'agisse d'indemnisation⁽²⁵⁰⁾ ou de rupture du contrat⁽²⁵¹⁾ – et le régime probatoire qui s'y applique⁽²⁵²⁾. De manière plus générale, la Cour de cassation ajoute à

de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail : *JOCE* n° L 348, 28 nov. 1992, p. 1), aux conditions de travail (exposition au bruit ou à des vibrations mécaniques pendant le travail, utilisation d'équipements de travail, manutention de charges, exposition à l'amiante, à des agents cancérigènes et mutagènes au travail, à des champs électromagnétiques, à des rayonnements optiques artificiels ainsi qu'au chlorure de vinyle monomère, etc.) ou encore à la nature du contrat de travail (Dir. n° 91/383/CEE, 25 juin 1991, complétant les mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail des travailleurs ayant une relation de travail intérimaire : *JOCE* n° L 206, 29 juill. 1991, p. 19).

(248) Sont débitrices de l'obligation de sécurité, en matière de travail temporaire, tant l'entreprise utilisatrice que l'entreprise de travail temporaire (Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 08-703.90, *M. R. c/ Sté Addeco et Sté Barreault Lafon* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 270 ; *RJS* 2/2011, n° 185 ; *JCP S* 2011, 1183, note F. Bousez).

(249) Est admis le préjudice d'anxiété (Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-20.912, *CGEA AGS de Chalon-sur-Saône c/ M. D. et a.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 202 ; *RJS* 12/2013, n° 843 ; *JCP S* 2013, 1459, note M. Ledoux et F. Quinquis). L'employeur manque à son obligation de sécurité de résultat lorsqu'un salarié est victime sur le lieu de travail d'agissements de harcèlement moral ou sexuel ou de violences physiques ou morales exercées par l'un ou l'autre des autres salariés quand bien même il aurait pris des mesures en vue de faire cesser ces agissements (Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-40.144 et 08-44.019, *M^{me} V. c/ Sté les hôtels de Paris* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 30 ; *RJS* 4/2010, n° 348 ; *JCP G* 2010, 321, note J. Mouly). Des méthodes de gestion sont susceptibles de caractériser un harcèlement moral (Cass. soc., 10 nov. 2009, n° 07-45.321, *Assoc. vacances loisirs c/ M. M.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 247 ; *RJS* 1/2010, n° 8).

(250) Le non-respect par l'employeur de ses obligations relatives à la visite médicale de reprise cause nécessairement un préjudice au salarié (Cass. soc., 13 déc. 2006, n° 05-44.580, *Sté Valentin traiteur c/ M. F.* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 373 ; *RJS* 2/2007, n° 293 ; *JCP S* 2007, 1579, note F. Dumont). La solution est identique en ce qui concerne la visite médicale d'embauche (Cass. soc., 17 oct. 2012, n° 10-14.248, *M. B. c/ M. D.* : *Bull. civ.* 4248, V, n° 268 ; *RJS* 1/2013, n° 77 ; *JCP S* 2012, 1519, note D. Boulmier). Lorsqu'un salarié a été licencié en raison d'une inaptitude consécutive à une maladie professionnelle imputable à une faute inexcusable de l'employeur, il a droit à une indemnité réparant la perte de son emploi (Cass. soc., 17 mai 2006, n° 04-47.455, *SCP Amar, Benâim, Jakubowicz c/ Henry Lopez Ferreira* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 176 ; *RJS* 8-9/2006, n° 941 ; *JCP S* 2006, 1538, note G. Vachet).

(251) L'employeur ne peut rompre le contrat de travail à durée indéterminée que s'il justifie soit d'une faute grave du salarié, soit de l'impossibilité où il se trouve, pour un motif non lié à l'accident, de maintenir ledit contrat (Cass. soc., 28 févr. 2006, n° 05-41.555, *M. D. c/ Sté Cubit France technologies* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 87 ; *RJS* 5/2006, n° 555 ; *JCP S* 2006, 1278, note P. Sargos). Est nul le licenciement du salarié fondé sur la perturbation du fonctionnement de l'entreprise provoquée par son absence prolongée lorsque cette dernière est la conséquence d'une altération de son état de santé consécutive au harcèlement moral dont il a été l'objet (Cass. soc., 11 oct. 2006, n° 04-48.314, *M. P. c/ Sté Cora* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 301 ; *RJS* 12/2006, n° 1272 ; *JCP S* 2006, 1985, note J.-Y. Frouin). Est nulle la sanction disciplinaire prononcée en raison de l'insuffisance des résultats du salarié inapte lorsque l'employeur n'a pas pris en considération les propositions de mesures individuelles formulées par le médecin du travail et qu'il ne justifie pas de motifs l'empêchant de les respecter (Cass. soc., 19 déc. 2007, n° 06-43.918, *Sté Logidis c/ M. M.* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 216 ; *Dr. soc.* 2008, p. 388, obs. J. Savatier). Est nul le licenciement prononcé par l'employeur pour un motif lié à l'exercice légitime par le salarié du droit de retrait de son poste de travail dans une situation de danger (Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-44.556, *M. W. c/ Sté Sovab* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 24 ; *RJS* 4/2009, n° 361 ; *JCP S* 2009, 1226, note P.-Y. Verkint). Le salarié qui a subi des agissements de harcèlement ou de violence peut rompre le contrat aux torts de l'employeur par la technique de la résiliation judiciaire (Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 05-41.741, *Sté Auvergne dénrées c/ M^{me} M.*, non publié au bulletin ; *RJS* 5/2007, n° 547) ou de la prise d'acte (Cass. soc., 3 févr. 2010, n° 08-44.019, *M^{me} M. c/ Sté Stratorg* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 30 ; *RJS* 4/2010, n° 348. – Cass. soc., 16 juin 2009, n° 08-41.519, *M. K. c/ Sté Elyo Centre Est Méditerranée* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 147 ; *RJS* 8-9/2009, n° 706).

(252) Lorsque le salarié fait valoir que l'employeur n'a pas adapté son poste de travail conformément aux recommandations du médecin du travail, il appartient à l'employeur de justifier qu'il a procédé à une telle adaptation ou des raisons pour lesquelles une telle adaptation était impossible (Cass. soc., 14 oct. 2009, n° 08-42.878, *M. L. c/ Sté Point P* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 221 ; *RJS* 12/2009, n° 904 ; *JCP S* 2010, 1009, note P.-Y. Verkint). Les dispositions de l'article L. 3171-4 du Code du travail relatives à la répartition de la charge de la preuve des heures de travail effectuées entre l'employeur et le salarié ne sont pas applicables à la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l'Union européenne,

l'interdiction pour l'employeur de prendre des mesures qui auraient pour objet ou pour effet d'enfreindre les règles de sécurité⁽²⁵³⁾ l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour la promouvoir⁽²⁵⁴⁾.

333. – Exaltation. Il n'appartient pas au juge national d'interpréter les instruments supranationaux pour y découvrir des solutions qu'ils n'imposent pas. Outre que l'exaltation du sens des textes ne relève pas de son office, l'exercice peut entraîner des complications. En atteste la vigueur reconnue par la Cour de cassation à l'obligation de sécurité de l'employeur, qualifiée « de résultat »⁽²⁵⁵⁾. Naguère découverte sur la base du contrat⁽²⁵⁶⁾, cette solution est désormais fondée sur la loi interprétée à la lumière de la directive de 1989⁽²⁵⁷⁾. Celle-ci ne commande pourtant pas de reconnaître à l'obligation une telle vigueur. L'objectif recherché par le juge, louable, consistant à inciter les employeurs à renforcer les actions de prévention des risques⁽²⁵⁸⁾, le conduit à retenir des solutions sévères. Parce qu'il en a conscience, il tente de trouver un point d'équilibre. Tel est le cas lorsqu'il décide que le manquement par l'employeur à son obligation de sécurité engage sa responsabilité mais ne justifie pas nécessairement la rupture du contrat à l'initiative du salarié qui en est victime⁽²⁵⁹⁾. Mais l'exercice échoue souvent lorsque l'obligation de sécurité rencontre une liberté fondamentale des salariés : la promotion de l'une implique l'éviction de l'autre. Le juge doit opérer un choix de valeurs qui n'est pas satisfaisant. La rigidité propre à l'obligation de sécurité de résultat en est la cause. Deux situations en offrent illustration. Voici un employeur qui, confronté à une grève, remarque que les salariés non grévistes, soumis à la pression des grévistes, subissent des insultes et des jets de projectiles à leur entrée dans les locaux. Invoquant la protection de leur sécurité, il ferme l'entreprise. La Cour de cassation ignore l'obligation de sécurité pour protéger le droit de grève⁽²⁶⁰⁾. Voici un employeur qui, confronté à la réin-

qui incombe à l'employeur (Cass. soc., 17 oct. 2012, n° 10-17.370, *Assoc. Vers la vie pour l'éducation des jeunes [AVVE]* c/ *M. B. et a.* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 267 ; *JCP S* 2013, 1031, note E. Andréo).

(253) Le non-respect des règles peut impliquer de prononcer la suspension judiciaire d'une organisation dangereuse pour les travailleurs (Cass. soc., 5 mars 2008, n° 06-45.888, *Sté Snecma c/ Synd. CGT Snecma Genevilliers* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 46 ; *RJS* 5/2008, n° 509 ; *Dr. soc.* 2008, p. 605, obs. P. Chaumette).

(254) Cette obligation implique que l'employeur adopte les mesures nécessaires pour protéger les salariés du risque du tabagisme passif (Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-65.103, *M. M. c/ Sté de l'abbaye de Saint-Ermire* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 215 ; *RJS* 12/2010, n° 940 ; *JCP S* 2010, 1043, note P.-Y. Verkindt). Est dénué de cause réelle et sérieuse le licenciement prononcé à la suite d'une inaptitude consécutive à l'absence de mesures préventives prises par l'employeur (Cass. soc., 2 déc. 2009, n° 08-44.969, *M^{me} C. c/ Sté Hinoux Tolub* : *RJS* 2/2010, n° 174).

(255) Est mis en évidence par la doctrine, dans le domaine du droit de la santé au travail, « le rôle joué par une jurisprudence créative » (P.-Y. Verkindt, *L'irrésistible ascension du droit de la santé au travail* : *JCP S* 2015, 1243).

(256) Cass. soc., 28 févr. 2002, n° 99-21.255, *Sté Eternit industrie* : *Bull. civ.* 2002, V, n° 81 ; *RJS* 5/2002, n° 626.

(257) Cass. soc., 28 févr. 2006, n° 05-41.555, *M. D. c/ Sté Cubit France technologies* : *Bull. civ.* 2006, V, n° 87 ; *RJS* 5/2006, n° 555 ; *JCP S* 2006, 1278, note P. Sargos.

(258) V. not. M. Blatman, *L'obligation de sécurité de résultat de la Cour de cassation en six étapes : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1295, p. 7, spéc. p. 9. – J.-Ph. Lhernould, *Obligation de sécurité de résultat : des arrêts amiante à l'arrêt Snecma, brève chronique jurisprudentielle d'un univers en expansion* : *JSL* 1^{er} sept. 2008, n° 239, p. 6.

(259) Cass. soc., 26 mars 2014, n° 12-23.634, *M. C. c/ Sté Home Expertise center* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 85 ; *RJS* 6/2014, n° 470 ; *JCP S* 2014, 1302, note F. Dumont. – Cass. soc., 11 mars 2015, n° 13-18.603, *M^{me} C. c/ Sté Halla Visteon Charleville*, à paraître au bulletin ; *RJS* 5/2015, n° 319 ; *JCP S* 2015, 1191, note L. Flament.

(260) Cass. soc., 17 déc. 2013, n° 12-23.006, *Sté Michelin c/ M. A.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 303 ; *JCP S* 2014, 1117, note R. Vatinet. – L'affirmation doit être tempérée. La Cour de cassation se range derrière l'appréciation souveraine du juge du fond qui avait relevé « qu'aucune voie de fait ne pouvait être tenue pour constituée ni qu'aucune situation d'insécurité ou d'atteinte aux personnes n'était établie », ce dont il pouvait déduire « que la fermeture de l'entreprise était illicite et constitutive d'une entrave à l'exercice du droit de grève ». Il n'y aurait donc pas incompatibilité entre l'obligation de sécurité et l'exercice du droit de grève. Néanmoins, la promotion de « l'effectivité » de l'obligation de sécurité aurait permis à la cour, si elle l'avait voulu, de procéder à un contrôle plus approfondi de la décision des juges du fond.

tégration d'un salarié protégé accusé de harcèlement par ses collègues, suite à l'annulation de son licenciement, craint que son retour soit source d'atteinte à la santé de ces derniers. Invoquant la protection de leur sécurité, il refuse de réintégrer le salarié. La Cour de cassation rejette l'argument sécuritaire au profit de la protection du mandat syndical⁽²⁶¹⁾. L'employeur est soumis, dans les deux cas, à une injonction paradoxale⁽²⁶²⁾ : l'obligation de sécurité de résultat le contraint à organiser l'entreprise afin d'éviter tout accident ou incident, mais son invocation le conduit à violer la liberté syndicale. La Cour de cassation est prise au piège créé par sa propre exaltation. Il est discutable de développer la portée de l'obligation de sécurité sans reconnaître à l'employeur l'ensemble des moyens de la respecter. Une conception plus souple de l'obligation de sécurité aurait sans doute permis l'adoption de solutions plus mesurées ou, du moins, aurait entraîné un débat sur la conciliation de cette obligation avec les droits et libertés des salariés. S'engager dans cette voie est possible : la Cour de justice rappelle que la directive de 1989 n'impose pas aux États de reconnaître une obligation de sécurité de résultat de l'employeur⁽²⁶³⁾. Y est compatible l'obligation « raisonnablement praticable »⁽²⁶⁴⁾ consacrée par le droit anglais⁽²⁶⁵⁾. Le juge français doit poursuivre l'assimilation des raisonnements fondés sur les « standards ». La construction de la jurisprudence supranationale, dans tous les secteurs du droit du travail, repose largement sur cette technique.

B. – Temps

334. – Désillusion. Les règles relatives au temps de travail ont pour finalité de protéger la santé et la sécurité des travailleurs⁽²⁶⁶⁾. En ce domaine, le droit français aurait pu se croire à l'abri de l'influence des normes supranationales⁽²⁶⁷⁾. Outre que celles-ci renferment surtout des règles générales (la durée maximale de travail doit

(261) Cass. soc., 24 juin 2014, n° 12-24.623, *M. H. c/ Sté Precia* : Bull. civ. 2014, V, n° 156 ; RJS 10/2014, n° 708. – L'affirmation doit être tempérée. La Cour de cassation relève que l'autorité administrative n'avait pas caractérisé la situation de harcèlement. Il n'y aurait donc pas incompatibilité entre l'obligation de sécurité et la protection du mandat syndical. Néanmoins, la santé mentale des salariés peut être affectée au-delà des terres du harcèlement.

(262) A. Bugada, *L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ?* : JCP S 2014, 1450.

(263) CJCE, 14 juin 2007, aff. C-127/05, *Commission c/ Royaume-Uni* : Rec. CJCE 2007, I, p. 4619 ; RJS 10/2007, p. 783, note E. Lafuma.

(264) CJCE, 14 juin 2007, préc. Bien que la Cour de justice ne se prononce pas sur la question, la dégradation de l'obligation de sécurité de résultat en obligation de moyen n'autoriserait certainement pas, pour apprécier cette dernière, de retenir une analyse « coûts-bénéfices » à l'issue de laquelle il puisse être admis que l'employeur ne soit pas responsable lorsque la mesure qu'il lui est reproché de ne pas avoir prise était disproportionnée en termes de coûts ou de difficultés économiques par rapport au risque encouru par les salariés. Le treizième considérant de la directive de 1989 décide que « l'amélioration de la sécurité, de l'hygiène et de la santé des travailleurs au travail représente un objectif qui ne saurait être subordonné à des considérations de caractère purement économique » (*adde*, CJCE, 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, *Dellas e.a.* : Rec. CJCE 2005, I, p. 10253 ; RJS 2/2006, p. 89, note J.-Ph. Lhernould. – CEDH, 9 oct. 1970, req. n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*, série A, n° 32).

(265) V. not. L. Lerouge et A. Musiala, *L'obligation de sécurité de l'employeur en Europe* : RDT 2008, p. 124.

(266) CJCE, 5 oct. 2004, aff. C-397/01 à C-403/01, *Pfeiffer e.a.* : Rec. CJCE 2004, I, p. 8835 ; RJS 12/2004, p. 871, note J.-Ph. Lhernould. – Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *X... c/ Sté Y...* : Bull. civ. 2011, V, n° 191 ; RJS 8-9/2011, n° 696 ; JCP S 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé.

(267) Dans l'ordre de l'Union européenne, peuvent être trouvées, à l'instar de la protection du lieu de travail, des dispositions générales (Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail : JOUE n° L 299, 18 nov. 2003, p. 9, « recodifiant » la directive n° 93/104/CE du 23 novembre 1993 : JOCE n° L 307, 13 déc. 1993, p. 18. – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 31. – Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, art. 8) et spéciales (V. not. Cons. UE, dir. n° 97/81/CE, 15 déc. 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES : JOCE n° 14, 20 janv. 1998, p. 9).

être « limitée »⁽²⁶⁸⁾, « raisonnable »⁽²⁶⁹⁾, voire « adéquate »⁽²⁷⁰⁾) et minimales⁽²⁷¹⁾, la législation nationale comporte nombre de dispositions plus favorables aux salariés. La confiance de l'État français dans la qualité des normes par lui édictées fut telle qu'il ne jugea pas utile de transposer à temps la directive n° 94/33 du 22 juin 1994 relative à la protection des jeunes au travail, ce qui emporta sa condamnation⁽²⁷²⁾. La jurisprudence des différents juges supranationaux emporte pourtant régulièrement des remises en cause, plus ou moins profondes, des solutions nationales. Les certitudes françaises tombent progressivement. Deux difficultés apparaissent : concilier les normes supranationales entre elles lorsqu'elles semblent contradictoires pour trouver une solution interne satisfaisante (1°) ; vérifier l'adéquation du droit national au droit supranational, ce qui implique de tracer les frontières de l'interprétation conforme (2°).

1° Conciliation des normes supranationales

335. – Improbation. La construction du droit du travail est par essence source de conflits qui opposent moins souvent les valeurs, généralement partagées par tous, que les voies à emprunter pour les promouvoir. Nul ne songerait à critiquer la nécessité de protéger la sécurité des travailleurs. Mais les normes supranationales ne commandent pas toujours les mêmes solutions pour y parvenir. Le conflit de normes est gênant lorsqu'il semble irréductible. Cette situation est heureusement rare. Elle survient lorsque le respect d'une règle d'origine supranationale par le droit français provoque nécessairement la violation d'une autre. Respectant la convention n° 89 de l'OIT⁽²⁷³⁾, la loi française interdisait le travail de nuit des femmes pour, entre autres, assurer la protection de leur sécurité. La Cour de justice⁽²⁷⁴⁾ jugea la règle contraire au principe d'égalité de traitement entre les sexes énoncé par la directive n° 76/207⁽²⁷⁵⁾. La France dut dénoncer la convention et modifier la loi⁽²⁷⁶⁾.

336. – Approbation. L'opposition entre les solutions supranationales peut n'être qu'apparente. Il appartient alors aux juges de concilier les normes. Lorsque le conflit naît au sein d'un même ordre juridique, il revient au juge de celui-ci d'y procéder. Tel fut le cas lorsque la Cour de justice de l'Union européenne décida que les règles françaises relatives au repos dominical n'étaient pas contraires à celles relatives à

(268) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 31, § 2.

(269) Charte sociale européenne, art. 2, § 1.

(270) Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, art. 19.

(271) Dir. n° 2003/88/CE, préc.

(272) CJCE, 18 mai 2000, aff. C-45/99, *Commission c/ France* : Rec. CJCE 2000, I, p. 3615.

(273) Conv. OIT n° 89, 9 juill. 1948, concernant le travail de nuit des femmes occupées dans l'industrie, art. 3.

(274) CJCE, 25 juill. 1991, aff. C-354/89, *Stoekel* : Rec. CJCE 1991, I, p. 4047 ; *Dr. soc.* 1992, p. 174, obs. M.-A. Moreau.

(275) Cons. UE, dir. n° 76/207/CEE, 9 févr. 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, art. 5 : JOCE n° L 39, 14 févr. 1976, p. 40.

(276) Désormais ouvert aux femmes et aux hommes, le recours au travail de nuit (C. trav., art. L. 3122-29) est étroitement contrôlé par la Cour de cassation à la lumière de la directive « temps de travail ». Exceptionnel, il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou de services d'utilité sociale. Tel n'est pas le cas d'un commerce de parfumerie situé sur les Champs-Élysées (Cass. soc., 24 sept. 2014, n° 13-24.851, *SA Sephora c/ Synd. des employés du commerce Île-de-France UNSA et a.* : Bull. civ. 2014, V, n° 205 ; JCP S 2014, 1427, note L. Cailloux-Meurice).

la libre concurrence protégées par le traité de Rome⁽²⁷⁷⁾. Le juge national put alors affirmer la conformité du droit français au droit de l'Union⁽²⁷⁸⁾. Lorsque le conflit surgit entre normes élaborées au sein de différents ordres juridiques, il appartient aux autorités nationales, spécialement au juge saisi d'un litige, de les accorder. Au présent, la Cour de cassation⁽²⁷⁹⁾ invoque le droit national interprété à la lumière de la directive temps de travail et de la Charte sociale européenne pour en déduire la conventionnalité de la loi française qui exclut le respect des durées maximales de travail par les conventions de forfait en jours⁽²⁸⁰⁾. La condamnation de cet instrument d'organisation du temps de travail par le Comité européen des droits sociaux n'est que relative⁽²⁸¹⁾. La Charte sociale européenne impose que la durée maximale de travail des salariés soit raisonnable⁽²⁸²⁾. Bien qu'elle exclue le respect des durées maximales de travail, la loi peut satisfaire à cette exigence : l'exclusion de l'approche « quantitative » du temps n'écarte pas son appréhension « qualitative ». Il est nécessaire en revanche que l'accord collectif mettant en place le système des conventions de forfait apporte les garanties nécessaires⁽²⁸³⁾. Au futur, la Cour de cassation pourra déployer une méthode similaire pour interpréter la loi⁽²⁸⁴⁾ qui assimile, conformément au droit de l'Union européenne⁽²⁸⁵⁾, les périodes d'astreinte (sans intervention) à du temps de repos. Le Comité européen des droits sociaux ne fustige cette solution que si l'assimilation n'est pas accompagnée de garanties suffisantes pour assurer la santé des salariés⁽²⁸⁶⁾. Il suffit au juge national de vérifier que la convention collective ouvrant la voie à la mise en place d'astreintes contient ces garanties.

2° Évolution des normes nationales

337. – Adaptation. La directive « temps de travail »⁽²⁸⁷⁾ décide sobrement que les travailleurs bénéficient d'un congé annuel payé de quatre semaines. Rares sont les

(277) CJCE, 23 nov. 1989, aff. C-145/88, *Torfaen Borough Council c/ B & Q PLC* : *Rec. CJCE* 1989, I, p. 3851. – CJCE, 28 févr. 1991, aff. C-312/89, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c/ Conforama e.a.* : *Rec. CJCE* 1991, I, p. 997.

(278) Cass. crim., 12 mars 1991, n° 90-83.530, non publié au bulletin. – Cass. crim., 18 juill. 1991, n° 90-82.208, *Meubles Vuargnoz* : *Bull. crim.* 1991, n° 301, p. 758.

(279) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-71.107, *X... c/ Sté Y...* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 191 ; *RJS* 8-9/2011, n° 696 ; *JCP S* 2011, 1332, note J.-F. Akandji-Kombé ; *JCP S* 2011, 1333, note M. Morand ; *RDT* 2011, p. 481, note M.-F. Mazars, S. Laulom et C. Dejours ; *RDT* 2011, p. 486, note E. Mazuyer.

(280) C. trav., art. L. 3121-48, al. 2 et 3.

(281) CEDS, 23 juin 2010, réclamations n° 55/2009, *CGT c/ Gouvernement de la France* et n° 56/2009, *CFE-CGC c/ Gouvernement de la France*, § 54. – V. not. M. Miné, *Le droit du temps de travail à l'épreuve de la Charte sociale : Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1475, p. 7.

(282) Charte sociale européenne, art. 2, § 1.

(283) À cette condition, le Comité européen des droits sociaux estime, dans le dernier rapport d'application de la Charte sociale européenne paru le 22 janvier 2015, que « la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation donne des assurances quant au respect de la durée du travail raisonnable des salariés relevant du forfait jours ». L'article 2 de la Charte est respecté si toutes les conventions collectives concernées sont modifiées conformément aux prescriptions du Comité (*Le Comité européen des droits sociaux accepte le forfait jour : Liaisons soc. Europe* 2015, n° 370, p. 1).

(284) C. trav., art. L. 3121-6.

(285) CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-303/98, *Simap*, pts 50 et 52 : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 7963 ; *RJS* 1/2001, n° 139. – CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, pt 51 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 8389 ; *RJS* 12/2003, n° 1455 ; *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1138, p. 6, note M. Morand ; *RJS* 12/2003, n° 942, note J.-Ph. Lhernould ; *Dr. soc.* 2004, p. 142, obs. F. Morel.

(286) CEDS, 7 déc. 2004, réclamation n° 22/2003, *CGT c/ France*, § 35 ; *RJS* 7/2005, p. 511, note J.-Ph. Lhernould. – *Adde*, M. Miné, *Le droit du temps de travail à l'épreuve de la Charte sociale : Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1228, p. 8. – CEDS, 23 juin 2010, réclamation n° 55/2009, préc., § 64. – De telles garanties n'existent pas pour l'heure. Le Comité européen des droits sociaux l'a rappelé dans le rapport d'application de la Charte sociale européenne paru le 22 janvier 2015.

(287) Dir. n° 2003/88/CE, art. 7.

normes aussi simplement formulées qui, sauf celles consacrant des libertés et droits fondamentaux, entraînent la modification régulière des solutions nationales⁽²⁸⁸⁾. Quelques décisions de la Cour de justice de l'Union européenne ont néanmoins suscité l'intervention du législateur français : relativement aux conditions d'ouverture du droit à congés, le législateur, face aux injonctions du juge européen⁽²⁸⁹⁾, a supprimé la condition d'une durée minimale de travail effectif requise pour bénéficier de ce droit⁽²⁹⁰⁾. De nouvelles interventions sont attendues : la Cour de cassation signale, dans son rapport annuel de 2014⁽²⁹¹⁾, que l'article L. 3141-26, alinéa 2 du Code du travail dispose que la faute lourde du salarié est privative des droits à congés payés alors que la directive n° 2003/88/CE n'envisage pas cette perte. Est suggérée la modification de la loi, soit par la suppression de la perte de congés payés en cas de licenciement pour faute lourde, soit par la limitation de cette perte aux jours de congés payés excédant les quatre semaines irréductibles issues du droit de l'Union européenne.

338. – Mais la jurisprudence européenne n'impose souvent qu'une adaptation des solutions nationales. Elle est effectuée par le juge interne *via* la technique de l'interprétation conforme, à la lumière de l'objectif de santé que poursuit le droit aux congés⁽²⁹²⁾.

La Cour de cassation intègre au fil de ses arrêts les solutions européennes fondant le droit du salarié de bénéficier d'un report de ses périodes de congés payés lorsqu'il n'a pas pu en profiter, indépendamment de sa volonté, en raison d'une cause de suspension du contrat de travail intervenue antérieurement ou concomitamment à la prise de congés. Ainsi a-t-elle combattu l'adage « congés pas pris, congés perdus ». Elle considère que le salarié qui n'a pas pu exercer ses droits à congés payés du fait d'un congé de maternité peut le prendre ultérieurement⁽²⁹³⁾. Elle a étendu la solution à l'absence pour maladie professionnelle ou pour accident du travail⁽²⁹⁴⁾, puis à l'absence pour maladie d'origine non professionnelle⁽²⁹⁵⁾ et, enfin, à l'hypothèse où le salarié ne peut exercer ses droits en raison d'une rechute d'accident de travail⁽²⁹⁶⁾. La Cour de cassation doit encore combattre l'adage

(288) Sur le sujet, V. not. J.-Ph. Lhernould, *L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE* : *Dr. soc.* 2010, p. 893.

(289) CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez*, publié au recueil numérique ; *RJS* 4/2012, n° 399 ; *Europe* 2012, 115, note D. Simon ; *JCP S* 2012, 1135, note E. Andréo et J. Misslin. – V. déjà, avant, CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *Bectu* : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 4881 ; *RJS* 10/2001, n° 1232 ; *D.* 2002, p. 404, note J.-L. Clergerie.

(290) L. n° 2012-387, 22 mars 2012, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, art. 50, modifiant l'article L. 3141-3 du Code du travail. – Le législateur s'était auparavant contenté d'abaisser la durée de travail effectif requise d'un mois à dix jours pour qu'un salarié bénéficie de l'ouverture de son droit à congés payés (L. n° 2008-789, 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, art. 22, modifiant l'article L. 3141-3 du Code du travail).

(291) Cour de cassation, Rapport annuel 2014, Doc. fr., p. 43 ; Rapport annuel 2013, Doc. fr., p. 64.

(292) Le droit à congé est conçu comme « un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière » (CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06, *Stringer* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 179 ; *RJS* 4/2009, n° 406. – *Adde* CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *Bectu* : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 4881 ; *RJS* 10/2001, n° 1232 ; *D.* 2002, p. 404, note J.-L. Clergerie).

(293) CJCE, 18 mars 2004, aff. C-342/01, *Gómez* : *Rec. CJCE* 2004, I, p. 2605 ; *RJS* 6/2004, n° 780. – *Cass. soc.*, 2 juin 2004, n° 02-42.405, *Sté Meubles Wieder c/ M. D.* : *Bull. civ.* 2004, V, n° 161 ; *RJS* 8-9/2004, n° 930.

(294) CJUE, 22 nov. 2011, aff. C-214/10, *KHS* : *Rec. CJUE* 2011, I, p. 11757 ; *RJS* 2/2012, n° 201. – *Cass. soc.*, 27 sept. 2007, n° 05-42.293, *Sté Arcadie Sud-Ouest c/ M. V.* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 147 ; *RJS* 12/2007, n° 1298.

(295) CJCE, 20 janv. 2009, aff. C-350/06, *Schultz-Hoff e.a.* et aff. C-520/06, *Stringer e.a.* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 179. – *Cass. soc.*, 24 févr. 2009, n° 07-44.488, *Caisse Primaire d'Assurance Maladie de Creil c/ Mme K. et a.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 49 ; *JCP S* 2009, 1152, note E. Andréo ; *RDT* 2009, p. 241, note M. Véricel.

(296) *Cass. soc.*, 16 févr. 2012, n° 10-21.300, *M. H. c/ Sté Transpole transports en commun de la métropole lilloise* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 75 ; *RJS* 5/2012, n° 466.

« congés sur congés ne vaut ». Le juge européen énonce que le droit au report des congés annuels en cas de chevauchement avec un « arrêt maladie » s'applique aussi bien lorsque celui-ci débute avant le départ en congé annuel que lorsqu'il intervient au cours de la période de congés⁽²⁹⁷⁾. La jurisprudence nationale n'ouvre pour l'heure le droit au report que lorsque la maladie survient antérieurement aux congés⁽²⁹⁸⁾. La position de la Cour de cassation devrait évoluer à l'occasion du prochain litige dont elle sera saisie sur ce thème.

Le droit français se réfère, pour la détermination de la durée du congé, à la notion de « travail effectif »⁽²⁹⁹⁾. Sont assimilées à cette dernière certaines périodes d'absence, limitativement énumérées par la loi⁽³⁰⁰⁾. La Cour de justice, interprétant la directive « temps de travail », fustige le caractère insuffisant de la liste dressée⁽³⁰¹⁾. Pour l'enrichir de certains cas de suspension du contrat de travail qui n'y figurent pas, la Cour de cassation observe que seules la composent des hypothèses d'arrêt de travail d'origine professionnelle. Elle accepte, d'après ce critère, l'assimilation de l'accident de trajet à l'accident du travail⁽³⁰²⁾ mais refuse celle de la maladie non professionnelle à la maladie professionnelle⁽³⁰³⁾. L'impossibilité d'interpréter le droit national conformément au droit de l'Union européenne indique, dans ce dernier cas, l'inconventionnalité du droit français. Il appartient au législateur d'intervenir.

Enfin, la Cour de cassation a confronté les dispositions législatives relatives au compte épargne-temps aux prescriptions de la directive. Le droit de l'Union européenne s'oppose à la fongibilité en argent des temps de repos⁽³⁰⁴⁾ et des congés⁽³⁰⁵⁾ lorsqu'elle menace la sécurité et la santé des travailleurs. La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de cessation de la relation de travail⁽³⁰⁶⁾. La Cour de cassation admet la conformité de la loi française à la directive européenne : le législateur peut déléguer aux partenaires sociaux le soin de déterminer dans quelles conditions et limites le compte épargne-temps peut être alimenté en temps ou en argent à l'initiative du salarié. Il importe alors de vérifier, selon la même méthode que celle appliquée aux conventions de forfait en jours, que la convention collective impose des garanties suffisantes : tel est le cas d'un accord qui décide que le congé annuel ne peut abonder le compte que pour sa durée excédant vingt-quatre jours ouvrables⁽³⁰⁷⁾ et qui interdit d'employer les repos quotidiens et hebdomadaires afin d'alimenter le

(297) CJUE, 21 juin 2012, aff. C-78/11, *ANGED* : *Rec. CJUE* 2012 ; *Europe* 2012, 341, note L. Driguez. – CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-277/08, *Péreda c/ Madrid Movilidad SA* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 8405 ; *JCP S* 2009, 1492, note E. Jeansen ; *RDT* 2009, p. 725, note M. Véricel ; *RTDE* 2010, p. 673, note S. Robin-Olivier.

(298) Cass. soc., 24 févr. 2009, préc. – Cass. soc., 4 déc. 1996, n° 93-44.907, *Col* : *Bull. civ.* 1996, V, n° 420 ; *RJS* 1/1997, n° 50.

(299) C. trav., art. L. 3141-3.

(300) C. trav., art. L. 3141-5.

(301) CJUE, 24 janv. 2012, aff. C-282/10, *Dominguez* : *Rec. CJUE* 2012 ; *RJS* 4/2012, n° 399 ; *Europe* 2012, comm. 115, note D. Simon ; *JCP S* 2012, 1135, note E. Andréo et J. Misslin.

(302) Cass. soc., 3 juill. 2012, n° 08-44.834, *Dominguez c/ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 204 ; *RDT* 2012, p. 567, note M. Véricel.

(303) Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-22.285, *M. J. c/ M. L.* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 73 ; *RDT* 2013, p. 341, note M. Véricel.

(304) CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, pt 51 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 8389 ; *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1138, p. 6, note M. Morand ; *RJS* 12/2003, p. 942, chron. J.-Ph. Lhernould ; *Dr. soc.* 2004, p. 142, obs. F. Morel.

(305) CJCE, 26 juin 2001, aff. C-173/99, *Bectuc* : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 4881 ; *D.* 2002, p. 404, note J.-L. Clergerie.

(306) *Dir.* n° 2003/88CE, art. 7, § 2.

(307) C. trav., art. L. 3152-2.

compte⁽³⁰⁸⁾, peu important que l'accord incite les salariés à utiliser les droits inscrits sur le compte sous forme monétaire⁽³⁰⁹⁾.

339. – Rénovation. L'échec de l'interprétation conforme indique la nécessité de procéder à la rénovation du droit français. Certaines conséquences tirées par le législateur français de la définition par lui retenue du temps de travail ont été critiquées. Il est vrai que cette définition ne contient aucune référence directe au critère du lieu de travail⁽³¹⁰⁾ à la différence de celle contenue dans la directive⁽³¹¹⁾. Cette circonstance peut expliquer l'absence de distinction faite, dans le passé, entre la qualification des périodes d'astreinte selon qu'elles étaient effectuées sur le lieu de travail ou en dehors de celui-ci : elles étaient assimilées, à défaut d'intervention, à du temps de repos pour le calcul des durées du travail. La Cour de justice, rejetant une conception strictement productiviste du temps de travail, considère que, réalisées sur le lieu de travail, les heures d'astreinte doivent être qualifiées de temps de travail⁽³¹²⁾. Le droit français prend – bien que parfois tardivement, ce qui emporte de nouvelles condamnations⁽³¹³⁾ – la mesure de l'injonction : il abolit le calcul de la durée du travail par le mécanisme des équivalences⁽³¹⁴⁾, condamné par la Cour de justice⁽³¹⁵⁾ (sous deux limites : 1) le mécanisme peut toujours être un outil de décompte de la rémunération⁽³¹⁶⁾ ; 2) le mécanisme des équivalences est maintenu pour le décompte des heures dès lors que celui-ci n'a pas pour effet de dépasser les seuils fixés par la directive européenne⁽³¹⁷⁾ ; il précise, au fil des lois et décrets

(308) Circ. DGT, n° 20, 13 nov. 2008, fiche n° 13.

(309) Cass. soc., 25 sept. 2013, n° 12-10.037, *Crédit Lyonnais c/ Féd. des employés et cadre FO* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 213 ; *RJS* 12/2013, n° 827 ; *JCP S* 2013, 1464, note M. Morand.

(310) C. trav., art. L. 3121-1.

(311) Dir. n° 2003/88/CE, art. 2, § 1.

(312) CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, pts 48 et 50 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 8389 ; *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1138, p. 6, note M. Morand ; *RJS* 12/2003, p. 942, chron. J.-Ph. Lhernould ; *Dr. soc.* 2004, p. 142, obs. F. Morel. – CJCE, 3 oct. 2000, aff. C-303/98, *Simap*, pts 47 et 50 : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 7963 ; *RJS* 1/2001, n° 139.

(313) CJUE, 14 oct. 2010, aff. C-428/09, *Union syndicale Solidaires Isère* : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 9961 ; *Europe* 2000, comm. 428. Est condamné le décret portant création d'un contrat d'engagement éducatif pour violation de la durée minimale de repos quotidien et hebdomadaire qu'il abrite. Le Conseil d'État en a tiré les conséquences (CE, 10 oct. 2011, n° 301014, *Union syndicale Solidaires Isère* : *JCP S* 2011, 1568, note M. Morand). La loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives (JO 23 mars 2012, n° 71) a initié la mise en conformité du droit français avec les impératifs européens, modifiant les articles L. 432-4 et 432-5 du Code de l'action sociale et des familles. Elle fut suivie du décret n° 2012-581 du 26 avril 2012 relatif aux conditions de mise en œuvre du repos compensateur des titulaires d'un contrat d'engagement éducatif (JO 27 avr. 2012, n° 100), lequel modifie les articles D. 432-3 et D. 432-4 du Code de l'action sociale et des familles.

(314) V. not., à propos des éducateurs opérant en chambre de veille dans les établissements et services médico-sociaux pour personnes inadaptées et handicapées : D. n° 2007-826, 11 mai 2007 modifiant le décret n° 2002-9 du 4 janvier 2002 relatif au temps de travail et à l'organisation du travail dans les établissements mentionnés à l'article 2 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière (JO 12 mai 2007, n° 110). – V. not. J.-Ph. Lhernould, *Les heures d'équivalence, dans les établissements pour personnes inadaptées handicapées, réfaçonnées par l'Europe* : *JSL* 4 oct. 2007, n° 219.

(315) CJCE, 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, *Dellas e.a.*, pt 59 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 10253 ; *JCP S* 2006, 1002, note J. Cavallini ; *RJS* 2/2006, p. 89, chron. J.-Ph. Lhernould ; *RDT* 2006, p. 33, note M. Véricel.

(316) Cass. soc., 29 juin 2011, n° 10-14.743, *M. S. c/ Assoc. nationale de réadaptation sociale (ANRS)* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 184 ; *RJS* 10/2011, n° 804 ; *JCP S* 2011, 1426, note E. Jeansen. – L'Union européenne n'a pas compétence pour fixer les règles relatives à la rémunération des travailleurs (TFUE, art. 153, § 5. – CJCE, 1^{er} déc. 2005, aff. C-14/04, *Dellas e.a.*, pt 38, préc.).

(317) Le décompte intégral du temps de travail est confiné à la seule application des prescriptions minimales de la directive ; le décompte « heure pour heure » est obligatoire pour le calcul de la durée maximale journalière et hebdomadaire de travail et du droit au temps de pause selon les limites retenues par la directive. Mais, dès lors que ces règles sont respectées, le recours au régime d'équivalence, « déconnectant » le nombre d'heures effectivement réalisées au nombre d'heures finalement retenues est autorisé, aussi bien pour le calcul de la durée légale du travail que pour le déclenchement des heures supplémentaires. Par exemple, l'équivalence peut s'appliquer s'agissant de la vérification des

adoptés, que les heures effectuées au titre des périodes d'astreinte accomplies sur le lieu de travail (parfois appelées « temps de garde ») constituent du temps de travail effectif⁽³¹⁸⁾ ; il accentue le rôle du lieu de travail dans la définition du temps de travail⁽³¹⁹⁾ ; il devra modifier l'article L. 3121-4 du Code du travail, disposant que le temps de déplacement professionnel entre le domicile et le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif⁽³²⁰⁾. La Cour de justice qualifie les temps de déplacement des travailleurs, lorsqu'ils n'ont pas de lieu de travail fixe ou habituel – précision que n'opère pas le Code du travail⁽³²¹⁾ –, de temps de travail au sens de la directive n° 2003/88/CE⁽³²²⁾.

340. – La qualification du temps passé en astreinte sur le lieu de travail n'a pourtant rien d'évident. La conception française fustigée ne manquait pas de pertinence. Elle reposait, sans le dire, sur la distinction entre temps de travail effectif et « temps de repos effectif ». L'idée est simple : le temps de repos se définit, selon une conception binaire, par opposition au temps de travail, non l'inverse. Il suffit qu'il manque l'un des trois éléments de la définition du temps de travail pour que la période examinée soit considérée comme du temps de repos. Or, il est discutable de considérer qu'un salarié se repose identiquement selon qu'un ou plusieurs critères du temps de travail sont absents, ou que l'ensemble de ces critères font défaut. Le repos n'est entier que dans le second cas⁽³²³⁾. Sans qu'il soit besoin de créer un temps intermédiaire, qui ne serait ni du temps de travail ni du temps de repos⁽³²⁴⁾ (idée

durées maximales de travail du Code du travail (48 heures sur une semaine, et 44 ou 46 heures sur douze semaines). Ce n'est que pour les durées maximales de travail de la directive (48 heures en moyenne sur 4 mois) que doivent être comptées toutes les heures.

La Cour de justice de l'Union européenne n'impose en principe pas d'aller plus loin. Les définitions de la directive concernent l'application des prescriptions minimales qu'elle contient. Pourtant, la Cour de cassation a admis, sur le fondement de la directive, à propos de chauffeurs ambulanciers soumis à un régime d'équivalence, que les heures de garde devaient être prises en compte intégralement pour déterminer si le salarié dépassait la durée maximale de quarante-huit heures par semaine (Cass. soc., 26 mars 2008, n° 06-45.469, *Sté Ambulances des Volcans c/ M. C.* : Bull. civ. 2008, V, n° 72 ; RJS 5/2008, p. 549, rapp. H. Gosselein). Ce faisant, le juge écarte le décret sur lequel se fondait ce calcul en admettant ce décompte sur la base d'une limite plus protectrice que la durée maximale de quarante-huit heures en moyenne sur quatre mois prévue par la directive. Le décret a depuis été modifié, portant la période de calcul à quatre mois à l'instar de la directive (D. n° 2009-32, 9 janv. 2009, relatif à la durée du travail dans les entreprises de transport sanitaire, abrogeant le décret n° 2001-679 du 31 juillet 2001 applicable aux faits de l'espèce). – Sur le sujet, V. A. Johansson, *Influence sur le droit français de la directive temps de travail 2003/88 (anc. 93/104) et de la jurisprudence de la Cour de justice y afférente (hors congés payés)* : Dr. soc. 2012, p. 821. – J.-Ph. Lhernould, *Le régime des heures d'équivalence plie devant la CJCE, mais ne rompt pas* : RJS 2/2006, chron. p. 89.

(318) V. not. D. n° 2015-225, 26 févr. 2015, relatif au temps de travail des internes : JO 28 févr. 2015, n° 50 ; D. actualités 6 mars 2015, obs. L. Sadoun-Jarin.

(319) Cass. soc., 20 févr. 2013, nos 11-26.401 et s., *CEA EPIC c/ M. G.* : Bull. civ. 2013, V, n° 53 ; RJS 5/2013, n° 378 (à propos de salariés tenus de demeurer dans les locaux de l'entreprise durant leur temps de pause). – C. trav., art. L. 3313-3 (interdisant à tout conducteur routier de prendre à bord d'un véhicule le repos hebdomadaire normal).

(320) S'il dépasse le temps normal de trajet entre le domicile et le lieu habituel de travail, le déplacement effectué vers un lieu de travail distinct doit faire l'objet d'une contrepartie sous forme de repos ou sous forme financière.

(321) La Cour de cassation, tenant compte de la particularité de la situation des salariés n'ayant pas de lieu de travail fixe ou habituel, décide qu'il revient aux juges du fond de rechercher si les temps de trajet du salarié itinérant pour se rendre de son domicile à ses différents lieux de travail dépassent le temps normal de trajet d'un travailleur pour se rendre de son domicile à son lieu de travail habituel (Cass. soc., 31 mai 2006, n° 04-45.217, *M. F. c/ Afpa* : Bull. civ. 2006, V, n° 203 ; RJS 8-9/2006, n° 952 ; JCP S 2006, 1578, note L. Drai).

(322) CJUE, 10 sept. 2015, aff. C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras* : Rec. CJUE 2015.

(323) L'article L. 3121-5 du Code du travail décide que le temps d'astreinte, assimilé à du temps de repos, doit donner lieu au versement d'une compensation financière ou... « sous forme de repos ». Le repos compense le repos.

(324) *Contra*, Cass. soc., 10 juill. 2002, n° 00-18.452, *Synd. libre des exploitants de chauffage (SLEC) c/ Sté Dalkia* : Bull. civ. 2002, V, n° 238 ; *Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1086, p. 13, note M. Morand ; JCP G 2003, 130, p. 772, note F. Bousez ; D. 2003, p. 936, note G. Vachet.

que condamne au demeurant le droit de l'Union européenne)⁽³²⁵⁾, il est permis de considérer que le temps de repos « ineffectif » conserve la qualification de temps de repos pour le calcul des durées du travail mais soit entouré de garanties particulières pour assurer la santé et la sécurité des salariés⁽³²⁶⁾. Le régime des astreintes embrasse cette idée⁽³²⁷⁾. Celui des temps passés à ce titre sur le lieu de travail en relevait. L'idée n'est d'ailleurs pas incongrue : le projet de révision de la directive « temps de travail » introduit la notion de « temps de garde inactif ». La solution française naguère condamnée pourrait ressurgir. Les divisions qu'engendre ce mécanisme, parmi d'autres, au niveau européen paralysent toutefois le processus de révision⁽³²⁸⁾.

II. – Sécurité de l'âme

341. – Incitation. L'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'a pas le monopole de la protection du droit à un procès équitable. Le rôle de ce texte dans la construction du droit du travail, en dépit de sa fréquente invocation, demeure relatif : les principes dont il est porteur (prééminence du droit⁽³²⁹⁾, égalité des armes⁽³³⁰⁾, impartialité objective⁽³³¹⁾ et subjective⁽³³²⁾ du juge, règle du contradictoire⁽³³³⁾, droits de la défense⁽³³⁴⁾, accès

(325) CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, pts 48, 50 et 58 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 8389 ; *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1138, p. 6, note M. Morand ; *RJS* 12/2003, p. 942, chron. J.-Ph. Lhernould ; *Dr. soc.* 2004, p. 142, obs. F. Morel.

(326) Information du salarié et des représentants du personnel, droit au refus, contreparties obligatoires en repos auxquelles peuvent s'ajouter des avantages financiers, limitation du nombre des périodes d'astreinte et de leur durée, cantonnement à certaines professions, etc.

(327) Sous réserve que l'acte (conventionnel ou unilatéral) qui l'instaure comporte des garanties suffisantes pour assurer « l'effet utile » du droit à la santé et à la sécurité des travailleurs qu'imposent les textes supranationaux.

(328) V. not. J.-Ph. Lhernould, *Révision de la directive temps de travail : chronique d'un échec, quel échec ?* : *RJS* 2009, p. 523.

(329) Ce principe impose de fixer des limites à la possibilité pour le législateur d'adopter des règles rétroactives pesant sur le dénouement du procès en cours (CEDH, 28 oct. 1999, req. n°s 24846/94 et s., *Zielinski et a. c/ France* : *Rec. CEDH* 1999, VII, à propos d'un litige opposant à leur personnel des organisations de sécurité sociale). Est inopposable aux justiciables la validation rétroactive de dispositifs dont la nullité a été constatée : sauf impérieux motifs d'intérêt général, la règle de prééminence du droit s'oppose à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige.

(330) Ne viole pas l'égalité des armes l'aménagement probatoire opéré par l'article L. 1134-1 du Code du travail dans le domaine des discriminations (Cass. soc., 28 janv. 2010, n° 08-41.959, *Sté Crown emballage France c/ M. G.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 28 ; *RJS* 4/2010, n° 309). Ne furent pas davantage jugées inéquitables les dispositions légales permettant à la HALDE de présenter des observations au cours d'un procès ouvert en raison de faits de discrimination (Cass. soc., 2 juin 2010, n° 08-40.628, *Sté Yusen air & Sea service [France] c/ M. D.* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 124 ; *RJS* 8-9/2010, n° 716 ; *JCP S* 2010, 1241, note G. Loiseau ; *LPA* 9 juin 2011, n° 114, p. 7, note A. Gardin).

(331) N'est pas en soi contraire au droit à un tribunal impartial la composition des conseils de prud'hommes (Cass. soc., 19 déc. 2003, n° 02-41.429, *Sté HLM Mon Logis c/ M. G.* : *Bull. civ.* 2003, 321, p. 323 ; *RJS* 3/2004, n° 338 ; *JCP G* 2004, act. 88, obs. P. Morvan). En revanche, le fait qu'une partie exerce habituellement les fonctions de défenseur syndical devant une juridiction est de nature à créer un doute sur l'impartialité objective de cette juridiction (Cass. soc., 24 juin 2014, n° 13-13.609, *Fondation du père Favron c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 154 ; *RJS* 10/2014, n° 728).

(332) L'exigence d'un tribunal indépendant et impartial imposée par l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit qu'un conseiller prud'homal en fonction lors de l'introduction de l'instance puisse représenter ou assister une partie devant le conseil de prud'hommes auquel il appartient (Cass. soc., 16 sept. 2008, n° 06-45.334, *M^{me} D. c/ CGEA Île-de-France* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 160 ; *JCP S* 2009, 1024, note B. Boubli. – Cass. soc., 3 juin 2001, n° 99-42.735, *M. B. c/ M^{me} D.* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 247, p. 196 ; *RJS* 10/2001, n° 1181). La Cour de cassation sanctionne le défaut d'impartialité révélé par une motivation maladroite (Cass. soc., 8 avr. 2014, n° 13-10.209, *M. N. c/ Centre Hospitalier de Nouvelle-Calédonie* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 98 ; *RJS* 6/2014, n° 514).

(333) En cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance (Cass. soc., 8 juill. 2009, n°s 09-60.011 et s., *Sté Okaidi c/ M. A.* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 180 ; *JCP S* 2009, 1416, note B. Gauriau).

(334) Les dispositions concernant l'amnistie n'ont pas, par elles-mêmes, pour objet d'interdire à un employeur qu'il soit fait référence devant une juridiction à des faits qui ont motivé une sanction disciplinaire amnistiée dès lors que cette

au juge⁽³³⁵⁾, loyauté de la preuve⁽³³⁶⁾ peuvent être fondés sur des normes de droit interne⁽³³⁷⁾ pour contrôler l'œuvre des pouvoirs publics ou, directement, des pouvoirs privés. La fonction de l'article 6, § 1 est davantage incitative : il encourage le juge à éprouver, au fil des contentieux soulevés, la conventionnalité des règles nationales. Les archaïsmes sont chassés⁽³³⁸⁾ ; les nouveautés sont scrutées⁽³³⁹⁾. Le pouvoir donné à l'interprète est grand en raison de la virtualité de sens que le dispositif européen renferme. Comme toute norme fondamentale, son application a parfois fait l'objet d'interprétations inattendues, révélant instrumentalisation et déformation des règles de droit.

invocation est strictement nécessaire à l'exercice devant la juridiction de ses droits à la défense (Cass. soc., 4 juin 2014, n^{os} 12-28.740 à 12-28.742, *Sté CMD c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2014, V, n^o 132). Un salarié, lorsque cette production est strictement nécessaire à l'exercice des droits de sa défense dans le litige l'opposant à son employeur, peut présenter en justice des documents dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions (Cass. soc., 30 juin 2004, n^{os} 02-41.720 et 02-41.771, *M. P. c/ SA Segec* : *Bull. civ.* 1771, V, n^o 187 ; *RJS* 10/2004, n^o 1009).

(335) Ne privent pas les parties « de leur droit d'accès au juge » les règles de l'unicité de l'instance (Cass. soc., 21 janv. 2014, n^o 12-28.900, *M. M. c/ CE EADS Sogerma* : *Bull. civ.* 2014, V, n^o 28 ; *RJS* 4/2014, n^o 344).

(336) La production en justice des messages écrits (*short message service* ou SMS) qui n'ont pas été identifiés par le salarié comme personnels ne constitue pas un procédé déloyal au sens des articles 9 du Code civil et 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales rendant irrecevable ce mode de preuve (Cass. com., 10 févr. 2015, n^o 13-14.779, *Sté GFI Securities Ltd c/ Sté Newedge Group*, à paraître au bulletin ; *RJS* 5/2015, n^o 352).

(337) La Cour de cassation affirme régulièrement la correspondance entre les règles de droit national et de droit européen qu'appelle le droit à un procès équitable (V. not. Cass. soc., 19 déc. 2003, n^o 02-41.429, *Sté HLM Mon Logis c/ M. Guillot* : *Bull. civ.* 2003, V, n^o 321 ; *RJS* 3/2004, n^o 338) et n'hésite pas à combiner les fondements (Cass. soc., 23 mai 2012, n^o 10-23.521, *M^{me} R. c/ R'Fix* : *Bull. civ.* 2012, V, n^o 156 ; *RJS* 8-9/2012, n^o 673, visant « les articles 9 du Code de procédure civile, 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve » pour décider que « l'employeur ne pouvait procéder à l'écoute des enregistrements réalisés par la salariée sur son dictaphone personnel en son absence ou sans qu'elle ait été dûment appelée »). L'article 6, § 1 a néanmoins souvent la préférence du juge en raison de sa portée symbolique. En ce sens, le professeur Vatinet remarque que « la jurisprudence française suit les directives de la jurisprudence européenne, même dans des cas où la seule référence à des règles de procédure nationales lui permettrait d'assurer le même contrôle » (R. Vatinet, *La Cour européenne des droits de l'homme et le droit du travail*, in B. Teysseid [ss dir.], *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, n^o 147 et s., spéc. n^o 153, p. 93). – L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen protège le droit à un procès équitable, au sens large, ainsi que, plus particulièrement, le droit à un recours effectif (Cons. const., 17 janv. 2008, n^o 2007-561 DC, consid. 4, *Loi ratifiant l'ordonnance n^o 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail*) et le droit à l'indépendance et à l'impartialité du juge (Cons. const., 28 déc. 2006, n^o 2006-545 DC, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*). De l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen découle l'exigence d'une procédure juste et équitable (Cons. const., 22 oct. 2009, n^o 2009-590 DC, consid. 10, *Loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur Internet*), composante du principe du respect des droits de la défense (Cons. const., 23 janv. 1987, n^o 86-224 DC, *Conseil de la concurrence*), principe découlant lui-même de celui d'égalité devant la justice (Cons. const., 20 janv. 1994, n^o 93-334 DC, consid. 17 à 19, *Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale*).

(338) Fut ainsi remarqué le défaut d'impartialité de certaines juridictions, tel le tribunal du contentieux de l'incapacité, ce dernier étant présidé, avec voix prépondérante, par un fonctionnaire soumis à une autorité hiérarchique et ayant, du fait de ses fonctions, des liens avec les organismes de sécurité sociale parties au litige (Cass. soc., 17 déc. 1998, n^o 97-15.389, *M. M. c/ Caisse primaire d'assurance maladie de Vienne et a.* : *Bull. civ.* 1998, V, n^o 578 ; *Dr. soc.* 1999, p. 161, obs. H. Liffran ; *Dr. ouvrier* 1999, p. 141, concl. P. Lyon-Caen. – *Adde*, Cass. soc., 9 mars 2000, n^o 98-22.435, *M. S. c/ Caisse primaire d'assurance maladie de Grenoble et a.* : *Bull. civ.* 2000, V, n^o 97 ; *RJS* 4/2000, n^o 459). La même censure s'exerça à l'égard de la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail, laquelle comprenait des fonctionnaires du ministère chargé de la Sécurité sociale ou du ministère de l'Agriculture nommés sans limitation de durée de sorte qu'il pouvait être mis fin à tout moment à leurs fonctions par les autorités de nomination (Cass. ass. plén., 22 déc. 2000, n^{os} 99-11.615 et 99-11.303, *Époux X c/ COTOREP du Tarn et a.* : *Bull. civ.* 2000, ass. plén., n^o 12, p. 21 ; *Dr. soc.* 2001, p. 282, concl. P. Lyon-Caen).

(339) Le raccourcissement des délais de prescription (biennale, sauf exception, pour l'action portant sur l'exécution ou la rupture du contrat : C. trav., art. L. 1471-1 ; triennale pour l'action en paiement ou en répétition du salaire : C. trav., art. L. 3245-1) opéré par la loi n^o 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi méconnaît-il le droit d'accès au juge ? La Cour européenne des droits de l'homme réserve un sort particulier au droit du travail. Elle décide que « les conflits de travail qui portent sur des points d'une importance capitale pour la situation professionnelle d'une personne, doivent être résolus avec une célérité particulière » (CEDH, 14 nov. 2000, req. n^o 38437/97, *Delgado c/ France*, § 50). Le particularisme du droit du travail pourrait aussi entraîner la limitation de la possibilité pour le législateur de réduire les délais de prescription en raison du caractère alimentaire du salaire. Même si les délais choisis par le législateur n'apparaissent pas déraisonnables, le contentieux ne manquera pas de surgir sur ce point.

342. – Manipulation. Le droit à un procès équitable impose le respect du contradictoire. Le juge en tire quelques libres conséquences. Il valide les dispositions nationales qui autorisent le tribunal saisi d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse à condamner d'office l'employeur à rembourser à l'institution compétente tout ou partie des allocations de chômage payées au salarié licencié. Le respect du droit à un procès équitable repose, d'après le juge, sur la possibilité pour l'employeur condamné d'exercer des voies de recours⁽³⁴⁰⁾... sans que la solution suffise à donner un caractère contradictoire à la procédure initiale. Le respect du contradictoire est aussi écorné lorsque le juge considère que l'organisation syndicale dont l'existence d'une section syndicale est critiquée par l'employeur n'a pas à apporter la preuve, sauf auprès du seul juge, de l'existence de ses adhérents⁽³⁴¹⁾. La solution est fondée sur la protection de la vie personnelle des salariés, ce qui est discutable s'agissant d'activités de nature syndicale⁽³⁴²⁾.

343. – La manipulation des règles relatives au droit au procès équitable atteint son paroxysme sur le terrain de l'application de la loi dans le temps. L'application rétroactive de la norme nuit à l'exigence de sécurité juridique. La formule ne vaut pourtant qu'à l'égard du l'œuvre du législateur tant elle fait l'objet d'un traitement distinct de celui réservé, par le juge lui-même, à l'œuvre jurisprudentielle. La première différence concerne la licéité de la rétroactivité. La loi rétroactive est prohibée, sauf si elle poursuit un impérieux motif d'intérêt général⁽³⁴³⁾ (que le juge est incité par la Cour européenne des droits de l'homme à interpréter sévèrement pour régulièrement le rejeter)⁽³⁴⁴⁾. La jurisprudence rétroactive est en revanche, par principe, autorisée, sauf si elle a pour conséquence de priver les justiciables du droit d'accès au juge⁽³⁴⁵⁾ (que le juge interprète très étroitement au point de vider cette réserve de sa substance). Il n'est pourtant pas certain que la rétroactivité jurisprudentielle

(340) Cass. soc., 18 janv. 1989, n° 87-45.596, *Assédic du Pas-de-Calais c/ SA Leroy-Merlin* : Bull. civ. 1989, V, n° 47 ; D. 1989, p. 320, note A. Jeammaud ; Dr. soc. 1989, p. 249, concl. G. Picca. – Cass. soc., 23 mai 2000, n° 98-40.635, *Sté Siva c/ M. B.* : Bull. civ. 2000, V, n° 193 ; RJS 7-8/2000, n° 783, 2^e et 3^e esp.

(341) Cass. soc., 8 juill. 2009, n° 09-60.011 et s., *Sté Okaidi c/ M. A.* : Bull. civ. 2009, V, n° 180 ; JCP S 2009, 1416, note B. Gauriau. – Cass. soc., 14 nov. 2012, n° 11-20.391, *Sté Biomnis c/ Synd. Fédération UNSA chimie pharmacie* : Bull. civ. 2012, V, n° 293 ; JCP S 2013, 1062, note B. Gauriau. – Cass. soc., 13 févr. 2013, n° 12-19.662, *Sté Brico Dépôt c/ M. S.* : Bull. civ. 2013, V, n° 43 ; RJS 4/2013, n° 299.

(342) Comp. G. Borenfreund, *Présomption de représentativité et constitution d'une section syndicale : brèves observations sur l'arrêt Okaidi* : *Semaine sociale Lamy* 14 sept. 2009, n° 1412, p. 9, relevant qu'« envisagée sous son aspect individuel, la liberté syndicale, liberté fondamentale constitutionnellement reconnue, entretient des liens d'une particulière intimité avec le droit au respect de la vie personnelle ».

(343) CEDH, 28 oct. 1999, req. n° 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et a. c/ France* : Rec. CEDH 1999, VII ; RTD civ. 2000, p. 436, note J.-P. Marguénaud ; JCP G 2000, I, 202, note F. Sudre. – Cass. ass. plén., 24 janv. 2003, n° 00-41.757, *Angel c/ APHL* : Bull. civ. 2003, ass. plén., n° 1, p. 1 ; D. 2003, p. 1648, note S. Paricard-Pioux.

(344) À la suite de la décision de la Cour de cassation, en 1999, de censurer le dispositif permettant à des conventions collectives agréées de prévoir le paiement des heures de surveillance nocturne sous la forme d'heures d'équivalence, le législateur, par la loi du 19 janvier 2000, valida la pratique antérieure. La loi était ici destinée à aménager les effets de la jurisprudence de nature à compromettre la pérennité du service public de la santé et de la protection sociale auquel participent les établissements pour personnes inadaptées et handicapées. La Cour européenne des droits de l'homme a néanmoins censuré ce texte au motif qu'il ne poursuivait pas un motif d'intérêt général. La Cour de cassation, alors qu'elle avait admis la conventionnalité de la loi, dut se plier à la décision du juge européen en condamnant finalement la rétroactivité. – V. *supra*, n° 78.

(345) CEDH, 26 mai 2011, req. n° 23228/08, *Legrand c/ France*, § 41 ; JCP G 2011, 730, note C. Picheral et 742, note A. Marais. – Rapp. CEDH, 18 déc. 2008, req. n° 20153/04, *Unedic c/ France*, § 78 ; JCP G 2009, 143, spéc. n° 9, note F. Sudre. – Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009, n° 08-16.914, M. M. c/ M. S. et n° 07-14.932, M. M. c/ M. S. : Bull. civ. 2009, I, n° 124 ; JCP G 2009, 237, note X. Lagarde. – Cass. ass. plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, *Sté La Provence c/ M. D.* : Bull. civ. 2006, ass. plén., n° 15, p. 52 ; RTD civ. 2007, p. 72, note P. Deumier et p. 168, note Ph. Théry.

soit davantage source d'équité pour ceux-ci. La seconde différence concerne l'ampleur de la rétroactivité. Selon l'interprétation retenue de l'article 6, § 1, a cette nature la loi qui s'applique aux instances en cours⁽³⁴⁶⁾. Aucune atteinte au procès équitable n'est donc commise lorsque la loi modifie les règles de droit applicables à la situation des citoyens avant qu'ils n'aient engagé une action en justice. Cette définition ne satisfait pas le juge. Convoquant l'article 1^{er} du protocole n° 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protégeant le droit aux biens, il considère qu'est susceptible de violer cette disposition la loi qui s'applique à des faits antérieurs, peu important qu'une instance soit ou non en cours, lorsque la situation passée a créé une créance dont les détenteurs avaient l'espérance légitime qu'elle serait réalisée⁽³⁴⁷⁾. Le champ des situations caractérisées par la rétroactivité augmente, en même temps que l'emprise du juge sur l'action législative. Le droit des biens joue le rôle de garant du droit au procès équitable. Le résultat est éloigné de la notion de droit de propriété telle que pouvaient la concevoir les auteurs de la Convention européenne. Le juge n'est pourtant pas aussi sévère à l'égard de sa propre jurisprudence.

344. – Déformation. L'inspiration puisée par certaines solutions de droit du travail dans les règles du droit au procès équitable n'implique pas l'application entière des secondes. Certains juges du fond ont pu le croire. Ils décident, alors que la loi ne le prévoit pas⁽³⁴⁸⁾, que l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que l'article 7 de la convention n° 158 de l'OIT imposent à l'employeur de communiquer au salarié les griefs invoqués à son encontre avant la tenue de l'entretien préalable au licenciement⁽³⁴⁹⁾. Cette règle constituerait une garantie de fond dont la méconnaissance entache le licenciement de nullité. La portée des normes supranationales est déformée. L'article 6, § 1 suppose de respecter l'égalité des armes et de garantir le débat contradictoire. Ces droits de la défense ne s'appliquent toutefois que durant la phase

(346) Cass. soc., 13 juin 2007, n° 06-40.823 et s., *M. A. et a. c/ Assoc. Adultes enfants inadaptés mentaux (Foyer Huart)* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 99 ; *D.* 2007, p. 2439, note C. Pérès ; *RTD civ.* 2007, p. 536, note P. Deumier. – Cass. soc., 6 avr. 2011, n° 10-16.203, *M. C. c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 91 ; *RJS* 5/2011, n° 528.

(347) Cass. soc., 21 mars 2012, n° 04-47.532, *M. A. c/ Assoc. vers la vie pour l'éducation des jeunes (AVVE)* : *Bull. civ.* 2012, V, n° 101 ; *RJS* 6/2012, n° 558 ; *JCP S* 2012, 127, note J.-Ph. Tricoit, qui décide que caractérise un bien au sens de l'article 1^{er} de protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales l'intérêt patrimonial que constitue l'espérance légitime de pouvoir obtenir le paiement de rappels de salaire au titre des temps de surveillance nocturne. – *Rappr. Cass. soc.*, 24 nov. 2010, n° 08-44.181 et s., *M^{me} S. c/ Assoc. Saint-Martin* : *Bull. civ.* 2010, V, n° 268 ; *JCP S* 2011, 1078, note E. Jeansen. – La Cour de cassation se justifie en énonçant qu'elle « doit tenir compte de la définition par la Cour européenne des droits de l'homme de la notion de bien protégé par l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». Elle précise, dans son rapport de 2010 (Doc. fr., p. 365 et s.), l'impact de la jurisprudence européenne. Une créance peut être qualifiée de « bien » dès lors que le requérant a une « espérance légitime » de la voir se concrétiser (CEDH, 20 nov. 1995, req. n° 17849/91) ; « lorsque l'intérêt patrimonial concerné est de l'ordre de la créance, il ne peut être considéré comme une "valeur patrimoniale" que lorsqu'il a une base suffisante en droit interne » (CEDH, 28 sept. 2004, req. n° 44912/98), que peut apporter « une jurisprudence bien établie des tribunaux » (CEDH, 6 oct. 2005, req. n° 1513/03). – *Contra*, Cass. soc., 5 juin 2008, n° 06-46.295 et 06-46.297, *M^{me} B. et a. c/ Sté Ugecam* : *Bull. civ.* 2008, 2008, V, n° 124 ; *JCP S* 2008, 1465, note L. Drai, décidant, sur le fondement de l'article 1^{er} du protocole n° 1, que les salariés qui ont saisi la justice prud'homale après l'entrée en vigueur du texte législatif pour obtenir des rappels de salaire au titre de penances nocturnes accomplies avant celle-ci, ne pouvaient prétendre avoir été privés d'une « espérance légitime ».

(348) C. trav., art. L. 1232-2 et L. 1232-3 et R. 1232-1.

(349) CA Versailles, 28 juin 2012, n° 11/01371. – CA Paris, pôle 6, 6^e ch., 7 mai 2014, n° 12/02642, rect. par CA Paris, 10 sept. 2014, n° S14/09302 : *JSL* 2014, n° 377-378, p. 20, note S. Ardiller et C. Itlis. – CA Paris, 15 oct. 2014, n° S14/11227. – CA Versailles, 18 juin 2014, n° 12/00583. – Cons. prud'h. Évreux, 26 mai 2015, n° 13/00379 : *Cah. soc.* 2015, p. 367, note Y. Pagnère.

juridictionnelle (à laquelle peut être assimilée la procédure applicable devant un organe de contrôle, telle une commission disciplinaire, en raison de sa qualité de tierce personne et de sa capacité à prononcer des sanctions)⁽³⁵⁰⁾. Étendre son application à l'exécution de la relation de travail, en dehors de tout procès, est une erreur. L'article 7 de la convention n° 158 de l'OIT interdit quant à lui qu'un travailleur soit licencié pour motif personnel avant que l'employeur, sauf exception, ne lui ait offert la possibilité de se « défendre » contre les allégations formulées. Est imposée l'organisation d'une discussion entre les parties, rien de plus. Le texte ne renferme qu'une exigence minimale⁽³⁵¹⁾ largement remplie par le droit national⁽³⁵²⁾. La Cour de cassation a déjà rappelé que « le principe du droit au procès équitable ne s'applique pas au stade non juridictionnel de l'entretien préalable »⁽³⁵³⁾. Elle devrait maintenir cette position au fil des pourvois formés devant elle.

345. – La Cour de cassation a parfois cédé à la tentation de déformer les règles du droit à un procès équitable. Celles-ci s'appliquent à l'exécution du contrat lorsque, parallèlement à la relation de travail, est engagée une action en justice opposant les parties. Les règles ne visent alors qu'à empêcher l'employeur d'utiliser son pouvoir pour entraver le procès. Tel est le cas lorsque le juge condamne les mesures de rétorsion prises par l'employeur en raison de l'action en justice du salarié⁽³⁵⁴⁾ ou du témoignage qu'il apporte⁽³⁵⁵⁾ et lorsqu'il décide, à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme⁽³⁵⁶⁾, que l'exécution des décisions de justice doit être intégrée dans les garanties du procès équitable à défaut desquelles le droit au juge serait illusoire⁽³⁵⁷⁾ : la décision, exécutoire, de première instance qui admet la requalification d'un contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée empêche

(350) CEDH, 23 juin 1981, req. n°s 6878/75 et 7238/75, *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c/ Belgique*. – *Adde*, Cass. soc., 10 nov. 2010, n° 09-41.437, *Sté Transports du Val-d'Oise c/ M. B.*, non publié au bulletin ; JCP S 2011, 1108, note A. Martinon, qui décide que « le non-respect d'un délai conventionnel de saisine d'un organisme consultatif ne constitue pas la violation d'une garantie de fond, sauf si cette irrégularité a eu pour effet de priver le salarié de la possibilité d'assurer utilement sa défense devant cet organisme ».

(351) « Il résulte des travaux préparatoires que la possibilité de se défendre a trait à la possibilité pour le travailleur d'être entendu par l'employeur, mais cela sans qu'il y ait nécessité d'une procédure contradictoire » (Rapp. Commission des experts 1995, rapp. III, partie 4 B, § 147).

(352) Ce qu'ont affirmé certains juges du fond, respectueux du sens des textes supranationaux : CA Paris, pôle 6, 11^e ch., 10 mars 2011, n° 09/05468. – CA Paris, pôle 6, 4^e ch., 28 juin 2011, n° S11/00581. – CA Paris, pôle 6, 21 mai 2014, n° 12/08687. – CA, Versailles, ch. 11, 18 sept. 2014, n° 12/04794 ; *Cah. soc.* 2015, p. 10, note A. Martinon.

(353) Cass. soc., 27 févr. 2013, n° 12-23.213, [QPC] : *Bull. civ.* 2013, V, n° 63 ; *Procédures* 2013, comm. 160, obs. A. Bugada. – Comp. CE, 19 oct. 2005, n° 283471, *Confédération Générale du Travail et a.* : *RJS* 12/2005, n° 1240, décidant, lors du contrôle de conventionnalité et de légalité de l'ordonnance instituant le contrat « nouvelles embauches » que « l'obligation de respecter une procédure contradictoire dans les cas de licenciement prononcés pour un motif disciplinaire a le caractère d'un principe général du droit du travail ». – *Adde*, Cons. const., 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, consid. 24, décidant, à propos de la loi pour l'égalité des chances qui avait institué le contrat première embauche, que « le principe des droits de la défense qui résulte de l'article 16 de la Déclaration de 1989 impose le respect d'une procédure contradictoire dans le cas de licenciement prononcé pour un motif disciplinaire ».

(354) Cass. soc., 6 févr. 2013, n° 11-11.740 : *Bull. civ.* 2013, V, n° 240 ; *Dr. soc.* 2013, p. 415, obs. J. Mouly ; *Procédures* 2013, comm. 107, note A. Bugada ; *JCP S* 2013, 1385, note F. Bousez.

(355) Cass. soc., 29 oct. 2013, n° 12-22.447, *M. C. c/ Ets Union Mutualiste Retraite (UMR)* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 252 ; *JCP S* 2014, 1061, note B. Bossu, décidant qu'en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté fondamentale de témoigner, garantie d'une bonne justice, le licenciement prononcé en raison du contenu d'une attestation délivrée par un salarié au bénéfice d'un autre est atteint de nullité, sauf en cas de mauvaise foi de son auteur.

(356) CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c/ Grèce*, § 40 : *Rec. CEDH* 1997, II. – CEDH, 28 juill. 1999, req. n° 22774/93, *Immobiliare Saffi c/ Italie*, § 63. – CEDH, 6 juin 2002, *Katsaros c/ Grèce*, § 34 ; *D.* 2000, p. 186, note N. Fricero. – CEDH, 22 juin 2004, n° 78028/01, *Pini et Bertani c/ Roumanie* : *JCP G* 2004, I, p. 161, chron. F. Sudre.

(357) Cass. soc., 18 déc. 2013, n°s 12-27.383 et s., *M. G. c/ Sté Air France* : *Bull. civ.* 2013, V, n° 311 ; *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1616, p. 8, note Ph. Florès. – *Adde*, CE, 15 mars 2000, n° 189042, *Allais*.

l'employeur, même si elle est frappée d'appel, de rompre ce contrat à l'arrivée de son terme au cours de la procédure. Il est discutable en revanche de décider que « le principe de l'égalité des armes s'oppose à ce que l'employeur utilise son pouvoir disciplinaire pour imposer au salarié les conditions de règlement du procès qui les oppose »⁽³⁵⁸⁾. D'une part, ce principe « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause (...) dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »⁽³⁵⁹⁾. Or, l'exercice du pouvoir disciplinaire n'empêche pas le salarié de défendre sa cause ni ne détermine l'issue du procès. La Cour de cassation l'autorise bien à rompre le contrat aux torts de l'employeur en cours de procès sans décider qu'il impose alors les conditions de règlement du litige⁽³⁶⁰⁾. D'autre part, la paralysie du pouvoir disciplinaire de l'employeur ne doit être limitée qu'aux mesures de rétorsion, ce que la Cour de cassation manque ici de vérifier. La solution retenue finit par proscrire l'exécution normale du contrat le temps du procès.

346. – Conclusion de section. L'ensemble des solutions qu'abrite le droit français du travail tissent un lien, de près ou de loin, avec le thème de la liberté, de l'égalité et de la sécurité. La diffusion des normes supranationales conduit les autorités nationales, obligatoirement, voire spontanément, à apprécier régulièrement la pertinence des règles internes, déjà adoptées ou en voie de l'être. Ces règles peuvent apparaître satisfaisantes, ne nécessitant alors aucune transformation, perfectibles, suscitant leur adaptation, ou imparfaites, impliquant leur restauration. Ces différents mouvements sont rencontrés quel que soit, parmi les trois thèmes sélectionnés, celui qui est étudié.

347. – Conclusion de chapitre. La réorganisation du droit français du travail progresse au gré de la refonte des concepts d'employeur et d'emploi sous influence des normes supranationales. Les réactions qu'elles provoquent varient. Les unes sont imposées : les solutions rétrogrades sont censurées et le régime de certains droits est renforcé. La réaction des autorités nationales peut aussi résulter d'un caractère volontaire : une invitation à chasser les archaïsmes est lancée ; les progrès réalisés dans la protection supranationale des droits sociaux sont imités par les autorités nationales sans qu'elles y soient forcées. L'influence des normes supranationales révèle deux visages : elles sont source d'injonction mais aussi d'inspiration du droit français du travail. Celui-ci se soumet à celles-là car il en reconnaît à la fois l'autorité et la valeur.

(358) Cass. soc., 9 oct. 2013, n° 12-17.882, *M. P. c/ SAS La Française d'images* : Bull. civ. 2013, V, n° 226 ; JCP S 2013, 1456, note A. Bugada ; Dr. soc. 2013, p. 1055, obs. J. Mouly ; *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1603, p. 12, note Ph. Florès. – V. *supra*, n° 110.

(359) CEDH, 27 oct. 1993, req. n° 14448/88, *Dombo Beheer c/ Pays-Bas*, § 33, série A, n° 274 ; AJDA 1994, p. 16, chron. J.-F. Flauss. – CEDH, 18 févr. 1997, req. n° 18990/91, *Nideröst-Huber c/ Suisse*, § 23 ; AJDA 1997, p. 977, chron. J.-F. Flauss. – CEDH, 27 mars 2012, req. n° 20041/10, *ETERNIT c/ France*, § 40 ; JCP S 2012, 1266, note Th. Tauran.

(360) Cass. soc., 21 déc. 2006, n° 04-43.886, *Sté Tomy France c/ M^{me} G.* : Bull. civ. 2006, V, n° 413 ; JCP S 2007, 1172, note P.-Y. Verkindt, décidant qu'« un salarié qui agit en justice contre son employeur en exécution d'une obligation née du contrat de travail peut toujours prendre acte de la rupture du contrat, que ce soit en raison des faits dont il a saisi le conseil de prud'hommes ou pour d'autres faits ».

C H A P I T R E 2

LA CONCILIATION DES NORMES, MOTEUR DE L'INTERPRÉTATION

348. – Le recours aux standards en droit supranational facilite le consensus dans l'adoption des textes et offre à leurs interprètes le moyen d'en faire évoluer le sens⁽¹⁾ en vue de leur adaptation aux objectifs fixés. C'est sous ce second angle qu'est envisagée la conciliation entre les règles nationales et les règles supranationales. Elle constitue le moteur de l'interprétation des normes. Différents outils en assurent le fonctionnement, les uns nourris de références philosophiques (Section 1), les autres d'essence infra-philosophique (Section 2).

S E C T I O N 1

Les outils philosophiques de la conciliation

349. – Les outils d'interprétation d'ordre philosophique sont empreints d'un fort coefficient de subjectivité, mais bénéficient du pouvoir de séduction que possèdent les notions qui appellent à la Raison et puisent dans l'histoire des idées. On les retrouve chez les philosophes de l'Antiquité. S'ils peuvent expliquer les solutions rendues sur le fondement de normes juridiques, ils ne peuvent se substituer à elles. Nombreux sont pourtant les textes supranationaux qui y font référence. La réorganisation du droit du travail progresse ainsi selon le regard porté sur la conventionalité du standard de l'équitable (§ 1) ou du raisonnable (§ 2).

§ 1. – L'équitable

350. – **Équité et justice.** Plus de 2000 ans séparent Aristote de Portalis. Une même idée des rapports entre l'équité et la justice les anime néanmoins : selon le premier, « l'équitable [qu'il assimile dans son discours à l'équité] est un ajustement de ce qui

(1) J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001, p. 115.

est légal »⁽²⁾ ; pour le second, « si l'on manque en loi, il faut consulter (...) l'équité »⁽³⁾. L'équité ne supplée pas la loi ; elle pallie son insuffisance. Dans ce schéma, l'équité renvoie aux règles du droit naturel. Bien que cette conception ait été celle des rédacteurs du Code civil, ils ont préféré éviter, hormis à l'article 1135, les références à l'équité afin d'assurer la rigueur des règles posées. Le juge ne doit avoir à l'esprit que le droit tel que l'énonce la loi. À ceux qui estiment trop rigide la règle de droit, la référence à l'équité dans les normes supranationales est un espoir. Le « rapport Minc » suggère même qu'elle remplace le principe d'égalité hérité de la Révolution, ce terme étant devenu un « mot sans signification »⁽⁴⁾. Mais les promoteurs de l'équité mesurent-ils les vices qu'elle recèle si elle est laissée à la libre exaltation dans les prétoires ? Les interprétations multiples dont l'équitable est porteur pourraient finir par décevoir ses partisans...

351. – Imperfection. Le standard de l'équitable est imparfait. Il est un outil philosophique dénué de sens juridique propre. La volonté des législateurs supranationaux d'en assurer la diffusion les oblige souvent à faire suivre la référence à l'équitable d'autres notions pour en dessiner les contours⁽⁵⁾. Elles peuvent être précises : le droit à une rémunération équitable implique de fixer un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires⁽⁶⁾, de verser une rémunération égale pour un travail de valeur égale⁽⁷⁾, de n'autoriser les retenues sur les salaires qu'à de strictes conditions⁽⁸⁾ ; le droit à des conditions de travail équitables suppose d'assurer la sécurité des travailleurs⁽⁹⁾ et impose de les informer « par écrit aussitôt que possible et en tout état de cause au plus tard deux mois après le début de leur emploi des aspects essentiels du contrat ou de la relation de travail »⁽¹⁰⁾. Mais il peut aussi être renvoyé à des standards eux-mêmes porteurs de substance philosophique. Tel est le cas lorsqu'il est indiqué que le droit à des conditions de travail équitables suppose le respect de la *dignité* des salariés⁽¹¹⁾ et la fixation d'une durée *raisonnable* de travail⁽¹²⁾ ou qu'une rémunération équitable doit être suffisante pour assurer aux travailleurs, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie *décent*⁽¹³⁾ et implique un délai de préavis *raisonnable* en cas de cessation d'emploi⁽¹⁴⁾.

(2) Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, Chap. 14.

(3) J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, présenté le 1^{er} pluviôse, an IX.

(4) A. Minc, *La France de l'an 2000*, éd. Odile Jacob, 1994.

(5) *Contra*, Conv. EDH, art. 41, disposant, sans autre précision, que « si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction *équitable* ». – *Adde*, Conv. EDH, art. 6, § 1, reconnaissant le droit à un procès « *équitable* ». Dans ce dernier cas, il est apparu au juge de la conventionnalité de préciser les implications de l'équitable : égalité des armes, loyauté de la preuve, principe du contradictoire, etc.

(6) Charte sociale européenne, art. 4, § 2.

(7) Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 7, a), i). – Charte sociale européenne, art. 4, § 3.

(8) Charte sociale européenne, art. 4, § 5.

(9) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 31, § 1. – Charte sociale européenne, art. 2, § 4.

(10) Charte sociale européenne, art. 2, § 6.

(11) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 31, § 1.

(12) Charte sociale européenne, art. 2, § 1. – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 31, § 2.

(13) Charte sociale européenne, art. 4, § 1. – Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, art. 5. – Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, art. 7, a), i).

(14) Charte sociale européenne, art. 4, § 4.

352. – Transgression. En dépit de la relative indétermination du sens qu'il convient de lui attribuer, l'équitable semble avoir une fonction particulière. Il n'agit pas au sens aristotélicien pour corriger la loi en raison de sa généralité⁽¹⁵⁾ puisque les textes supranationaux font directement référence à l'équitable en tant que norme. Il épouse le sens stoïcien en abritant les vertus de bienveillance et de compassion⁽¹⁶⁾. L'équitable sanctionne, dans cet esprit, les manquements les plus graves aux droits auxquels il est accolé. Encore faut-il opérer une distinction selon qu'il se rapporte à une donnée d'ordre quantitatif ou qualitatif.

Dans le premier cas, il semble être apprécié à l'aune du critère tenant à l'ampleur de l'atteinte portée à un droit. L'interprétation du droit à une rémunération équitable en donne la mesure : ne méconnaît pas cette exigence – pas plus que l'interdiction du travail forcé – l'absence de rémunération versée aux salariés au titre de la journée de « solidarité » travaillée⁽¹⁷⁾. La même solution devrait être retenue pour l'absence de rémunération versée aux salariés au titre du travail supplémentaire accompli en vertu d'un accord de maintien de l'emploi adopté conformément aux prescriptions légales⁽¹⁸⁾. Est en revanche susceptible de porter atteinte au droit à une rémunération équitable la convention de forfait-jours (ou la convention collective qui l'encadre) lorsqu'elle fixe un salaire très insuffisant au regard du temps de travail qu'est susceptible d'accomplir le salarié⁽¹⁹⁾. Pourrait être discuté, pour insuffisance, le montant de la rémunération que perçoivent les détenus lorsqu'ils travaillent⁽²⁰⁾.

(15) Aristote, *Éthique à Nicomaque*, L. V, chap. 14 : « Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité ».

(16) Cicéron, *De officiis*, L. I, IX, 29 : l'équité exprime « le souci des affaires des autres (...) Aussi est-ce un bon précepte qui interdit d'accomplir tout acte dont on doute s'il est équitable ou non : l'équité en effet brille d'elle-même, le doute indique un dessein injuste ».

(17) CE, 25 juill. 2007, n° 292730, *Lowinski*, non publié au recueil ; *JCP S* 2008, 1065, note A. Moury. – CEDS, 23 juin 2010, réclamation n° 55/2009, *CGT c/ France*, § 88-89. – Les dispositions françaises ne sont pas non plus contraires à l'interdiction du travail forcé prévue par l'article 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par l'article 4 de la convention de l'OIT n° 29 sur le travail forcé du 28 juin 1930 : CE, 9 nov. 2007, n° 293987, *Pollart* : *RJS* 1/2008, n° 38. – CE, 3 mai 2005, n° 279999, *Confédération française des travailleurs chrétiens* : *RJS* 8-9/2005, n° 858. – La Cour européenne des droits de l'homme décide que l'article 4 de la Convention n'oblige pas les États contractants à intégrer les détenus exerçant un travail dans leur système de sécurité sociale. Pour cette raison, nulle discrimination n'existe entre les salariés détenus et les autres salariés sur le fondement de l'article 14 de la Convention couplé à l'article 4 (CEDH, 7 juill. 2011, req. n° 37452/02, *Stummer c/ Autriche* : *Rec. CEDH* 2011, V ; *RD. sanit. soc.* 2012, p. 684, obs. D. Tharaud).

(18) C. trav., art. L. 5125-1.

(19) CEDS, 16 nov. 2001, réclamation n° 9/2000, *CFE-CGC c/ France*, § 45. – CEDS, 12 oct. 2004, réclamation n° 16/2003, *CFE-CGC c/ France*, § 59. – CEDS, 23 juin 2010, réclamation n° 55/2009, *CGT c/ Gouvernement de la France*, § 75. – L'article L. 3121-47 du Code du travail prête son concours à l'équitable lorsqu'il fait référence à « une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions (...) imposées » au salarié ayant conclu une convention de forfait en jours.

(20) CA Paris, 20 mars 2014, n° 13/02897 : *Cah. soc.* 2014, p. 222, note G. Loiseau, décidant, malgré son refus de requalifier en contrat de travail l'acte d'engagement à durée déterminée régissant le travail d'une détenue au service d'une société exploitant un centre d'appel au sein de la maison d'arrêt de Versailles, conformément à l'article 717-3 du Code de procédure pénale dont la constitutionnalité a été, sur ce point, reconnue (Cons. const., 14 juin 2013, n° 2013-320/321 QPC : *D.* 2013, p. 1909, note F. Chopin ; *RDT* 2013, p. 565, note C. Wolmark. – *Contra*, Cons. prud'h. Paris, 8 févr. 2013, n° 11/15185 : *Cah. soc.* 2013, p. 111, note G. Loiseau), que « le fait que le travail soit accompli en détention ne saurait justifier à lui seul le montant dérisoire accordé, très inférieur au montant du minimum légal ». La cour d'appel conclut à la violation de l'article 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reconnaissant, entre autres, le droit à un salaire équitable. – Sur le sujet, V. not. M. Harbonnier, *Le travail en prison et le droit du travail* : *JCP S* 2013, 1342. – J.-P. Céré, *Travail en prison : réflexions sur une éventuelle application du Code du travail* : *D.* 2013, p. 760. – Comp. CEDS, 23 mai 2012, réclamation n° 66/2011, décidant que la législation grecque est contraire au droit à une rémunération équitable protégé à l'article 4, § 1, de la Charte sociale européenne car elle prévoit le « versement d'un salaire minimum à tous les travailleurs de moins de vingt-cinq ans qui est en deçà du seuil de pauvreté ».

La référence à la gravité de l'atteinte portée à un droit pour interpréter l'équitable permet de réduire l'imprécision dont il est porteur... mais ne la fait pas disparaître.

Lorsque l'équitable concerne une donnée d'ordre qualitatif, il est difficile d'observer quelle ligne jurisprudentielle adopte le juge ou d'identifier celle qu'il devrait adopter. À première vue, l'on pourrait tenter de retrouver dans l'interprétation faite du droit à un procès équitable l'idée selon laquelle seules les atteintes les plus graves qui y sont portées sont sanctionnées. En ce sens, l'article 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales interdit qu'un conseiller prud'homal en fonction lors de l'introduction de l'instance puisse représenter ou assister une partie devant le conseil auquel il appartient⁽²¹⁾. Il interdit aussi que le salarié qui exerce habituellement les fonctions de défenseur syndical devant une juridiction prud'homale puisse être jugé par cette juridiction en raison du *doute* créé sur l'impartialité objective de celle-ci⁽²²⁾. L'article 6 de la Convention ne s'oppose pas, en revanche, à ce qu'un ou plusieurs membres d'un conseil de prud'hommes appartiennent à la même organisation syndicale que l'une des parties au procès, cette circonstance n'étant pas de nature à affecter l'équilibre d'intérêts inhérent au fonctionnement de la juridiction prud'homale⁽²³⁾. L'explication de l'interprétation faite du droit à un procès équitable à l'aune de l'ampleur de l'atteinte qui lui est portée apparaît toutefois très artificielle. La subjectivité domine le raisonnement. Elle est aussi au cœur de la référence au raisonnable.

§ 2. – Le raisonnable

353. – La subjectivité dont est teinté le standard du raisonnable (I) en affecte la portée (II).

I. – Nature du raisonnable

354. – **Indétermination.** Le standard du raisonnable n'étant pas, par essence, une notion juridique⁽²⁴⁾, le droit français ne l'accueille que fort peu. Presque toutes les références au raisonnable qu'abrite le Code du travail sont nées de textes supranationaux⁽²⁵⁾. Doit présenter cette qualité : la différence de traitement le cas échéant justifiée par l'âge du salarié⁽²⁶⁾ ; le motif pour lequel un salarié exerce le

(21) Cass. soc., 16 sept. 2008, n° 06-45.334, *M^{me} D. c/ CGEA Île-de-France* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 160 ; *JCP S* 2009, 1024, note B. Boublil. – Cass. soc., 3 juin 2001, n° 99-42.735, *M. B. c/ M^{me} D.* : *Bull. civ.* 2001, V, n° 247 ; *RJS* 10/2001, n° 1181.

(22) Cass. soc., 24 juin 2014, n° 13-13.609, *Fondation du père Favron c/ M. B.* : *Bull. civ.* 2014, V, n° 154 ; *RJS* 10/2014, n° 728.

(23) Cass. soc., 19 déc. 2003, n° 02-41.429, *Sté HLM Mon Logis c/ M. Guillot* : *Bull. civ.* 2003, V, n° 321 ; *RJS* 3/2004, n° 338.

(24) V. not. Ch. Perelman, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit* : *Arch. phil. dr.* 1978, p. 35.

(25) *Contra*, C. trav., art. L. 1222-13 (l'avenant au contrat de travail prévoyant la période de mobilité volontaire « sécurisée » définit, entre autres, les situations et modalités d'un retour anticipé du salarié, qui intervient dans un délai « raisonnable »). – C. trav., art. L. 2325-42-1 (l'expert-comptable ou l'expert technique remettent leur rapport dans un délai « raisonnable » fixé par accord entre l'employeur et le comité d'entreprise ou, à défaut d'accord, par décret en Conseil d'État). Le caractère récent de ces textes, tous deux issus de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, illustre le processus d'acclimatation des standards supranationaux en droit français.

(26) C. trav., art. L. 1133-2. – Dir. n° 2000/78, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 6.

droit d'alerte ou de retrait⁽²⁷⁾ ; le délai dans lequel le comité d'entreprise européen formule un avis sur des questions donnant lieu à consultation, générale⁽²⁸⁾ ou spéciale⁽²⁹⁾ ; le délai de préavis (selon le droit spécial d'Alsace-Lorraine) que peut accorder l'employeur au salarié en vue d'une recherche d'emploi⁽³⁰⁾ ; le niveau d'exposition aux rayonnements ionisants auxquels peuvent être exposés les salariés⁽³¹⁾.

Porteur d'une référence au droit naturel⁽³²⁾, le raisonnable est indéterminé : il repose sur un choix de valeurs aboutissant à une décision socialement acceptable⁽³³⁾... pour son interprète. Examinant le contrat « nouvelles embauches », le Conseil d'État décida qu'était raisonnable, au regard de la convention n° 158 de l'OIT⁽³⁴⁾, le délai de deux ans pendant lequel était écartée l'application des dispositions de droit commun relatives à la procédure de licenciement et aux motifs pouvant le justifier⁽³⁵⁾. Adoptèrent la solution inverse la Commission d'experts de l'OIT⁽³⁶⁾ ainsi que la Cour de cassation⁽³⁷⁾. Dans un autre domaine, cette dernière décide, pour l'heure, que la durée d'ancienneté de six mois exigée du salarié pour qu'il bénéficie du droit à un préavis⁽³⁸⁾ est raisonnable au regard des articles 2 et 11 de la convention n° 158 de l'OIT⁽³⁹⁾. Rien n'exclut qu'un autre juge censure cette interprétation. Il pourrait invoquer l'article 4, § 4, de la Charte sociale européenne qui impose, sans condition d'ancienneté ni dérogation, de reconnaître le droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable en cas de cessation d'emploi.

355. – Déterminabilité. Le raisonnable est déterminable. La volonté d'en saisir le sens se heurte toutefois à un obstacle majeur. Comme tout concept indéterminé, il n'accède à l'existence qu'au moment de son application à des situations déterminées⁽⁴⁰⁾. À ce titre, le raisonnable n'est pas très différent de la bonne foi contractuelle

(27) C. trav., art. L. 4131-1 et L. 4131-3. – Conv. OIT n° 155, 3 juin 1981, sur la sécurité et la santé des travailleurs, art. 13. – Dir. n° 89/391/CE, 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, art. 8, § 4.

(28) C. trav., art. L. 2341-6. – Dir. n° 2009/38/CE, 6 mai 2009, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, art. 2, § 1, g).

(29) C. trav., art. L. 2343-4. – Dir. n° 94/45/CE, 22 sept. 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, Ann., pt 3.

(30) C. trav., art. L. 1234-17. – Conv. OIT n° 158, 22 juin 1982 sur le licenciement, art. 11.

(31) C. trav., art. R. 4451-10, R. 4451-41, R. 4451-136 et D. 4152-5. – Dir. n° 96/29/CE, 13 mai 1996, fixant les normes de base relatives à la protection sanitaire de la population et des travailleurs contre les dangers résultant des rayonnements ionisants, art. 6, § 3.

(32) Ceux qui invoquent la « raison » se proclament défenseurs du droit naturel (V. not. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1689-1694, définissant les règles du droit national comme « celles que Dieu a lui-même établies, et qu'il enseigne aux hommes par la lumière de la raison »).

(33) Ch. Perelman, *Les notions à contenu variable : éthique et droit*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 793.

(34) Conv. OIT n° 158, 22 juin 1982 sur le licenciement, art. 2, § 2, b).

(35) CE, 19 oct. 2005, n° 283471, *Confédération Générale du Travail et a.* : Rec. CE 2005, p. 430 ; RJS 12/2005, n° 1240 ; JCP S 2005, 1317, note R. Vatinet.

(36) BIT, Sixième rapport supplémentaire du comité d'experts chargé d'examiner la réclamation alléguant l'inexécution par la France des conventions, 6 nov. 2007 : GB.300/20/6. – V. aussi I. de Silva, *Le CNE devant le Tribunal des conflits : renvoi devant le juge judiciaire* : Dr. soc. 2007, p. 750. – J.-Ph. Lhernould, *Le CNE à bout de souffle* : RJS 8-9/2007, p. 695.

(37) Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n° 07-44.124, M. S. c/ M^{me} L. : Bull. civ. 2008, V, n° 146 ; JCP S 2008, 1548, note F. Dumont ; RDT 2008, p. 504, avis J. Duplat ; RJS 10/2008, p. 775, rapp. J.-M. Béraud.

(38) C. trav., art. L. 1234-1.

(39) Cass. soc., 29 mars 2006, n° 04-46.499, *Sté Euromedia télévision c/ M. P.* : Bull. civ. 2006, V, n° 131 ; JCP S 2006, 1427, note R. Vatinet. – Cass. soc., 3 juin 2009, n° 08-40.981 à 08-40.983 et n° 08-41.712 à 08-41.714, *Sté Glem c/ M. B.* : Bull. civ. 2009, V, n° 141 ; D. 2009, p. 2517, note B. Edelman.

(40) M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986 ; PUF, rééd. 2004.

que connaît le droit français⁽⁴¹⁾. Assurer la prévisibilité du droit suggère de tenter d'anticiper la charge normative du standard du raisonnable. Une méthode est proposée : apprécier un comportement à l'aune de ce standard implique de le comparer à un modèle⁽⁴²⁾. Ce dernier peut prendre la forme d'une figure idéalisée, comme le fut celle du bon père de famille en droit français, ce qui ne constitue guère un progrès (à tel point que la référence a disparu en 2014 au profit du comportement... « raisonnable »)⁽⁴³⁾. Le tirer d'une série de décisions de justice est concevable mais cette technique souffre d'un grave défaut en privant les premières interprétations jurisprudentielles de modèle antérieur. Mobiliser le droit comparé pour apporter réponse à la recherche précédente est vain : aucun juge n'est tenu de suivre la voie empruntée en d'autres lieux. En dépit du défaut relevé, la seule méthode est donc celle consistant à recourir à la figure du précédent, telle que l'affectionnent la *Common law*⁽⁴⁴⁾ et, dans une certaine mesure, la jurisprudence européenne, avec le fort coefficient de variabilité⁽⁴⁵⁾ dont elle s'accompagne. Deux illustrations peuvent être fournies.

356. – Le premier est relatif au contrôle opéré par la Cour de cassation en ce qui concerne les durées de la période d'essai fixée avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 2008 au regard de l'article 2, § 2, b) de la convention n° 158 de l'OIT⁽⁴⁶⁾. Ce texte autorise la mise à l'écart du droit du licenciement pendant la période d'essai lorsqu'elle présente une durée raisonnable. N'a pas cette qualité : l'essai d'un an prévu par une convention collective pour « les agents de classe III à durée indéterminée »⁽⁴⁷⁾ ; l'essai d'un an (six mois renouvelable une fois) prévu par le contrat de travail pour les fonctions de directeur de magasin⁽⁴⁸⁾ ; l'essai de six mois prévu par une convention collective pour des fonctions d'assistant commercial⁽⁴⁹⁾. A, en revanche, été considérée comme raisonnable une période d'essai de neuf mois prévue par une convention collective pour un directeur général⁽⁵⁰⁾. Surgit la question de la conformité des dispositions actuelles du Code du travail relatives à la période d'essai⁽⁵¹⁾. Les durées maximales prévues par le législateur ne devraient pas être remises en cause. Que la loi soit postérieure à la date à laquelle la France a pris quelque engagement international n'a jamais empêché le juge, depuis qu'il a abandonné la doctrine Matter, de censurer la première. Il doit toutefois se garder de conclure en ce

(41) Cour de cassation, Rapport annuel 2006, Doc. fr., p. 257.

(42) P.-Y. Verkindt, *Le raisonnable en droit du travail*, in B. Teyssié (ss dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 43, spéc. n° 91, p. 51. – Adde, G. Khairallah, *Le raisonnable en droit privé français* : RTD civ. 1984, p. 439.

(43) L. n° 2014-873, 4 août 2014, pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, art. 26 : JO 5 août 2014, n° 179.

(44) L. Flament, *Le raisonnable en droit du travail* : Dr. soc. 2007, p. 16.

(45) B. Teyssié : JCP E 1988, II, 15140, note ss CA Paris, 3 févr. 1988.

(46) La Cour de cassation étend son contrôle aux périodes d'essai fixées par un contrat régi par une loi étrangère dès lors qu'il est exécuté en France, la convention n° 158 ayant, selon la cour, un effet impératif (Cass. soc., 26 mars 2013, n° 11-25.580, M. V. c/ Sté Cityjet Ltd : Bull. civ. 2013, V, n° 82 ; RJS 6/2013, n° 432).

(47) Cass. soc., 4 juin 2009, n° 08-41.359, M. D. c/ CRCAM de Paris et d'Île-de-France : Bull. civ. 2009, V, n° 146 ; JCP S 2009, 1335, note J. Mouly.

(48) Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-17.945, M. D. c/ SAS Sté Lezidis : Bull. civ. 2012, V, n° 11 ; JCP S 2012, 1429, note L. Draï ; RDT 2012, p. 71, note A. Moulinier ; Dr. soc. 2012, p. 321, obs. J. Mouly.

(49) Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.512, M^{me} D. c/ CRCAM Pyrénées-Gascogne : Bull. civ. 2012, V, n° 137 ; RJS 7/2012, n° 608.

(50) Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 12-11.825, M. K. c/ Sté Gazocéan : Bull. civ. 2013, V, n° 110 ; RJS 7/2013, n° 501.

(51) C. trav., art. L. 1221-19.

sens lorsqu'est en cause une norme aussi générale que le raisonnable et qu'aucun organe supranational ne lui ordonne d'agir. Cette règle d'interprétation doit guider le juge dans l'appréciation de la conventionnalité des lois à l'aune de tout standard.

357. – Une autre illustration du coefficient de variabilité qui affecte l'appréciation du raisonnable concerne le droit de retrait reconnu, dans certaines circonstances, aux salariés. Deux données doivent être prises en considération, l'une subjective, relative à la perception du danger par le salarié, l'autre objective, tenant au niveau du risque d'atteinte à sa vie ou sa santé. La Cour de cassation trace les frontières du raisonnable au fil de ses décisions, interprétant le droit interne à la « lumière » de la directive n° 89/391. Justifie l'exercice du droit de retrait la décision de l'employeur de ne laisser qu'un seul peintre sur une chaîne de montage d'automobiles alors qu'existe un risque de chute qu'aucun autre travailleur ne peut remarquer, rendant impossible l'arrêt des machines⁽⁵²⁾. Est en revanche illégitime le retrait décidé par des chauffeurs d'autobus au motif que certains de leurs collègues, exerçant sur d'autres lignes du réseau, ont subi des agressions lors des années précédentes⁽⁵³⁾. Il est difficile en ce domaine de déterminer les règles d'interprétation qui doivent guider le juge. Alors qu'il est simple de fixer une limite à l'interprétation jurisprudentielle des lois au regard d'une saine conception de la séparation des pouvoirs, ce critère disparaît lorsque le juge apprécie le caractère raisonnable d'un *comportement*. La démarche est teintée d'empirisme⁽⁵⁴⁾. Des difficultés d'interprétation similaires surgissent pour apprécier la portée de la notion d'aménagement raisonnable que doit mettre en œuvre l'employeur dans l'adaptation des conditions de travail des salariés handicapés⁽⁵⁵⁾. La Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est en formation. Celle-ci décide que la réduction du temps de travail peut constituer l'une des mesures d'aménagement visées à l'article 5 de la directive n° 2000/78⁽⁵⁶⁾. L'énumération de mesures appropriées destinées à aménager le poste de travail en fonction du handicap (pouvant être d'ordre physique, « organisationnel » ou éducatif), contenue au vingtième considérant de cette directive, n'est pas exhaustive. Pour le surplus, la Cour renvoie aux juges nationaux le soin d'apprécier si, dans les circonstances de chaque affaire, la mesure envisagée représente une charge disproportionnée pour l'employeur en tenant compte « notamment des coûts financiers et autres

(52) Cass. soc., 28 janv. 2009, n° 07-44.556, *M. W. c/ Sté Sovab* : *Bull. civ.* 2009, V, n° 24 ; *RJS* 4/2009, n° 361.

(53) Cass. soc., 23 avr. 2003, n° 01-44.806 et s., *M. H. c/ Sté Stac* : *Bull. civ.* 2003, V, n° 136 ; *RJS* 8-9/2003, n° 1027.

(54) La variabilité des situations explique que la Cour de cassation laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond l'existence du « motif raisonnable » relativement au droit de retrait (Cass. soc., 23 avr. 2003, n° 01-44.806 et s., *M. H. c/ Sté Stac*, préc.).

(55) C. trav., art. L. 5213-6. – Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, « portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail », art. 5. – La référence aux « aménagements raisonnables » est surabondante à l'article 5 puisque le texte définit ensuite ce qu'ils impliquent. Le législateur français s'est abstenu d'intégrer cette notion, ne transposant que la suite de la définition : « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs (...) d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées (...) ».

(56) CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark (Ring et Werge)*, pt 55 : *Rec. CJUE* 2013 ; *JCP S* 2013, 1238, note J. Cavallini.

qu'une telle mesure implique, de la taille et des ressources financières de l'entreprise et de la possibilité d'obtenir des fonds publics ou toute autre aide »⁽⁵⁷⁾. Le juge européen souffle au juge national la solution qu'il pourrait adopter : la réduction du temps de travail en tant que mesure d'aménagement ne représente pas une charge disproportionnée pour l'employeur lorsqu'il est établi que celui-ci, après avoir licencié le travailleur handicapé, a diffusé une offre d'emploi à temps partiel correspondant à son poste. Ce qu'*a pu* faire l'employeur pour d'autres, il *aurait pu* le faire pour le travailleur souffrant d'un handicap. Reste à déterminer ce qu'il *pourrait* faire.

II. – Portée du raisonnable

358. – Régulation. La diversité des solutions qu'abrite l'interprétation du raisonnable est nécessaire à sa fonction. Ce standard est un outil d'adaptation du droit à des réalités qui se transforment⁽⁵⁸⁾ et à l'infinie diversité des comportements humains. Le raisonnable, laissé par le législateur supranational aux mains de ses interprètes, traduit ainsi la conception qu'avait Portalis du rôle de la loi et de celui imparté à chacun. La référence au délai « raisonnable », terre d'élection de ce standard⁽⁵⁹⁾, offre au juge la faculté d'encadrer les délais jalonnant la relation de travail dont l'employeur a, plus que le salarié, la maîtrise. À cette fin, la fixation du délai raisonnable emprunte deux directions opposées. La première vise à contenir les délais qui peuvent se révéler défavorables aux salariés. Les contentieux, en droit du travail, doivent être traités avec une célérité particulière⁽⁶⁰⁾ ; le caractère raisonnable du temps de la procédure⁽⁶¹⁾ varie selon le contexte dans lequel une affaire s'inscrit⁽⁶²⁾. Des limites doivent être fixées au temps durant lequel les salariés sont privés de l'application du droit du licenciement⁽⁶³⁾, le caractère raisonnable du délai dépendant, notamment, des fonctions exercées⁽⁶⁴⁾.

La seconde direction consiste, à l'opposé de la précédente, à amplifier les délais lorsqu'il s'agit de permettre aux salariés ou à leurs représentants d'exercer efficacement les droits qui leur sont reconnus. Doit être laissé au comité d'entreprise européen un délai raisonnable pour formuler un avis sur les mesures soumises à son appréciation⁽⁶⁵⁾. Le comité d'entreprise dispose d'un délai raisonnable pour décider de l'utilité de recourir à un expert-comptable⁽⁶⁶⁾.

(57) CJUE, 11 avr. 2013, préc., pt 60.

(58) B. Teysié, note ss CA Paris, 3 févr. 1988 : JCP E 1988, II, 15140.

(59) V. not. L. Nicolas-Vullierme, *Le délai « raisonnable » ou la mesure du temps* : LPA 3 janv. 2005, n° 1, p. 3.

(60) CEDH, 14 nov. 2000, req. n° 38437/97, *Delgado c/ France*, § 50.

(61) Conv. EDH, art. 6, § 1.

(62) CEDH, 14 nov. 2000, préc., § 49.

(63) Conv. OIT n° 158, 22 juin 1982 sur le licenciement, art. 2, § 2, b).

(64) Cass. soc., 4 juin 2009, n° 08-41.359, *M. Robert Diesendorf c/ CRCAM de Paris et d'Île-de-France* : Bull. civ. 2009, V, n° 146 ; JCP S 2009, 1335, note J. Mouly. – Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-17.945, *M. D. c/ SAS Sté Lezidis* : Bull. civ. 2012, V, n° 11 ; JCP S 2012, 1429, note L. Draï ; RDT 2012, p. 71, note A. Moulinier ; *Dr. soc.* 2012, p. 321, obs. J. Mouly. – Cass. soc., 10 mai 2012, n° 10-28.512, *M^{me} D. c/ CRCAM Pyrénées-Gascogne* : Bull. civ. 2012, V, n° 137 ; RJS 7/2012, n° 608. – Cass. soc., 24 avr. 2013, n° 12-11.825, *M. K. c/ Sté Gazocéan* : Bull. civ. 2013, V, n° 110 ; RJS 7/2013, n° 501.

(65) Dir. n° 2009/38/CE, 6 mai 2009, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, art. 2, § 1, g). – La précédente directive sur le sujet (Dir. n° 94/45/CE, 22 sept. 1994) ne se référait pas au standard du raisonnable.

(66) Cass. soc., 15 déc. 2009, n° 08-17.722, *Sté Banque populaire rives de Paris c/ CE de la Banque populaire rives de Paris* : Bull. civ. 2009, V, n° 285 ; RJS 3/2010, n° 270, décidant que « si le droit pour le comité d'entreprise, appelé à procéder

359. – Substitution. La référence au raisonnable ne s'avérant pas toujours satisfaisante, peuvent être sollicitées des notions susceptibles de se révéler plus objectives, tel le standard de l'utile. Ainsi pourrait-il en être dans le domaine de la grève. Alors que la chambre sociale de la Cour de cassation⁽⁶⁷⁾, tournant le dos à l'assemblée plénière⁽⁶⁸⁾, a abandonné le contrôle de la légitimité des revendications des grévistes, la référence au caractère raisonnable des revendications formulées est présente lorsque la Cour de justice de l'Union européenne s'attache à concilier droit de grève et libertés économiques⁽⁶⁹⁾. Les débats, parfois vifs, entourant l'appréciation de la pertinence d'un tel contrôle ressurgissent. Il suffirait au juge, pour les réduire, de remplacer la référence au raisonnable par un critère emprunté à la possibilité objective qu'a ou non l'employeur de satisfaire les revendications des grévistes. Serait alors disqualifiée la grève reposant sur des revendications « inutiles »⁽⁷⁰⁾.

La Cour de cassation a eu l'occasion d'apporter la preuve que « l'objectivation » du raisonnable par le recours à l'utile, lorsqu'elle peut être envisagée, est souhaitable. L'article L. 2343-4, alinéa 4⁽⁷¹⁾ du Code du travail, déclinaison de la directive n° 94/45⁽⁷²⁾, dispose, à propos de l'information du comité d'entreprise européen ou des membres de son bureau lorsque surviennent des circonstances exceptionnelles affectant considérablement les intérêts des salariés, que la réunion d'information et de consultation doit avoir lieu « dans les meilleurs délais » sur la base d'un rapport établi par l'employeur sur lequel les représentants du personnel sont amenés à donner un avis soit à l'issue de la réunion du comité ou de son bureau, soit « dans un délai raisonnable ». La Cour de cassation, à l'occasion du contentieux né du projet de fusion Gaz de France-Suez, n'a pas mobilisé cette dernière référence, préférant trancher en considération de l'effet utile de la consultation⁽⁷³⁾ : le délai qui leur est abandonné doit « permettre aux intéressés de donner un avis au cours du processus devant aboutir à la décision », donc « avant la tenue du conseil d'administration » appelé à arrêter le projet de fusion. Alors que l'invocation du raisonnable suggère un choix de valeur, le recours à l'utile implique, plus simplement, de vérifier que la mesure ou le comportement examiné permet, ou non, d'atteindre l'objectif

à l'examen annuel des comptes, de recourir à un expert-comptable dont la rémunération incombe à l'employeur s'exerce au moment où les comptes lui sont transmis », il ne résulte pas des textes nationaux, interprétés à la lumière de la directive n° 2002/14/CE du 11 mars 2002, « que la désignation de cet expert doit intervenir lors de la réunion d'information au cours de laquelle les comptes lui sont présentés ». La désignation de l'expert doit alors intervenir « dans un délai raisonnable ».

(67) Cass. soc., 23 oct. 2007, n° 06-17-802, *Synd. SNTU-CFDT c/ RTM* : *Bull. civ.* 2007, V, n° 169 ; *RJS* 1/2008, n° 65.

(68) Cass. ass. plén., 4 juill. 1986, n° 84-15-735, *Synd. national des officiers mécaniciens navigants de l'aviation civile c/ Cie nationale Air France* : *Bull. civ.* 1986, ass. plén., n° 11, p. 19 ; *JCP G* 1986, II, 20694, note B. Teysié ; *Dr. soc.* 1986, p. 745, concl. R. Bouyssi, obs. G. Lyon-Caen.

(69) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *International Transport workers' Federation et a. c/ Viking Line ABP et a.* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 10779 ; *JCP S* 2008, 1086, note J. Cavallini ; *RJS* 3/2008, p. 182, chron. H. Tissandier.

(70) A. Martinon, *L'utile en droit du travail*, in B. Teysié (ss dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, *Economica*, 2011, p. 7, spéc. n° 36, p. 17.

(71) C. trav., anc. art. L. 439-15.

(72) Cons. UE, dir. n° 94/45/CE, 22 sept. 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *Ann.*, pt 3 : *JOCE* n° L 254, 30 sept. 1994, p. 64.

(73) Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 07-10-597, *GDF et a. c/ CE européen de Gaz de France* : *Bull. civ.* 2008, V, n° 6 ; *JCP S* 2008, 1155, note B. Teysié. – Bien que l'article L. 2343-4, alinéa 4 du Code du travail (anc. art. L. 439-15) soit applicable au comité d'entreprise européen mis en place en l'absence d'accord, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, l'accord instituant le comité d'entreprise européen du groupe Gaz de France reprenait la substance de ce texte. L'interprétation faite de cet accord à la lumière de la directive n° 94/45 par la Cour de cassation valait donc, par analogie, pour celle de la loi.

fixé par la règle applicable. Encore n'est-il pas toujours aisé de connaître l'ampleur du résultat attendu par l'interprète de la règle. Les outils infra-philosophiques, tels que l'utile, charrient eux aussi leur lot de subjectivité.

360. – Conclusion de section. Les outils philosophiques sont empreints d'un fort coefficient de subjectivité et teintés d'empirisme. Des tendances apparaissent. La notion d'équitable semble ne condamner que les atteintes les plus graves portées aux droits auxquels cette qualité est accolée. Une marge d'appréciation est laissée aux États pour apporter des atteintes... raisonnables aux droits en cause. Le standard du raisonnable ne doit pas être mobilisé par le juge interne pour condamner la loi nationale lorsque le juge supranational ne le commande pas. Cette règle participe d'un sain partage des pouvoirs ; elle ne permet toutefois pas de mieux cerner les frontières du raisonnable. Les incertitudes augmentent lorsqu'est en cause l'appréciation du caractère raisonnable d'un comportement. Dissiper les doutes peut imposer, lorsque cela est possible, de substituer au raisonnable des solutions précises.

SECTION 2

Les outils infra-philosophiques de la conciliation

361. – Les outils infra-philosophiques impliquent à première vue de concilier les normes selon un modèle de type mécanique. Est utile (§ 1) la norme qui permet objectivement de réaliser le résultat recherché. L'exigence de protection croît jusqu'à atteindre le palier adéquat. Est proportionnelle (§ 2) la norme ou la mesure qui augmente ou diminue selon le même rapport que celle à laquelle elle est comparée. Ressurgit pourtant la subjectivité propre à l'interprétation des standards.

§ 1. – L'utile

362. – Frontières. L'identification de l'utile passe par l'appréciation du rapport existant entre la mesure envisagée et le résultat visé : si celle-ci atteint celui-là, elle est utile, sinon elle est inutile. La vigueur de l'utile est donc proportionnelle à l'intensité du résultat attendu. La subjectivité n'est pas évincée pour autant lorsque le juge est appelé à apprécier ce rapport. Tracer les frontières de l'utile commande d'identifier les vues qu'il poursuit (I) et les limites susceptibles d'en réduire la portée (II).

I. – Vues de l'utile

363. – Quête de l'utile. Temps utile, effet utile, délai utile, informations utiles, renseignements utiles... Nombreux sont les textes supranationaux, spécialement ceux adoptés dans le creuset du droit de l'Union européenne, qui mobilisent le standard de l'utile. Ses qualités sont précieuses : associé à l'effet que déploie la norme, l'utile

permet d'en exalter le sens ; relatif à la qualité que présente l'action, il offre à l'interprète la souplesse nécessaire pour embrasser la variété des affaires humaines. Comme tout standard, l'intérêt de la référence à l'utile côtoie le flou qui entoure sa compréhension. Les enjeux, cependant, sont loin d'être négligeables, spécialement lorsque l'utile est invoqué pour apprécier les règles relatives à la non-discrimination ainsi qu'à l'information et à la consultation des représentants du personnel : l'erreur commise expose son auteur à des sanctions pénales mais aussi à des sanctions civiles susceptibles de freiner la marche de l'entreprise dès lors qu'est prononcée la nullité des mesures adoptées ou la suspension des procédures engagées. Par-delà une vaine recherche de l'ensemble des significations de l'utile, des tendances apparaissent, révélant que si l'utilité sociale doit toujours être recherchée, la place accordée à l'utilité économique est plus limitée.

364. – Utilité sociale. Les normes de droit social visant, quasi exclusivement, la protection des salariés, la recherche de l'effet utile sert leurs intérêts en assurant l'effectivité des droits qui leur sont reconnus⁽⁷⁴⁾. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, l'effet utile commande l'élévation maximale du niveau de protection⁽⁷⁵⁾.

L'utile est parfois invoqué pour *enrichir* le sens de la norme en débat. La Cour de justice, alors que rien dans le texte de la directive n° 2000/78⁽⁷⁶⁾ ne le suggère, reconnaît par exemple la discrimination « par association »⁽⁷⁷⁾, révélant le retard de la législation française qui ne vise que la discrimination personnellement subie⁽⁷⁸⁾. De même, confrontée à la directive « temps de travail »⁽⁷⁹⁾, la Cour de justice a entouré le droit à un congé annuel payé de quatre semaines de garanties particulièrement fortes s'agissant des conditions d'acquisition et d'utilisation des congés, contraignant le législateur et le juge français à chasser les solutions nationales non conformes⁽⁸⁰⁾.

(74) 1) Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales protège « des droits non pas théoriques et illusoire mais concrets et effectifs » (CEDH, 9 oct. 1979, req. n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*, série A, n° 32 ; *JDI* 1982, p. 187, chron. P. Rolland) ; 2) le Comité européen des droits sociaux adopte la même formule à l'égard de la Charte sociale européenne (CEDS, 23 juin 2010, *CGT c/ Gouvernement de la France*, réclamation n° 55/2009, § 15 ; *Liaisons soc. Europe* 2011, n° 279, p. 5, obs. J.-Ph. Lhernould) ; 3) la Cour de justice de l'Union européenne se fonde sur « l'effectivité » de la protection du destinataire des règles contenues dans le texte interprété (CJCE, 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 4713 ; *D.* 2009, p. 2312, note G. Poissonnier ; *JCP G* 2009, 25-26, note F. Picod) ou sur « l'effectivité » de la règle elle-même, comme le droit à la santé (CJCE, 9 sept. 2003, aff. C-151/02, *Jaeger*, pts 70 et 92 : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 8389 ; *RJS* 12/2003, p. 942, chron. J.-Ph. Lhernould) ; 4) la Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et recommandations souligne dans ses rapports « l'effectivité » qui doit s'attacher à la mise en œuvre de chaque droit protégé par les conventions, telle la protection des représentants des travailleurs (Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, 5^e éd. 2006, n° 833 ; consultable à l'adresse : <http://www.ilo.org>).

(75) CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06, *Coleman* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 05603 ; *RJS* 2008, p. 883, note M. Le Barbier-Le Bris ; *JCP S* 2008, 1549, note J. Cavallini. – La démarche recèle une imperfection : l'interprétation téléologique tend à effacer les accommodements ou les concessions auxquels le législateur a procédé pour que le texte soit adopté. V. not. J. Cavallini, *Les méthodes en droit européen du travail*, in B. Teyssié (ss dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 279. spéc. n° 458, p. 286.

(76) Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail : *JOCÉ* n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

(77) CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06, *Coleman* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 05603 ; *RJS* 2008, p. 883, note M. Le Barbier-Le Bris ; *JCP S* 2008, 1549, note J. Cavallini.

(78) C. trav., art. L. 1132-1. – V. *supra*, n° 306.

(79) Dir. n° 2003/88/CE, 4 nov. 2003 et Dir. n° 93/104/CE, 23 nov. 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, art. 7.

(80) V. *supra*, n° 337 et s.

L'invocation de l'effet utile permet aussi de *préciser* le sens des notions. La Cour de justice décide que la directive n° 98/59⁽⁸¹⁾ et la directive n° 2002/14⁽⁸²⁾ s'opposent à une réglementation nationale⁽⁸³⁾ qui exclut, fût-ce temporairement, une catégorie déterminée de travailleurs du calcul du nombre de travailleurs employés au sens de ces dispositions⁽⁸⁴⁾. La précision apportée a emporté, naguère, la condamnation de l'exclusion des travailleurs de moins de vingt-six ans du calcul de l'effectif du personnel ; elle révèle, aujourd'hui, l'irrégularité⁽⁸⁵⁾ qui frappe l'exclusion des travailleurs titulaires de « contrats aidés » du calcul des effectifs de l'entreprise dans le cadre de la détermination des seuils légaux de mise en place des institutions représentatives du personnel⁽⁸⁶⁾. Ainsi encore, la Cour de justice, interprétant les directives consacrées aux licenciements collectifs pour motif économique⁽⁸⁷⁾ et au transfert d'entreprise⁽⁸⁸⁾, qui disposent que les consultations menées avec les représentants du personnel le sont « en vue d'aboutir à un accord », décide qu'est créée, au minimum, une obligation de négocier excluant que le législateur national se borne à imposer à l'employeur de solliciter l'avis desdits représentants et, s'il écarte leurs observations, d'en indiquer les motifs. L'interprétation est transposable à la directive n° 2002/14/CE relative à l'information et à la consultation de représentants des salariés⁽⁸⁹⁾. Le droit français est placé, à cet égard, dans une position délicate : le refus du législateur de remettre en cause la primauté syndicale en matière de négociation collective l'a conduit à opter pour des transpositions silencieuses sur la nécessité que les consultations ainsi ouvertes aboutissent à un accord. Mais, du silence ainsi gardé, la portée n'est pas considérable, la consultation requise, dans les circonstances ici visées, supposant un échange de points de vue dans un esprit de coopération proche de l'effet utile souhaité par la Cour de justice. Peu importe qu'elle ne conduise pas, formellement, à un « accord »⁽⁹⁰⁾.

365. – L'invocation de l'effet utile atteint ses limites lorsqu'elle conduit à retenir deux solutions différentes, sans connaître avec certitude celle qui protège au

(81) Dir. n° 98/59/CE, 20 juill. 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, art. 1, § 1, sous a) : JOCE n° L 225, 12 août 1998, p. 16.

(82) Dir. n° 2002/14/CE, 11 mars 2002, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, art. 3, § 1 : JOCE n° L 80, 23 mars 2002, p. 29.

(83) Ord. n° 2005-892, 2 août 2005, art. 1 : JO 3 août 2005.

(84) CJCE, 18 janv. 2007, aff. C-385/05, *CGT et a. c/ Premier ministre et a.*, pt 38 : JCP S 2007, 1082, note B. Gauriau.

(85) CJUE, 15 janv. 2014, aff. C-176/12, *Assoc. de médiation sociale (AMS)*, pt 25 : Rec. CJUE 2014 ; *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11, note P. Rodière ; *Europe* 2014, comm. 112, D. Simon ; *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 345, obs. J.-Ph. Lhernould ; JCP S 2014, 1140, note R. Milchior et E. Pujol. – Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 11-21.609, *Assoc. de médiation sociale (AMS) c/ Union locale des syndicats CGT Quartiers Nord et a.* : Bull. civ. 2014, V, n° 193 ; JCP S 2014, 1429, note Y. Pagnerre.

(86) C. trav., art. L. 1111-3.

(87) Dir. n° 98/59/CE, art. 2, § 1. – CJCE, 8 juin 1994, aff. C-383/92, *Commission c/ Royaume-Uni*, pt 34 : Rec. CJCE 1994, I, p. 2479.

(88) Dir. n° 2001/23/CE, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au « maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprise (...) », art. 7, § 2 et Dir. n° 77/187/CEE, art. 6, § 2. – CJCE, 8 juin 1994, aff. C-382/92, *Commission c/ Royaume-Uni*, pt 48 : Rec. CJCE 1994, I, p. 2435.

(89) Dir. n° 2002/14/CE, art. 2, g) et art. 4, e).

(90) Les termes de la directive relative aux licenciements collectifs pour motif économique, repris par plusieurs directives ultérieures dès lors qu'elles imposent l'information et la consultation des représentants du personnel, sont inspirés du droit allemand en vertu duquel le plan de sauvegarde de l'emploi est négocié par le conseil d'établissement dans le prolongement de ses droits d'information et de consultation (V. not. R. Vatinet, *Les accords relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi* : JCP S 2014, 1188. – P. Rémy, *Les pouvoirs des représentants des salariés dans les licenciements collectifs en droit allemand* : Dr. soc. 2008, p. 902).

mieux l'intérêt social. La directive n° 2009/38/CE⁽⁹¹⁾, rompant avec le silence gardé par la directive n° 94/45/CE⁽⁹²⁾, décide que la consultation du comité d'entreprise européen doit être articulée avec celle des instances nationales de représentation du personnel dans le respect des domaines d'intervention et des compétences de chacune des institutions en présence. Lorsque le comité est créé par accord, ce dernier fixe les modalités d'articulation, dans le respect des normes impératives nationales⁽⁹³⁾ ; à défaut d'accord, ou s'il est silencieux sur ce point, il incombe à chaque État de régler cette question ; à défaut encore, il appartient au juge de la trancher. Dès lors que la référence à l'effet utile est sollicitée, une interrogation surgit : quelle solution accroît la portée de l'information et de la consultation des travailleurs ? Il peut apparaître pertinent de commencer par consulter les instances locales de représentation du personnel avant de saisir le comité d'entreprise européen⁽⁹⁴⁾. Certaines juridictions françaises l'ont admis⁽⁹⁵⁾ ; d'autres l'ont exclu⁽⁹⁶⁾. Une prise de position ferme du législateur européen aurait évité que la solution varie entre les États et, en leur sein, selon le juge saisi⁽⁹⁷⁾. Au standard de l'utile doivent être préférées des notions plus nettes⁽⁹⁸⁾ lorsque la variété des solutions qu'il recèle ne sert ni l'intérêt social ni l'intérêt économique.

366. – Utilité économique. L'intérêt de l'entreprise ne peut pas se substituer à celui des travailleurs, à supposer qu'ils puissent être réellement distingués. Rien n'interdit toutefois qu'ils se côtoient. Parmi les principales directives sociales, hormis celles relatives au détachement de travailleurs, une seule fait référence à l'utilité économique : la directive n° 2009/38/CE relative au comité d'entreprise européen. Son information et sa consultation ne doivent pas « ralentir le processus décisionnel »⁽⁹⁹⁾ ; plus généralement, elles ne doivent ni « mettre en cause la capacité d'adaptation » de l'entreprise ou du groupe⁽¹⁰⁰⁾, ni porter « atteinte aux prérogatives du chef d'entreprise »⁽¹⁰¹⁾. L'esprit de compromis suggéré doit guider l'interprétation du « délai raisonnable » au terme duquel le comité peut rendre son avis⁽¹⁰²⁾ : il peut, selon les circonstances, n'être que de quelques heures, les membres

(91) Dir. n° 2009/38/CE, 6 mai 2009, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et consulter les travailleurs, art. 12 : *JOUE* n° L 122, 16 mai 2009, p. 28.

(92) Dir. n° 94/45/CE, 22 sept. 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et consulter les travailleurs : *JOCE* n° L 254, 30 sept. 1994, p. 64.

(93) En droit français, la consultation du comité d'entreprise doit précéder la décision du chef d'entreprise (C. trav., art. L. 2323-2).

(94) B. Teyssié, *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013, n° 985, p. 431, relevant que lorsque le comité d'entreprise européen a à connaître du dossier, l'échange de vues et le dialogue conduit avec la direction de l'entreprise ou du groupe l'est en connaissance des opinions exprimées par les représentants du personnel présents dans les entités de l'entreprise ou du groupe concernées par l'opération examinée. La consultation de l'instance européenne de représentation du personnel y trouve *un surcroît d'intérêt*.

(95) CA Paris, 28 janv. 2013, n° 12/56657 : *JCP E* 2013, 168, note D. Jonia ; *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 322, p. 3.

(96) TGI Paris, 26 févr. 2011 : *Liaisons soc. Europe* 2011, n° 279, p. 4.

(97) B. Teyssié, *La consultation du comité d'entreprise européen ou la tentation de l'infini*, in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, Dalloz, 2012, p. 681, spéc. p. 689.

(98) V. not. B. Krief, *Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel* : *JCP S* 2014, 1090.

(99) Dir. n° 2009/38/CE, consid. 22.

(100) Dir. n° 2009/38/CE, consid. 14 et art. 2, § 1, g). – C. trav., art. L. 2341-6, énonçant que la consultation du comité d'entreprise européen doit s'effectuer « sans préjudice des responsabilités de l'employeur ».

(101) Dir. n° 2009/38/CE, Ann., pt 3, al. 4.

(102) Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, § 1, g) et Ann., pt 3, al. 3.

du comité demeurant sur place, spécialement si la décision, suspendue à l'avis des représentants, doit être rapidement prise⁽¹⁰³⁾. L'utilité sociale n'est pas négligée : elle épouse l'utilité économique.

367. – La quête d'un tel équilibre est-elle interdite au juge lorsque la directive dont il est saisi est muette sur l'intérêt de l'entreprise ? La réponse est assurément négative. Ainsi, la cour d'appel de Paris, dans l'affaire *Vilvorde*, n'avait pas hésité, guidée par l'effet utile de la directive n° 94/45/CE et malgré l'absence de référence dans ce texte aux intérêts de l'entreprise, à admettre l'éventualité d'une consultation du comité d'entreprise européen postérieure à la prise de décision par la direction centrale de l'entreprise ou du groupe⁽¹⁰⁴⁾, sous réserve que l'avis fût exprimé et recueilli en un temps où une modification des résolutions initiales des dirigeants de l'entreprise ou du groupe était encore possible. La question est aujourd'hui réglée par la directive n° 2009/38/CE, celle-ci imposant que la consultation précède, en tout état de cause, la prise de décision⁽¹⁰⁵⁾. À propos d'un autre texte, la directive relative au transfert d'entreprise, la Cour de justice de l'Union européenne, par la voix de son avocat général, observe qu'elle s'efforce d'établir un équilibre entre la protection des travailleurs et les besoins de flexibilité de l'entreprise⁽¹⁰⁶⁾. Elle affirme aussi que la directive « ne vise pas uniquement à sauvegarder, lors d'un transfert d'entreprise, les intérêts des travailleurs, mais entend assurer un juste équilibre entre les intérêts de ces derniers, d'une part, et ceux du cessionnaire, d'autre part »⁽¹⁰⁷⁾. Cet esprit de compromis éclaire les arrêts décidant, notamment, que : 1) si la protection des salariés conduit à maintenir les contrats de travail, elle n'implique nullement qu'il faille pareillement imposer le transfert du bail des locaux où l'activité est exercée⁽¹⁰⁸⁾ ; 2) si le salarié a le droit de s'opposer au transfert de son contrat de travail, les États sont libres d'en tirer les conséquences au regard de la nature de la rupture qu'emporte ce refus⁽¹⁰⁹⁾. La préoccupation de tenir compte des impératifs économiques explique également que la Cour de justice de l'Union européenne, interprétant la notion de « temps utile » dans lequel doit être menée la consultation des représentants du personnel au sens de la directive n° 98/59/CE⁽¹¹⁰⁾, relève qu'un déclenchement précoce de l'obligation de consultation pourrait conduire à des résultats contraires à l'objectif visé par le texte précédent en altérant la capacité de l'entreprise à décider et conduire une opération de restructuration⁽¹¹¹⁾. L'équilibre atteint

(103) B. Teyssié, *La consultation du comité d'entreprise européen ou la tentation de l'infini*, in *Liber amicorum, Mél. en l'honneur de Ph. Merle*, Dalloz, 2012, p. 681, spéc. p. 685.

(104) CA Versailles, 7 mai 1997 : *Dr. soc.* 1997, p. 506, note M.-A. Moreau, obs. A. Lyon-Caen.

(105) Dir. n° 2009/38/CE, art. 2, § 1, g). – C. trav., art. L. 2341-6, évoquant « un avis concernant les mesures faisant l'objet de la consultation ».

(106) CJCE, 27 nov. 2008, aff. C-396/07, *Juuri*, concl. pt 51 : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 8883 ; *RJS* 3/2009, n° 296 et p. 193, chron. J.-Ph. Lhernould.

(107) CJCE, 18 juill. 2013, aff. C-426/11, *Alemo-Herron e.a.*, pt 25 : *Rec. CJUE* 2013 ; *RDT* 2013, p. 785, note P. Rémy.

(108) CJCE, 16 oct. 2008, aff. C-313/07, *Kirtruna et Vigano* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 7907.

(109) CJCE, 16 déc. 1992, aff. C-132/91, *Katsikas e.a. c/ Konstantinidis e.a.* : *Rec. CJCE* 1992, I, p. 6577. – CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-51/00, *Temco* : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 969.

(110) Dir. n° 98/59/CE, 20 juill. 1998, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, art. 2, § 1 : *JOCÉ* n° L 225, 12 août 1998, p. 16.

(111) CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44-08, *Akavan* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 8163 ; *RJS* 12/2009, n° 993 et p. 789, note F. Kessler ; *JCP S* 2009, 1493, note E. Jeansen. – *Adde*, CJUE, 30 avr. 2015, aff. C-80/14, *USDRAW*, pt 62 : *Rec. CJUE* 2015, décidant que la directive n° 98/59 « a pour objectif non seulement de renforcer la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs, mais également, d'une part, d'assurer une protection comparable des droits des travailleurs dans les

est, au demeurant, précaire : la consultation doit avoir lieu dès l'instant où des licenciements collectifs sont envisagés dans une entité, même si celle-ci ne dispose pas de toutes les informations visées par la directive et nécessaires pour en apprécier la portée. Quelle est l'utilité d'ouvrir une procédure de consultation si l'employeur est incapable de fournir des renseignements importants, notamment parce qu'ils sont détenus par la société mère, auteur véritable de la décision de licenciement ? La recherche d'une solution équilibrée combinant utilité sociale et utilité économique aurait pu suggérer à la Cour de décider que l'obligation de consultation ne naît pas tant que l'employeur n'est pas en mesure de fournir les informations essentielles en principe requises⁽¹¹²⁾.

II. – Limites de l'utile

368. – L'extension des droits interprétés doit cesser lorsque l'exercice confine à l'inutile ou viole ouvertement la lettre des textes. Le juge ne partage pas toujours cette analyse.

369. – **Excès.** Lorsque la portée d'un droit est étendue à l'excès, la solution qui en résulte peut devenir inutile. La Cour de justice de l'Union européenne souligne que si l'effet utile du droit à la santé commande de reporter les congés dont le salarié n'a pas pu profiter en raison de sa maladie ou d'un accident, il ne saurait y avoir report illimité. Fixés à une date trop éloignée de la période de travail qui les a générés, les congés sont privés de pertinence⁽¹¹³⁾. La quête d'efficacité est également perceptible lorsque la Cour de justice est appelée à apprécier la nécessité de procéder « en temps utile » à des consultations avec les représentants des travailleurs en vue d'aboutir à un accord au sens de la directive n° 98/59⁽¹¹⁴⁾. A cette qualité la consultation qui permet d'éviter les licenciements ou d'en réduire le nombre ou encore d'en atténuer les conséquences grâce à la mise en œuvre de mesures sociales aidant à la reconversion ou au reclassement des salariés⁽¹¹⁵⁾. Tardive, la consultation ne permet pas d'atteindre l'objectif visé, la décision de licencier étant acquise ; précoce, elle est dépourvue d'utilité faute que puisse être concrètement débattu le projet de licenciement. La Cour de justice trace alors la ligne suivante : lorsque la nécessité de licencier des salariés n'est qu'une probabilité, la consultation n'est pas obligatoire ; lorsque des licenciements sont effectivement projetés, elle l'est. L'employeur doit toutefois prendre garde au fait que l'obligation de consulter naît non seulement en présence d'un projet de licenciement collectif, mais aussi d'une décision qui n'a pas directement pour objet des licenciements. Comme le droit français, qui distingue la procédure d'information et de consultation sur tout projet intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise⁽¹¹⁶⁾ de celle

différents États membres et, d'autre part, de rapprocher les charges qu'entraînent ces règles de protection pour les entreprises de l'Union ».

(112) E. Jeansen, *Obligation d'information et de consultation des représentants du personnel dans les groupes d'entreprises* : JCP S 2009, 1493.

(113) CJUE, 22 nov. 2011, aff. C-214/10, *KHS* : *Rec. CJUE* 2011, I, p. 11757 ; *RJS* 2/2012, n° 201.

(114) CJCE, 10 sept. 2009, préc.

(115) Dir. n° 98/59/CE, art. 2, § 2.

(116) C. trav., art. L. 2323-6.

relative aux licenciements collectifs⁽¹¹⁷⁾, le droit européen impose de consulter les représentants du personnel en présence d'une décision commerciale ou stratégique impliquant des effets sur l'emploi⁽¹¹⁸⁾.

370. – Forçage. L'esprit de la loi peut autoriser le juge à en étirer la lettre, pas à l'anéantir. La Cour de justice de l'Union européenne décide ainsi que le mécanisme de l'effet utile ne peut pas être déployé si la solution qu'il abrite viole ouvertement la lettre du texte interprété. Parce que la directive n° 2000/78 fixe une liste limitative de motifs de discrimination dans laquelle ne figure pas la maladie du salarié⁽¹¹⁹⁾, elle en déduit l'impossibilité d'assimiler entièrement la maladie au handicap en dépit de l'exclusion de certains travailleurs des règles protectrices posées par la directive qu'un tel refus provoque⁽¹²⁰⁾. Guidée par l'effet utile du texte et sans en dévoyer la lettre, elle admet toutefois d'interpréter largement la notion de handicap pour y assimiler les maladies⁽¹²¹⁾ – et autres affections, comme l'obésité⁽¹²²⁾ – qui répondent à sa définition. Le forçage des textes marque la limite de l'extension des droits dont ils sont porteurs.

371. – Un tel guide d'interprétation serait précieux s'il était fiable, ce qui est loin d'être toujours le cas. Illustration en est offerte avec la jurisprudence secrétée par la directive consacrée aux transferts d'entreprise⁽¹²³⁾. Elle a donné lieu à des interprétations parfois très éloignées de la lettre du texte. La Cour de justice se contente d'en enrichir le sens lorsqu'elle décide qu'il s'applique aux employeurs de droit privé et de droit public⁽¹²⁴⁾ et que, dans les entreprises de main-d'œuvre, la reprise par le cessionnaire d'une partie essentielle des effectifs est un élément d'exploitation susceptible à lui seul de caractériser le transfert⁽¹²⁵⁾. Il est en de même lorsqu'elle admet qu'il puisse y avoir maintien de l'identité de l'entité économique transférée, condition d'application de la directive, alors même que le cessionnaire n'a pas conservé l'organisation initiale de cette entité et a intégré les salariés repris à d'autres uni-

(117) C. trav., art. L. 1233-28.

(118) CJCE, 10 sept. 2009, préc., pt 49.

(119) Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 1 et art. 2, § 2, b) : JOCE n° L 303, 2 déc. 2000, p. 16.

(120) CJCE, 11 juill. 2006, aff. C-13/05, *Chacón Navas* : Rec. CJCE 2006, I, p. 6467 ; RJS 10/2006, n° 1138.

(121) CJUE, 11 avr. 2013, aff. C-335/11 et C-337/11, *HK Danmark (Ring et Werge)* : Rec. CJUE 2013, I ; JCP S 2013, 1238, note J. Cavallini. – CJUE, 6 déc. 2012, aff. C-152/11, *Odar* : Rec. CJUE 2012, I ; JCP S 2013, 1086, note J. Cavallini. – CJCE, 17 juill. 2008, aff. C-303/06, *Coleman* : Rec. CJCE 2008, I, p. 5603 ; RJS 2008, p. 883, note M. Le Barbier-Le Bris ; JCP S 2008, 1549, note J. Cavallini.

(122) CJUE, 18 déc. 2014, aff. C-354/13, *FOA* : Rec. CJUE 2014 ; RJS 4/2015, p. 217 ; JCP S 2015, 1068, note J. Cavallini.

(123) Dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, relative au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (JOCE n° L 82, 22 mars 2001, p. 16), abrogeant et remplaçant la directive n° 98/50/CE du 29 juin 1998 (JOCE n° L 201, 17 juill. 1998, p. 88), qui modifiait elle-même la directive n° 77/187/CEE du 14 févr. 1977 (JOCE n° L 061, 5 mars 1977, p. 26).

(124) CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-175/99, *Mayeur* : Rec. CJCE 2000, I, p. 7755 ; RJS 01/2001, n° 138. – CJCE, 14 sept. 2000, aff. C-343/98, *Collino et Chiappero* : Rec. CJCE 2000, I, p. 6659 ; Europe 2000, comm. 328, note D. Simon, comm. 341, note A. Rigaux et comm. 349, note L. Idot. – La directive n° 2001/23, consacre à l'article 1, § 1, c), cette solution.

(125) CJCE, 10 déc. 1998, aff. C-127/96, C-229/96 et C-74/97, *Hernández Vidal* : Rec. CJCE 1998, I, p. 8179 ; RJS 1999, n° 315. – CJCE, 11 mars 1997, aff. C-13/95, *Süzen* : Rec. CJCE 1997, I, p. 1259 ; RJS 06/1997, n° 770. – CJUE, 20 janv. 2011, aff. C-463/09, *GLECE* : Rec. CJUE 2011, I, p. 95 ; RJS 5/2011, n° 486 et chron. p. 358, note H. Tissandier. – Cette position n'est pas partagée par le droit français, attaché au critère du transfert des éléments d'exploitation (Cass. soc., 17 juin 2009, n° 08-42.615, *Féd. nationale Léo Lagrange cf M. R.* : Bull. civ. 2009, V, n° 151 ; JCP S 2009, 1391 ; RJS 10/2009, n° 769. – Cass. soc., 25 avr. 2007, n° 04-47.710, *M. H. cf Sté PCTS (Hôtel Première Classe)*, non publié au bulletin ; *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1314, p. 12, note J.-Ph. Lhernould).

tés⁽¹²⁶⁾. La condition de l'identité est fortement assouplie, mais elle survit. Il est en revanche discutable de décider que le transfert d'entreprise est possible en cas de changement de prestataire de services ou d'adjudicataire de marché public alors même qu'aucune cession conventionnelle, que ce soit de l'entreprise ou d'un quelconque élément de l'actif, n'est intervenue entre employeurs successifs⁽¹²⁷⁾. La Cour s'écarte de l'avis de l'avocat général lorsqu'il la mettait en garde contre l'interprétation *contra legem* dont une telle solution est porteuse⁽¹²⁸⁾. S'il est condamnable, le forçage des textes serait néanmoins explicable : « Le juge ne pratique plus simplement l'interprétation téléologique. Il s'inspire de l'esprit qui anime l'ensemble des textes européens et recherche non pas la volonté du constituant ou du législateur mais celle qu'il aurait dû avoir pour être cohérent avec lui-même ; le Politique s'effaçant devant la logique juridique pour permettre l'émergence d'une norme »⁽¹²⁹⁾. Mais expliquer une situation ne suffit pas à la justifier. La Cour doit convaincre les autorités nationales du bien-fondé de sa jurisprudence si elle entend faire accepter son autorité⁽¹³⁰⁾. Il n'est pas certain que l'objectif soit atteint lorsque le juge forge le *corpus* normatif à la place du législateur. Si l'invocation du standard de l'utile n'emporte pas toujours la conviction, celle de la proportionnalité se révèle-t-elle plus pertinente ?

§ 2. – Le proportionnel

372. – Le « test de proportionnalité » est au cœur de maintes décisions rendues par les juridictions européennes lorsqu'elles sont appelées à apprécier les comportements de ceux qui, acteurs publics ou privés, animent la vie de la Cité (I). Des valeurs dont ils sont porteurs, elles assurent, du même coup, la diffusion (II).

I. – Le proportionnel, outil de régulation des comportements

373. – La référence à la proportionnalité est utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme comme outil de régulation des relations de travail, quitte à solliciter l'ensemble des figures qu'elle est susceptible d'adopter (A). Une relecture des décisions prises dans le cercle national en résulte souvent (B).

A. – Figures de la proportionnalité

374. – **Purisme.** Le contrôle de proportionnalité effectué par la Cour européenne des droits de l'homme est traditionnellement déployé selon un axe vertical. Elle vérifie que la restriction apportée par un État aux droits que les personnes privées tiennent de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés

(126) CJCE, 12 févr. 2009, aff. C-466/07, *Klarenberg* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 803 ; *JCP S* 2009, 1252, note E. Jeansen.

(127) CJCE, 20 nov. 2003, aff. C-340/01, *Abler e.a.* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 14023 ; *RJS* 4/2004, n° 474.

(128) CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-51/00, *Temco*, concl. av. gén., pt 50 : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 969 ; *RJS* 4/2002, n° 511 et p. 300, note N. Moizard.

(129) J. Cavallini, *Les méthodes en droit européen du travail*, in B. Teyssié (ss dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, *Economica*, 2011, p. 279, spéc. n° 495, p. 308.

(130) J. Cavallini, *Les méthodes en droit européen du travail*, préc., n° 457, p. 286.

fondamentales est prévue par une loi, poursuit un but légitime et répond à l'impératif de proportionnalité eu égard à l'objectif visé. Cette approche connaît de nouvelles déclinaisons depuis que le juge européen impose aux États, au titre de leurs obligations positives, de faire respecter la Convention dans les relations horizontales. Il revient alors au juge national de sanctionner les atteintes injustifiées commises par les particuliers aux droits d'autres particuliers⁽¹³¹⁾. Cette démarche trouve dans le droit des relations de travail un terrain fertile, eu égard aux « fonctions publiques de l'entreprise privée »⁽¹³²⁾, l'employeur ayant le pouvoir d'édicter des normes s'imposant aux salariés et la recherche de l'intérêt de l'entreprise mêlant intérêts privés et intérêt général.

375. – Le contrôle de proportionnalité ne revêt pas le même visage selon les circonstances dans lesquelles il est mis en œuvre. Lorsque l'employeur agit sur le fondement d'une norme légale, son intérêt privé n'est que la déclinaison de l'intérêt général auquel le législateur a, en principe, offert traduction. Si la loi appliquée par l'employeur est « inconventionnelle », elle doit être écartée par le juge national. À défaut, l'État dont il relève est exposé à condamnation. Ainsi en est-il allé du Royaume-Uni dont les juges avaient admis que l'employeur pouvait, la loi l'y autorisant, obliger un salarié à se syndiquer sous la menace d'un licenciement⁽¹³³⁾.

Lorsque l'employeur n'agit pas sur autorisation expresse de la loi, celle-ci n'existant pas, ni le juge national, ni le juge européen ne peuvent en vérifier la conformité. S'inscrit dans cette configuration la décision de l'employeur de restreindre l'exercice de la liberté religieuse dans son entreprise ou de sanctionner l'abus par le salarié de sa liberté d'expression. L'application du principe de proportionnalité est plus difficile que dans l'hypothèse précédente. Elle est opérée par la Cour européenne des droits de l'homme en recourant à une technique d'un maniement délicat, qui la conduit parfois à apprécier la restriction apportée par l'employeur aux droits et libertés du salarié à l'aune du principe de proportionnalité tel qu'appliqué aux décisions d'un État⁽¹³⁴⁾. Le juge européen est conduit à mettre en balance l'in-

(131) Sur le sujet, V. not. J. Mouly et J.-P. Marguénaud, *Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire* : D. 2011, p. 1637 ; *La liberté d'expression syndicale, parent pauvre de la démocratie* : D. 2010, p. 1456 ; *Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour EDH* : D. 2006, p. 477 ; *L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité* : D. 2005, jurispr. p. 36 ; *Licenciement, droit à la liberté d'expression du salarié et principe de proportionnalité* : D. 2001, p. 574. – F. Sudre et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, PUF, 7^e éd. 2015, n° 3, p. 30 et s. – F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11^e éd. 2012, n° 165 et s., p. 260 et s. – B. Moutel, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse dactyl., ss dir. J.-P. Marguénaud, Limoges, 2006, n° 196 et s., p. 172 et s. – M. Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, ss dir. M. Levinet, Bruylant, 2011, p. 399 et s. – F. Rigaux, *Logique et droits de l'Homme, in Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne* : Mél. à la mémoire de R. Ryssdal, Carl Heymanns, 2000, p. 1197, spéc. p. 1205. – P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, thèse, ss dir. F. Sudre, PUAM, 2005, p. 345. – J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 6^e éd. 2012, p. 73.

(132) P. Durand, *Les fonctions publiques de l'entreprise privée* : Dr. soc. 1945, p. 246.

(133) CEDH, 13 août 1981, req. n° 7601/76 et 7806/77, *Young, James et Webster*, série A, n° 44, décidant qu'est contraire à l'article 11 de la Convention le licenciement d'un salarié qui refuse d'adhérer à un syndicat avec lequel l'employeur a conclu un accord de monopole syndical postérieurement au recrutement du salarié si l'affiliation au syndicat en question n'était pas une condition requise à l'embauche.

(134) CEDH, 29 févr. 2000, req. n° 39293/98, *Fuentes Bobo c/ Espagne* : D. 2001, p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud, à propos de la sanction infligée par l'employeur à un salarié en raison des insultes proférées par celui-ci à l'encontre de celui-ci ; elle doit, selon la Cour, répondre à un « besoin social impérieux ». – CEDH, 7 nov. 2002, req. n° 58341/00, *Madsen c/ Danemark* : D. 2005, jurispr. p. 36, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; JCP E 2004, 334, note J. Raynaud, relatif

térêt individuel du salarié avec l'intérêt général, ce qui a pour résultat : 1) de transformer l'employeur en garant de l'intérêt général, rôle qui incombe normalement à l'État ; 2) d'imposer au juge national de prendre en compte l'intérêt général alors même qu'il n'est en principe appelé qu'à apprécier les restrictions que l'employeur a pu apporter aux droits des salariés au nom d'un intérêt privé.

376. – Exotisme. La Cour européenne des droits de l'homme, consciente de cette difficulté, décide aujourd'hui fréquemment de contrôler la mise en balance opérée par le juge national entre des intérêts privés à l'aune de l'intérêt général. Celui-ci est toujours présent mais il n'est plus invoqué pour être confronté à l'intérêt individuel ; il est mobilisé pour vérifier qu'y satisfait la conciliation opérée entre intérêts particuliers. La méthode, qui peut être qualifiée de « proportionnalité privatisée »⁽¹³⁵⁾, est déployée dans tous les champs de la Convention, qu'il s'agisse du droit au respect de la vie privée⁽¹³⁶⁾, des libertés d'opinion, de conscience et de religion⁽¹³⁷⁾, de la liberté d'expression⁽¹³⁸⁾ et de la liberté syndicale⁽¹³⁹⁾, voire de l'un de ces droits ou libertés apprécié à l'aune d'un traitement discriminatoire⁽¹⁴⁰⁾. La méthode retenue par la Cour peut être résumée ainsi : 1) elle commence par fixer, en n'omettant pas de faire référence à l'intérêt général, la marge d'appréciation des États, variable selon la nature des droits en cause, le contexte de l'affaire et le consensus existant, ou non, sur le sujet ; 2) elle contrôle ensuite la mise en balance effectuée par les autorités nationales entre intérêts privés à l'aune de la marge d'appréciation qui leur est concédée⁽¹⁴¹⁾. Le juge national est appelé à emprunter le même chemin sous

à la fourniture d'échantillons d'urine par l'équipage d'un ferry afin de détecter l'usage d'alcool ou de drogue, afin de vérifier qu'ils sont en mesure de s'acquitter de l'ensemble des tâches, notamment de sauvetage, dont ils sont chargés.

(135) J. Mouly et J.-P. Marguénaud, *L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité* : D. 2005, jurispr. p. 36.

(136) CEDH, 9 mars 2004, req. n° 46210/99, *Weltrund c/ Suède* : D. 2005, jurispr. p. 36, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; JCP E 2004, 1859, note J. Raynaud, arrêt relatif à des tests de dépistage de l'alcool et de la drogue du personnel de nettoyage d'une centrale nucléaire pour des raisons de sécurité publique. – CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne* : Rec. CEDH 2010, V ; RDT 2011, p. 45, note J. Couard ; JCP S 2010, act. 467, à propos du licenciement, justifié, d'un salarié, directeur pour l'Europe au département des relations publiques, par l'Église mormone en raison de son infidélité maritale. – CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne* : Rec. CEDH 2010, V, à propos du licenciement, injustifié, d'un salarié, organisateur et chef de chœur, par l'Église en raison de ses relations extraconjugales.

(137) CEDH, 15 janv. 2013, req. nos 48420/10 et s., *Eweida et a. c/ Royaume-Uni* : Rec. CEDH 2013, I ; RJS 05/2013, p. 285, note A. Gardin ; JCP G 2013, 180, note K. Blay-Grabarczyk, concernant (affaire *Eweida*) la mise à pied, injustifiée, d'une salariée, agent d'enregistrement d'une compagnie aérienne, en raison de son refus de cacher sous ses vêtements la croix en pendentif qu'elle portait ouvertement motif pris du respect du Code vestimentaire de l'entreprise et concernant (affaire *Chaplin*) la mutation, justifiée, d'une salariée, infirmière en milieu hospitalier, en raison de son refus de retirer sa croix en pendentif, retrait qu'imposait l'impératif de protection de l'hygiène et de la sécurité. – CEDH, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02, *Siebenhhaar c/ Allemagne* : D. 2011, p. 1637, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud, relatif au licenciement, justifié, d'une salariée éducatrice dans une garderie d'enfants tenue par une paroisse protestante, en raison de son appartenance à une autre communauté religieuse, ce qui était interdit par son contrat de travail.

(138) CEDH, 12 sept. 2011, req. n° 28955/06 et a., *Palomo Sánchez et a. c/ Espagne* : Rec. CEDH 2010, V ; JCP S 2010, 1015, note J. Cavallini, à propos du licenciement, injustifié, de syndicalistes fondé sur le caractère injurieux à l'égard de leur employeur des caricatures et écrits contenus dans le bulletin d'information du syndicat. – *Addé*, CEDH, 8 déc. 2009, req. nos 28389/06 et s., *Aguilera Droit européen Jiménez et a. c/ Espagne* : JCP S 2010, 1015, note J. Cavallini ; D. 2010, p. 1456, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud.

(139) CEDH, 11 janv. 2006, req. nos 52562/99 et 52620/99, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark* : Rec. CEDH 2006, I ; *Dr. soc.* 2006, p. 1022, obs. J. Mouly et J.-P. Marguénaud, à propos (affaire *Sorensen*) du licenciement, injustifié, d'un salarié en raison de son refus de cotiser pour un syndicat et à propos (affaire *Rasmussen*) d'un salarié contraint, de manière injustifiée, de s'affilier à un syndicat pour être embauché.

(140) CEDH, 3 oct. 2013, req. n° 552/10, *I.B. c/ Grèce* : Rec. CEDH 2013, V ; RJS 02/2014, p. 73, note A. Gardin ; RDT 2014, p. 120, note M. Miné ; *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 342, p. 14, obs. J.-Ph. Lhernould, relatif au licenciement, injustifié, d'un salarié porteur du virus du SIDA afin de satisfaire le désir des autres salariés de ne plus travailler à ses côtés.

(141) La lecture des arrêts laisse penser que la Cour européenne des droits de l'homme effectue à deux reprises un contrôle de proportionnalité. Le premier concernerait la mise en balance entre l'intérêt général et l'intérêt individuel

peine d'attirer sur l'État dont il relève les foudres du juge européen⁽¹⁴²⁾, lequel se comporte en « quatrième degré » de juridiction⁽¹⁴³⁾.

La Cour européenne des droits de l'homme contrôlant directement l'application de la Convention dans les relations de travail, doivent être identifiées les justifications dont elle autorise l'invocation par l'employeur lorsque lui sont reprochées des atteintes à celle-ci. Ainsi la réputation de l'entreprise peut-elle être invoquée pour justifier les restrictions apportées à la liberté d'expression⁽¹⁴⁴⁾ ou à la liberté de religion⁽¹⁴⁵⁾. La référence à la santé et à la sécurité des salariés et des usagers peut justifier les limites apportées au droit au respect de la vie privée⁽¹⁴⁶⁾ ou à la liberté de religion⁽¹⁴⁷⁾.

prétendument violé dans le but de décider si l'État a l'obligation de faire respecter la Convention dans les relations unissant les personnes privées. Le second consisterait à mettre en balance les intérêts privés en cause pour vérifier si l'atteinte au droit protégé par la Convention était légitime et proportionnée. Un tel double contrôle serait critiquable. Les professeurs Mouly et Marguénaud remarquent que « si l'obligation positive de protéger n'a pu être admise qu'après la mise en œuvre, en amont, du principe de proportionnalité inversée, nécessaire pour s'assurer que la diffusion dans les relations privées du droit de l'homme considéré n'entraînerait pas de trop graves bouleversements pour la société tout entière, il serait à première vue surprenant que le principe de proportionnalité privatisée puisse jouer en aval pour étouffer dans l'œuf ce qui vient juste d'être admis » (*L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité* : D. 2005, jurispr. p. 36). Nous souscrivons à l'analyse. Cependant, bien que la Cour européenne des droits de l'homme énonce dans certains arrêts, pour décider si les États ont l'obligation positive d'agir, qu'il est nécessaire de mettre en balance l'intérêt général et l'intérêt individuel, cette formule apparaît soit comme une simple formule de style dont la Cour ne tire aucune conséquence, soit, plus sérieusement, comme un outil de fixation de la marge d'appréciation des États sur le thème en cause. La réalité est qu'aujourd'hui la Cour a décidé que les États devaient, de manière générale, protéger les droits que les individus tiennent de la Convention dans les relations horizontales. Il n'est donc plus véritablement question de savoir si les États doivent agir, mais comment ils le doivent. Répondre nécessite de n'appliquer qu'un seul test de proportionnalité : celui de la proportionnalité privatisée. La méthode n'écarte pas la possibilité de fixer en amont la marge d'appréciation des États à l'égard de la situation en cause. De l'analyse, un arrêt fait la synthèse : « En conclusion, eu égard à la marge d'appréciation de l'État en l'espèce et notamment au fait que les juridictions du travail devaient ménager un équilibre entre plusieurs intérêts privés, ces éléments suffisent à la Cour pour estimer qu'en l'espèce l'article 8 de la Convention n'imposait pas à l'État allemand d'offrir au requérant une protection supérieure » (CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne*, pt 49 et 43 : *Rec. CEDH* 2010, V). Une interrogation surgit : la restriction par les employeurs de droit public des droits de leurs salariés n'est-elle pas plus difficile à justifier que celle opérée par les employeurs de droit privé ? Peu importe, pour ces derniers, que la restriction soit prévue par une loi ; le test de proportionnalité privatisée suffit. En revanche, les premiers, assimilés à l'État, doivent fonder la restriction sur une loi identifiée. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme décide que le contrôle par un collège, organisme public dont les actes engagent la responsabilité de l'État au regard de la Convention, des appels téléphoniques émanant de locaux professionnels, non prévu par une loi, était injustifié. Le contentieux doit ici être appréhendé sous l'angle de l'obligation négative incombant à l'État de ne pas violer la vie privée des citoyens (CEDH, 3 avr. 2007, req. n° 62617/00, *Copland c/ Royaume-Uni*, pts 39 et 48 : *Rec. CEDH* 2007, I ; *JCP G* 2007, I, 182, note F. Sudre).

(142) La Cour européenne des droits de l'homme, procédant au contrôle de proportionnalité « privatisé », reproche parfois aux juridictions nationales leur insuffisante motivation. Elle relève que « les intérêts de [l']employeur n'ont (...) pas été mis en balance avec le droit du requérant au respect de sa vie privée et familiale » (CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne*, pts 67 et 74 : *Rec. CEDH* 2010, V) ou encore que les juges n'ont « pas procédé à une mise en balance de tous les intérêts en jeu d'une manière (...) circonstanciée et approfondie (...) » et se sont prononcés « par des motifs assez brefs, au regard de l'importance et du caractère inédit des questions soulevées par l'affaire » (CEDH, 3 oct. 2013, req. n° 552/10, *I.B. c/ Grèce*, pt 88 : *Rec. CEDH* 2013, V ; *RJS* 02/2014, p. 73, note A. Gardin ; *RDT* 2014, p. 120, note M. Miné ; *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 342, p. 14, obs. J.-Ph. Lhernould).

(143) J. Mouly et J.-P. Marguénaud, *L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité* : D. 2005, jurispr. p. 36.

(144) CEDH, 12 sept. 2011, req. n° 28955/06 et s., *Palomo Sánchez et a. c/ Espagne* : *Rec. CEDH* 2011, V. – Adde, CEDH, 8 déc. 2009, req. n° 28389/06 et s., *Aguilera Jiménez et a. c/ Espagne*.

(145) CEDH, 3 févr. 2011, req. n° 18136/02, *Siebenhaar c/ Allemagne* : D. 2011, p. 1637, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud, admettant le licenciement d'une salariée, éducatrice dans une garderie d'enfants tenue par une paroisse protestante, en raison de son appartenance à une autre communauté religieuse, au motif que « les obligations de loyauté étaient acceptables en ce qu'elles avaient pour but de préserver la crédibilité de l'Église protestante à l'égard du public et des parents des enfants du jardin d'enfants ».

(146) CEDH, 9 mars 2004, req. n° 46210/99, *Weltrund c/ Suède* : D. 2005, jurispr. p. 36, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud ; *JCP E* 2004, 1859, note J. Raynaud.

(147) CEDH, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10 et s., *Eweida et a. c/ Royaume-Uni* : *Rec. CEDH* 2013 ; *RJS* 05/2013, p. 285, note A. Gardin ; *JCP G* 2013, 180, note K. Blay-Grabarczyk.

B. – Emplois de la proportionnalité

377. – Les juges français usent du principe de proportionnalité lorsqu'ils sont appelés à connaître de l'exercice des prérogatives reconnues à l'employeur afin de contrôler l'activité des salariés, de leur donner des ordres et de sanctionner les manquements constatés. Contraindre l'employeur à adopter la mesure la moins attentatoire aux droits et libertés peut conduire à remettre en cause l'autonomie relative dont il doit jouir pour organiser son entreprise.

378. – **Contrôle.** Les contrôles exercés sur l'activité des salariés doivent être justifiés dès lors qu'ils affectent quelque liberté fondamentale, par la nature de la tâche à accomplir et être proportionnés au but recherché. Si un dispositif moins attentatoire à la liberté en jeu que celui projeté permet d'assurer efficacement le contrôle souhaité, il doit être préféré. L'influence du droit européen sur le droit national est, en ce domaine, limitée. Semblable méthode est partagée.

379. – **Direction.** La mise en œuvre par l'employeur de son pouvoir de direction n'est pas entièrement soumise à l'obligation d'apporter la preuve que la décision retenue est la moins attentatoire aux droits et libertés fondamentaux des salariés, à supposer qu'elle soit de nature à affecter l'un d'entre eux. Des aires d'autonomie existent, spécialement dans le champ du licenciement pour motif économique. Respectueuse des choix de gestion opérés par l'employeur, la Cour de cassation ne lui interdit pas de prononcer de tels licenciements dès lors qu'ils reposent sur une cause réelle et sérieuse plutôt que de modifier les contrats de travail des salariés, alors même que cette modification permettrait de réduire autant les difficultés relevées que le prononcé de licenciements⁽¹⁴⁸⁾. Que cette liberté de gestion soit un jour limitée par le juge européen n'est pas exclu en présence de décisions de nature à affecter quelque liberté ou droit fondamental. Un tel glissement est d'autant moins exclu que le juge européen a déjà admis que la perte d'emploi peut porter atteinte à la vie privée « sociale »⁽¹⁴⁹⁾ ou « professionnelle »⁽¹⁵⁰⁾ du salarié même si les circonstances particulières dans lesquelles les décisions en cause furent rendues en relativisent la portée⁽¹⁵¹⁾. Une éventuelle référence à quelque atteinte au droit au respect des biens n'est, en revanche, guère envisageable tant il faudrait s'éloigner du sens originel qui lui a été donné en droit européen et tant elle conduirait à mettre

(148) Cass. ass. plén., 8 déc. 2000, n° 97-44.219, *SA de télécommunications (SAT) c/ M. C.* : Bull. civ. 2000, ass. plén., n° 11 ; Dr. soc. 2001, p. 417, obs. A. Jeammaud et M. Le Friant ; RJS 2001, p. 95, chron. P.-H. Antonmattéi. – *Contra* CA Paris, pôle 6, 7^e ch., 21 mars 2013, n° 11/03551 : JSL 2013, n° 344, obs. J.-M. Buisson, décidant que l'employeur ne démontre pas en quoi le licenciement, même reposant sur des difficultés économiques avérées, pouvait justifier « une restructuration induisant *ipso facto* la suppression du poste » de la salariée.

(149) CEDH, 19 oct. 2010, req. n° 20999/04, *Ozpinar c/ Turquie*, § 45, remarquant qu'« il n'y a aucune raison de principe de considérer que la "vie privée" exclut les activités professionnelles. Des restrictions apportées à la vie professionnelle peuvent tomber sous le coup de l'article 8, lorsqu'elles se répercutent dans la façon dont l'individu forge son identité sociale par le développement des relations avec ses semblables. Il convient sur ce point de noter que c'est dans le cadre de leur travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur » (§ 46).

(150) J. Mouly, *Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne*, in F. Sudre (ss dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 279.

(151) CEDH, 27 juill. 2004, req. n°s 55480/00 et 59330/00, *Sidabras et Dziautas c/ Lituanie*, § 47-48 : Rec. CEDH 2004, VIII. – CEDH, 7 avr. 2005, req. n°s 70665/01 et 74345/01, *Rainys et Gasparavicius c/ Lituanie*.

sous tutelle la plupart des prérogatives de l'employeur, nécessaires à la gestion efficace de l'entreprise.

380. – Sanction. La sanction prononcée par l'employeur à l'encontre d'un salarié affectant le jeu de ses droits et libertés doit être soumise au test de proportionnalité tel que le conçoit le juge européen. L'employeur doit, en pratique, opérer successivement plusieurs tests de proportionnalité dont l'objet est différent.

381. – Le premier concerne le caractère excessif ou non de la restriction apportée aux droits et libertés du salarié. Le contrôle de proportionnalité de la sanction ne se confond pas avec celui de la mesure initialement prise par l'employeur. L'éventuelle disproportion de la restriction apportée par celle-ci aux droits du salarié rejait sur l'appréciation de la sanction infligée au salarié qui refuse de s'y soumettre. Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme de la justification des atteintes portées aux droits des salariés dans les relations horizontales de travail est généralement effectué selon cette méthode.

Un sort particulier doit être réservé aux activités du salarié, considéré individuellement, ou de l'entreprise, considérée globalement, qui, par nature, justifient une restriction aux droits du préposé lorsqu'elle est au cœur de l'engagement contractuel auquel il a souscrit⁽¹⁵²⁾. Invoquer les droits et libertés fondamentaux auxquels des restrictions ont, en pareil cas, été apportées est vain dès lors que : 1) la restriction apportée à des droits et libertés fondamentaux a été portée à la connaissance du salarié⁽¹⁵³⁾ et clairement mesurée par lui au moment de la signature du contrat⁽¹⁵⁴⁾ ; 2) la fonction du salarié et l'activité de l'entreprise justifient la restric-

(152) La Cour européenne des droits de l'homme décide que l'employeur dont l'éthique est fondée sur la religion ou une croyance philosophique peut imposer à ses salariés des obligations de loyauté spécifiques (CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne* : Rec. CEDH 2010, V ; RDT 2011, p. 45, note J. Couard ; JCP S 2010, act. 467. – CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne* : Rec. CEDH 2010, V). Le principe se marie avec celui retenu en droit de l'Union européenne (Dir. n° 2000/78/CE, 27 nov. 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 4, § 2, disposant que « des activités professionnelles d'église et d'autres organisations publiques ou privées dont l'éthique est fondée sur la religion ou les convictions » peuvent donner lieu à des différences de traitement, notamment dans le recrutement de personnel, lorsque « la religion ou les convictions constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation »).

(153) Selon la Cour européenne des droits de l'homme, est fautif le refus du salarié de travailler certaines heures le vendredi pour aller prier à la mosquée dès lors qu'il a accepté, dès l'origine, un contrat lui faisant obligation de travailler du lundi au vendredi et qu'il n'a pas informé son employeur, ni au moment de la signature du contrat, ni durant une longue période au cours de l'exécution de ce dernier, de son empêchement religieux (CEDH, 12 mars 1981, req. n° 8160/78, *X c/ Royaume-Uni*). La fonction du salarié et ses modalités d'exécution, librement acceptées par lui, étaient, dès l'origine, incompatibles avec l'exercice de sa liberté religieuse. Suivant ce modèle, le juge français pourrait décider que ne peut pas invoquer sa liberté religieuse pour refuser de manipuler de la viande de porc le salarié qui a été embauché pour cette fonction. En revanche, le juge français ne pourra vraisemblablement pas continuer à décider que les convictions religieuses du salarié, « sauf clause expresse, n'entrent pas dans le cadre du contrat de travail », pour en tirer la conclusion qu'est, par principe, fautif son refus d'accepter, en cours d'exécution du contrat, de manipuler de la viande de porc sans que cette fonction ait été prévue à l'origine (Cass. soc., 24 mars 1998, n° 95-44.738, *M. A. c/ M. C.* : Bull. civ. 1998, V, n° 171 ; Dr. soc. 1998, obs. J. Savatier). Le juge devra admettre que l'invocation d'une liberté fondamentale peut paralyser le pouvoir de sanction de l'employeur.

(154) La Cour européenne des droits de l'homme confirme le caractère justifié, donc non disproportionné, du licenciement prononcé par une Église protestante à l'encontre de l'un de ses salariés dont elle avait appris qu'il entretenait des relations extraconjugales (CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne* : Rec. CEDH 2010, V ; RDT 2011, p. 45, note J. Couard). Encore faut-il, pour le juge européen, que, dès le début du contrat, le salarié ait eu connaissance des droits auxquels il renonçait lorsqu'il acceptait la relation contractuelle (la Cour relève que le salarié « était ou devait être conscient, lors de la signature du contrat de travail (...), de l'importance que revêtait la fidélité maritale pour son employeur (...) et de l'incompatibilité de la relation extraconjugale qu'il avait choisi d'établir avec les obligations de loyauté accrues qu'il avait contractées », pts 49 et 43). À défaut, la restriction est injustifiée (CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne* : Rec. CEDH 2010, V).

tion précédente⁽¹⁵⁵⁾. Ainsi, un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire lorsque l'intéressé a manqué à une obligation découlant de son contrat de travail. Sur le terrain de la liberté de religion, la Cour de cassation opère une distinction en ce qu'elle prohibe de manière générale et absolue l'expression religieuse des travailleurs qui participent à une mission de service public⁽¹⁵⁶⁾ alors qu'elle admet parfois aisément, hors de la situation précédente, les restrictions apportées à la liberté des salariés en ce domaine⁽¹⁵⁷⁾. Il n'est pas sûr que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne soient disposées à admettre les interdictions catégoriques⁽¹⁵⁸⁾ ou les restrictions trop générales.

382. – Le deuxième test de proportionnalité requis concerne le caractère excessif ou non de la sanction elle-même. Deux questions doivent être posées. D'autres salariés auraient-ils pu être sanctionnés ? Dans l'affirmative, est caractérisée la disproportion. D'autres salariés que celui qui se plaint d'une atteinte à ses droits ou libertés fondamentaux ont-ils été moins sévèrement sanctionnés alors que leur sont reprochés les mêmes faits ? Une réponse positive constitue un indice fort en faveur

(155) Dans « l'affaire *Baby-Loup* », la Cour de cassation rejette la qualification d'entreprise de tendance laïque, « dès lors que cette association avait pour objet, non de promouvoir et de défendre des convictions religieuses, politiques ou philosophiques, mais, aux termes de ses statuts, « de développer une action orientée vers la petite enfance en milieu défavorisé et d'œuvrer pour l'insertion sociale et professionnelle des femmes (...) sans distinction d'opinion politique et confessionnelle » (Cass. ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369, M^{me} L., *épse A. c/ Assoc. Baby-Loup* : Bull. civ. 2014, ass. plén., n° 1 ; JCP S 2014, 1287, note B. Bossu ; Dr. soc. 2014, p. 811, obs. J. Mouly).

(156) Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690, M^{me} A. c/ CPAM de Seine-Saint-Denis : Bull. civ. 2013, V, n° 76 ; JCP S 2013, 1146, note B. Bossu ; RJS 5/2013, n° 346, décidant que « les principes de neutralité et de laïcité du service public sont applicables à l'ensemble des services publics, y compris lorsque ceux-ci sont assurés par des organismes de droit privé et que, si les dispositions du Code du travail ont vocation à s'appliquer aux agents des caisses primaires d'assurance maladie, ces derniers sont toutefois soumis à des contraintes spécifiques résultant du fait qu'ils participent à une mission de service public, lesquelles leur interdisent notamment de manifester leurs croyances religieuses par des signes extérieurs, en particulier vestimentaires ». Aucune distinction n'est opérée selon que le salarié est ou non en contact avec le public, selon ses fonctions ou selon la nature et la forme de l'expression religieuse.

(157) Cass. ass. plén., 25 juin 2014, M^{me} L., *épse A. c/ Assoc. Baby-Loup*, préc., décidant que la restriction apportée à la liberté des salariés de manifester leur religion par le règlement intérieur d'une association est justifiée par la nature des tâches accomplies et proportionnée au but recherché dès lors que : 1) ont été appréciées de manière « concrète » les conditions de fonctionnement de l'association, de dimension réduite, dont les salariés étaient ou pouvaient être en relation directe avec les enfants et leurs parents ; 2) la restriction ne présente pas un caractère général, mais est suffisamment précise. – *Contra*, Cass. soc., 19 mars 2013, n° 11-28.845, M^{me} L., *épse A. c/ Assoc. Baby-Loup* : Bull. civ. 2013, V, n° 75, adoptant, dans la même affaire, la position inverse en décidant, au visa de l'article 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « la clause du règlement intérieur, instaurant une restriction générale et imprécise, ne répondait pas aux exigences de l'article L. 1321-3 du Code du travail et que le licenciement [était] discriminatoire ».

(158) L'article 3, c), de la directive n° 2000/78 du 27 novembre 2000 interdit les discriminations tant dans le secteur public que le secteur privé, y compris les organismes publics. Toutes les différences de traitement sont donc soumises au test de proportionnalité. Dans le droit du Conseil de l'Europe, la situation est plus complexe. La Cour européenne des droits de l'homme décide que « lorsque se trouvent en jeu des questions sur les rapports entre l'État et les religions, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans une société démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national » (CEDH, 24 janv. 2006, req. n° 65500/01, *Kurtulmus c/ Turquie*). Elle ajoute toutefois que « s'il apparaît légitime pour l'État de soumettre [les fonctionnaires], en raison de leur statut, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses, il s'agit néanmoins d'individus qui, à ce titre, bénéficient de la protection de l'article 9 de la Convention. Il revient donc à la Cour, en tenant compte des circonstances de chaque affaire, de rechercher si un juste équilibre a été respecté entre le droit fondamental de l'individu à la liberté de religion et l'intérêt légitime d'un État démocratique à veiller à ce que sa fonction publique œuvre aux fins énoncées à l'article 9 § 2 » (*adde*, employant une formule identique à propos de l'article 10, CEDH, 26 sept. 1995, req. n° 17851/91, *Vogt c/ Allemagne*). Les restrictions générales sont prohibées. Seules sont admises les restrictions circonstanciées. Est justifiée, selon la Cour, la limitation du port de symboles religieux dans les établissements d'enseignement public eu égard à l'importance du respect de la neutralité de l'enseignement public (CEDH, 10 nov. 2005, req. n° 44774/98, *Leyla Sahin c/ Turquie* : Rec. CEDH 2005, XI. – CEDH, 15 févr. 2001, req. n° 42393/98, *Dahlab c/ Suisse* : Rec. CEDH 2001, V).

du caractère disproportionné de la sanction. Le pouvoir de l'employeur d'individualisation des sanctions est écorné.

383. – Le dernier test de proportionnalité, conduit non plus en considération d'un « collectif » mais sous l'angle « individuel », impose de vérifier qu'a été prononcée la sanction la moins élevée pour atteindre le résultat recherché⁽¹⁵⁹⁾. Plusieurs indices peuvent être sollicités à cette fin, tenant à la difficulté pour le salarié, eu égard à sa fonction⁽¹⁶⁰⁾ ou à ses caractéristiques personnelles⁽¹⁶¹⁾, de retrouver un emploi en cas de licenciement, au « passif disciplinaire » du salarié⁽¹⁶²⁾, à son ancienneté dans l'entreprise⁽¹⁶³⁾, à la publicité donnée à l'acte fautif⁽¹⁶⁴⁾, au caractère prémédité de celui-ci⁽¹⁶⁵⁾, etc. Semblable contrôle peut, à terme, entraîner un net recul de la place accordée au licenciement prononcé pour faute lourde, voire pour faute grave.

II. – Le proportionnel, outil de diffusion des valeurs

384. – Le juge ne marque pas nécessairement une préférence pour les intérêts de l'employeur ou ceux des salariés (A), mais peut révéler une hiérarchie entre les normes interprétées (B).

A. – Inclination ?

385. – La Cour de justice de l'Union européenne ne protège pas exclusivement les intérêts du marché. La Cour européenne des droits de l'homme n'ignore pas les intérêts de l'employeur.

(159) CEDH, 29 févr. 2000, req. n° 39293/98, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, § 49 ; D. 2001, p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud, remarquant, à propos de l'examen de la gravité de la sanction infligée à un journaliste pour incitation du peuple à la haine, que l'employeur « lui appliqua la sanction maximale prévue par le Statut des Travailleurs, à savoir la résiliation du contrat de travail sans droit à indemnisation. Il est incontestable que cette sanction a revêtu, eu égard notamment à l'ancienneté du requérant dans l'entreprise et à son âge, une sévérité extrême, alors que d'autres sanctions disciplinaires, moins lourdes et plus appropriées, auraient pu être envisagées ». – *Adde*, Cass. soc., 3 nov. 2011, n° 10-18.036, *Sté Moreau incendies c/ M. D.* : *Bull. civ.* 2011, V, n° 247 ; *RJS* 1/2012, n° 4, considérant que « l'utilisation d'un système de géolocalisation pour assurer le contrôle de la durée du travail (...) n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen ».

(160) CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne*, pt 73, préc., relevant que « le fait qu'un employé licencié par un employeur ecclésial ait des possibilités limitées de trouver un nouvel emploi revêt une importance particulière ». – CEDH, 19 oct. 2010, req. n° 20999/04, *Ozpinar c/ Turquie*, § 78, relevant, à propos de la révocation de la magistrature, injustifiée sur le fondement de l'article 8, d'une femme maquillée et court vêtue, qu'elle « a eu une profonde incidence sur sa carrière et son avenir, puisqu'un magistrat révoqué de ses fonctions perd aussi automatiquement l'aptitude à la profession d'avocat ».

(161) CEDH, 3 oct. 2013, req. n° 552/10, *I.B. c/ Grèce* : *RDT* 2014, p. 120, note M. Miné ; *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 342, p. 14, obs. J.-Ph. Lhernould, relevant que le licenciement d'un salarié porteur du VIH « ne pouvait qu'avoir des répercussions graves sur sa personnalité, sur le respect qu'on pouvait lui témoigner et, en fin de compte, sur sa vie privée. À cela s'ajoute l'incertitude liée à la recherche d'un nouvel emploi, les perspectives d'en trouver un pouvant raisonnablement sembler lointaines compte tenu du précédent vécu ».

(162) CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne*, pt 48, relevant « qu'il ne s'était pas agi d'un seul écart, mais [d'un comportement] durable ».

(163) CEDH, 29 févr. 2000, req. n° 39293/98, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, § 49 ; D. 2001, p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud.

(164) CEDH, 29 févr. 2000, req. n° 39293/98, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, à propos d'insultes ayant été proférées à la radio.

(165) CEDH, 12 sept. 2011, req. n°s 28955/06 et s., *Palomo Sánchez et a. c/ Espagne*. – *Adde*, CEDH, 8 déc. 2009, req. n°s 28389/06 et s., *Aguilera Jiménez et a. c/ Espagne* : *JCP S* 2010, 1015, note J. Cavallini ; D. 2010, p. 1456, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud, à propos de caricatures injurieuses parues dans un bulletin syndical.

386. – Préférence du marché ? La Cour de justice de l'Union européenne est-elle « antisociale »⁽¹⁶⁶⁾ ? Les arrêts *Viking*, *Laval*⁽¹⁶⁷⁾ et *Rüffert*⁽¹⁶⁸⁾ révèlent que les droits sociaux des travailleurs européens peuvent plier face aux libertés économiques. Il serait erroné de conclure à l'inéluctable supériorité hiérarchique de ces dernières. Trois situations doivent être distinguées : 1) lorsque la Cour interprète les directives sociales, elle veille à assurer l'effectivité des droits qu'elles renferment ; l'intérêt de l'entreprise n'est pas toujours convoqué ; 2) lorsque la Cour met en balance une directive sociale avec les règles du traité de Rome, la primauté qu'elle donne à celles-ci ne fait que traduire la hiérarchie dans le périmètre de l'Union ; 3) lorsque la Cour décide que l'atteinte portée par l'exercice d'une liberté fondamentale, tel le droit d'action collective, aux libertés économiques protégées par le traité de Rome doit être justifiée, elle se borne à souligner la nécessité de leur conciliation. La restriction apportée par une action collective aux libertés économiques doit être nécessaire et proportionnée⁽¹⁶⁹⁾. S'il n'y a là aucune inclination pour les règles du marché⁽¹⁷⁰⁾, peut en revanche être critiquée la sévérité avec laquelle le juge européen opère le contrôle de proportionnalité⁽¹⁷¹⁾ : décider que la mise en œuvre du droit de grève est excessive lorsque les « revendications » formulées tendent à l'application de règles plus favorables que celles contenues dans les directives et dans le droit national en réduit considérablement la portée.

387. – Ignorance du marché ? La Cour européenne des droits de l'homme est-elle, en droit du travail, le défenseur des salariés qui refusent de se soumettre aux règles collectives en vigueur dans l'entreprise ? La réponse est assurément négative. Nulle inclination envers les intérêts des salariés plutôt que ceux de l'employeur ne

(166) J.-Ph. Lhernould, *La Cour de justice de l'UE est-elle antisociale ?* : RJS 7/2010, p. 507, répondant à la formule employée par le professeur E. Dockès, *L'Europe antisociale* : RDT 2009, p. 145.

(167) CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Viking Line (International Transport workers' Union)* : Rec. CJCE 2007, I, p. 10779 ; RJS 3/2008, n° 349. – CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri* : Rec. CJCE 2007, I, p. 11767 ; RJS 3/2008, n° 348. – V. not. P. Chaumette, *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises* : Dr. soc. 2008, p. 210. – B. Edelmann, *Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social* : D. 2009, p. 1547. – E. Lafuma, *Droit de mener une action collective et liberté de prestation de services* : RJS 3/2008, p. 179. – S. Laulom, *Les actions collectives contre le dumping social. – À propos des arrêts Viking et Laval rendus par la CJCE : Semaine sociale Lamy* 7 janv. 2008, n° 1335, p. 8. – S. Robin-Olivier et E. Pataut, *Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval)* : RDT 2008, p. 80. – P. Rodière, *Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et de négociation collective* : RTDE 2008, p. 47.

(168) CJCE, 3 avr. 2008, aff. C-346/06, *Rüffert* : Rec. CJCE 2008, I, p. 1989 ; RJS 7/2008, n° 836. – V. not. N. Moizard, *La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un noyau dur protecteur ?* : Dr. soc. 2008, p. 866. – S. Laulom, *Une nouvelle affaire de dumping social ou le plombier polonais n'était pas un mythe : Semaine sociale Lamy* 2008, suppl., n° 1369. – J.-Ph. Lhernould, *Illécitité d'une clause sociale dans un appel d'offres : le pot de terre contre le pot de fer ?* : RJS 7/2008, p. 601.

(169) V. not. CJUE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, *Schmidberger*, pt 74 : Rec. CJUE 2003, I, p. 5659, décidant, à propos de la fermeture pendant trente heures d'une autoroute autrichienne pour y permettre la manifestation d'une association écologiste, que « le respect des droits fondamentaux s'imposant ainsi tant à la Communauté qu'à ses États membres, la protection desdits droits constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité telle que la libre circulation des marchandises ». – CJUE, 15 juill. 2010, aff. C-271/08, *Commission c/ Allemagne*, pt 41 : Rec. CJUE 2010, I, p. 7091 ; Dr. soc. 2010, p. 1233, obs. F. Kessler, décidant que « le caractère fondamental du droit de négociation collective (...) ne saurait, en tant que tel, impliquer la soustraction automatique des employeurs (...) au respect des exigences découlant des directives 92/50 et 2004/18, qui font application de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics ».

(170) Une telle inclination n'aurait pas conduit la Cour de justice de l'Union européenne à soustraire les accords collectifs aux règles européennes de la concurrence (CJCE, 9 nov. 1999, aff. C-67/96, *Albany* : Rec. CJCE 1999, I, p. 5751 ; JCP E 2001, 1032, note C. Vigneau).

(171) En ce sens, V. J.-Ph. Lhernould, *La Cour de justice de l'UE est-elle antisociale ?* : RJS 7/2010, p. 507, spéc. p. 513 et s.

l'anime. La volonté d'enrichir la portée des droits reconnus dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'empêche pas la Cour de faire montre de mesure lorsqu'elle met en balance les intérêts privés, décidant par exemple, à propos du licenciement d'un salarié prononcé en raison de la contrariété de ses mœurs avec l'image défendue par l'entreprise (une église), que le fait que les juridictions nationales « ont reconnu à [l'employeur] le droit d'opposer à [ses] employés des obligations de loyauté et qu'elles ont finalement accordé plus de poids aux intérêts de [l'employeur] qu'à ceux du requérant ne saurait en soi soulever un problème au regard de la Convention »⁽¹⁷²⁾.

B. – Hiérarchisation

388. – L'équilibre entre intérêts divergents que cherche à promouvoir le juge européen n'exclut pas qu'un traitement différencié soit pratiqué selon les normes interprétées. Le droit de l'employeur de défendre ses intérêts est apprécié avec plus ou moins de vigueur en fonction des droits et libertés auxquels les mesures arrêtées par lui portent atteinte. Le juge européen en arrive ainsi à instaurer une forme de hiérarchie intellectuelle entre les droits, ce qui n'est pas condamnable dès lors qu'il ne s'agit pas de hiérarchiser formellement les droits, mais d'apprécier la souplesse ou la sévérité qu'appellent les décisions de l'employeur et que sont laissés aux pouvoirs privés et publics les moyens d'exercer leurs responsabilités.

389. – **L'intime.** Le droit au respect de la vie privée⁽¹⁷³⁾, la liberté de pensée, de conscience et de religion⁽¹⁷⁴⁾ relèvent de la sphère intime des individus. Les restrictions qui peuvent y être apportées ne sauraient faire l'objet, selon la Cour européenne des droits de l'homme, d'un « contrôle restreint »⁽¹⁷⁵⁾. S'agissant de la liberté religieuse, doit être prise en compte « la nature du poste de l'intéressé »⁽¹⁷⁶⁾. Le simple contact avec la clientèle ne justifie pas qu'atteinte y soit portée⁽¹⁷⁷⁾, sous réserve de vérifier que ne sont pas altérées l'image commerciale⁽¹⁷⁸⁾ ou la crédibilité de l'entreprise⁽¹⁷⁹⁾, ou la santé et la sécurité des salariés ou des usagers⁽¹⁸⁰⁾. Mais une référence, vague, à l'intérêt de l'entreprise ne suffit pas⁽¹⁸¹⁾.

(172) CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne*, § 49 : *Rec. CEDH* 2010, V.

(173) Conv. EDH, art. 8.

(174) Conv. EDH, art. 9. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « cette liberté représente l'une des assises d'une "société démocratique" au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents » (CEDH, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10 et s., *Eweida et a. c/ Royaume-Uni*, § 79 : *Rec. CEDH* 2013, I ; *RJS* 05/2013, p. 285, note A. Gardin ; *JCP* G 2013, 180, note K. Blay-Grabarczyk).

(175) CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 1620/03, *Schüth c/ Allemagne*, § 69 : *Rec. CEDH* 2010, V. – La sévérité de la Cour est accrue lorsque l'atteinte à la vie privée intervient dans un contexte discriminatoire (CEDH, 3 oct. 2013, req. n° 552/10, *I.B. c/ Grèce* : *Rec. CEDH* 2013, V ; *RDT* 2014, p. 120, note M. Miné ; *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 342, p. 14, note J.-Ph. Lhernould).

(176) CEDH, 23 sept. 2010, *Schüth c/ Allemagne*, préc., § 69.

(177) *Contra*, CA Paris, ch. 18, sect. E, 16 mars 2001, n° 99/31302. – CA Paris, ch. 18, sect. C, 19 juin 2003, n° S03/30212. – CA Versailles, ch. 5 B, 23 nov. 2006, n° 05/05149, jugeant que l'interdiction du port du foulard islamique faite à une vendeuse d'un centre commercial ou à une technicienne de laboratoire est justifiée dès lors que l'intéressée était en contact avec la clientèle.

(178) CEDH, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, *Eweida et a. c/ Royaume-Uni*, § 94 : *Rec. CEDH* 2013, I ; *JCP* S 2013, act. 37.

(179) CEDH, 23 sept. 2010, req. n° 425/03, *Obst c/ Allemagne*, § 48 : *Rec. CEDH* 2010, V ; *RDT* 2011, p. 45, note J. Couard ; *JCP* S 2010, act. 467.

(180) CEDH, 15 janv. 2013, *Eweida et a. c/ Royaume-Uni*, préc.

(181) Sur le sujet, V. not. J. Savatier, *Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique* : *Dr. soc.* 2004, p. 354 ; *Liberté religieuse et relations de travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle* : *Mél. en*

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas encore précisément prononcée sur le contrôle par l'employeur de l'usage par les salariés, à des fins privées, des outils professionnels mis à leur disposition. Elle annonce toutefois que la marge sera étroite, tout en n'excluant pas que la surveillance de l'usage que fait un salarié du téléphone, du courrier électronique ou de l'Internet sur le lieu de travail puisse passer pour nécessaire, dans une société démocratique « dans certains cas » dès lors qu'un but légitime est poursuivi⁽¹⁸²⁾.

390. – Le notoire. La liberté d'expression⁽¹⁸³⁾ et la liberté d'association⁽¹⁸⁴⁾ sont, par essence, destinées à être exercées au sein d'une collectivité. Cette dimension sociale devrait justifier une appréciation souple (mais attentive) des restrictions qui peuvent y être apportées : « quiconque exerce sa liberté d'expression assume « des devoirs et des responsabilités »⁽¹⁸⁵⁾. La Cour européenne des droits de l'homme décide que les restrictions à cette liberté doivent être établies « de manière convaincante »⁽¹⁸⁶⁾. Tel est le cas lorsque des propos offensants sont tenus par un salarié à l'égard de son employeur : ils justifient « sans nul doute » une sanction⁽¹⁸⁷⁾ ; celle-ci devient illicite lorsque les circonstances de l'espèce (contexte particulier d'un conflit du travail, propos employés d'abord par des personnes interrogeant le salarié sur sa vision de la gestion patronale, ce dernier se bornant à les confirmer) excusent l'excès. S'agissant de la liberté syndicale, une marge d'appréciation est reconnue aux États pour organiser les moyens mis à la disposition des syndicats pour mener une action collective⁽¹⁸⁸⁾ ; si une restriction est posée à leur liberté, elle ne doit pas porter atteinte à « l'essence » du droit syndical⁽¹⁸⁹⁾. La liberté religieuse peut aussi sortir partiellement de la sphère intime par suite des pratiques religieuses de l'intéressé. Le juge européen admet que des restrictions y soient apportées, avec la limite que doivent être mis en balance les intérêts de l'employeur et ceux des salariés⁽¹⁹⁰⁾.

l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 455. – C. Brisseau, *La religion du salarié* : Dr. soc. 2008, p. 969. – F. Gaudu, *La religion dans l'entreprise* : Dr. soc. 2010, p. 65. – C. Wolmark, *Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ?* : RDT 2009, p. 485. – P. Adam, *L'entreprise, sans foi... ni voile ?* : RDT 2011, p. 85.

(182) CEDH, 3 avr. 2007, req. n° 62617/00, *Copland c/ Royaume-Uni*, § 48 : Rec. CEDH 2007, I ; JCP G 2007, I, 182, note F. Sudre.

(183) Conv. EDH, art. 10.

(184) Conv. EDH, art. 11.

(185) Conv. EDH, art. 10, § 2. – CEDH, 7 déc. 1976, req. n° 5493/72, *Handyside c/ Royaume-Uni*, § 49, série A, n° 24 : Cah. dr. eur. 1978, chron. G. Cohen-Jonathan.

(186) CEDH, 29 févr. 2000, req. n° 39293/98, *Fuentes Bobo c/ Espagne*, § 43 : D. 2001, p. 574, note J. Mouly et J.-P. Marguénaud.

(187) CEDH, 29 févr. 2000, préc., § 48.

(188) CEDH, 11 janv. 2006, req. n° 52562/99 et 52620/99, *Sorensen et Rasmussen c/ Danemark*, § 58 : Rec. CEDH 2006, I ; Dr. soc. 2006, p. 1022, obs. J. Mouly et J.-P. Marguénaud, décidant que « vu le caractère sensible des questions sociales et politiques qu'implique la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts respectifs des salariés et des employeurs, et compte tenu du fort degré de divergence entre les systèmes nationaux à cet égard, les États contractants bénéficient d'une ample marge d'appréciation quant à la manière d'assurer la liberté syndicale et la possibilité pour les syndicats de protéger les intérêts professionnels de leurs membres ». Le champ ouvert aux restrictions est large car l'article 11, § 2 y intègre – à l'instar des articles 8, 9, 10 et 11 –, la protection des droits d'autrui. – Comp. CEDH, 12 nov. 2008, req. n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, § 119 : Rec. CEDH 2008, V ; D. 2009, p. 739, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly, décidant que s'agissant des « exceptions » apportées à la liberté syndicale, et non des « restrictions », « les États ne disposent que d'une marge d'appréciation réduite ».

(189) CEDH, 2 oct. 2014, req. n° 10609/10, *Mattely c/ France*, § 57 et 71. – CEDH, 2 oct. 2014, req. n° 32191/09, *Adefdromil c/ France*, § 43 et 60 : Dr. adm. 2015, comm. 8, note J.-Ch. Videlin ; AJDA 2015, p. 204, note L.-M. Le Rouzic ; D. 2014, p. 2560, note G. Poissonnier. – CEDH, 12 nov. 2008, req. n° 34503/97, *Demir et Baykara c/ Turquie*, § 97 : Rec. CEDH 2008, V ; D. 2009, p. 739, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly.

(190) CEDH, 15 janv. 2013, req. n° 48420/10, *Eweida et a. c/ Royaume-Uni*, § 83 : Rec. CEDH 2013, I ; JCP S 2013, act. 37 ; JCP G 2013, act. 180, obs. K. Bly-Grabarczyk. – Sur le sujet, V. not. J.-Ph. Lhernould, *Droit du travail et communautarismes* : RJS 1/2008, p. 9.

391. – Conclusion de section. Teintés d'objectivité en apparence, les outils infra-philosophiques fixent un niveau d'exigence qui dépend en réalité de la volonté de l'interprète. Au-delà de cette infirmité consubstantielle aux standards, ces outils ont un intérêt technique. Ils permettent de concilier entre elles les normes. L'utile réalise le compromis entre l'intérêt social et l'intérêt économique. Le proportionnel opère la mise en balance de l'intérêt du salarié avec celui de l'entreprise, à l'aune de l'intérêt général qui les unit. La conciliation intervient aussi entre les normes nationales et supranationales. Les standards européens permettent d'enrichir et de préciser le sens de ces dernières et de faire évoluer le droit français du travail en limitant autant que possible les conflits qu'appelle l'exercice. Les méthodes habituellement déployées par celui-ci nécessitent parfois des adaptations.

392. – Conclusion de chapitre. La conciliation du droit français du travail et des normes supranationales constitue le moteur de leur interprétation. Deux types d'outils lui permettent de fonctionner : ceux d'essence philosophique et ceux de nature infra-philosophique. Les mots sont toujours le fruit d'un choix⁽¹⁹¹⁾. La référence à l'équitable, au raisonnable, à l'utile et au proportionnel présente des qualités : leur souplesse permet d'embrasser la richesse du droit du travail, donc d'autoriser l'extension de leur contrôle par les juges supranationaux ; les valeurs qu'ils véhiculent cherchent à susciter l'adhésion des autorités nationales. Les conflits susceptibles de surgir entre le droit français du travail et les normes supranationales sont atténués, sinon évités. Leur conciliation est préférée. La réorganisation du droit français du travail sur le fondement des standards n'est pas nouvelle, mais ne lui est pas familière. Leur rôle, sous influence des normes supranationales, est exalté.

393. – Conclusion de titre. L'influence des normes supranationales réside dans l'autorité que leur reconnaît le droit français du travail. La collaboration est nécessaire. Les autorités supranationales doivent énoncer des notions et des méthodes suffisamment claires pour être comprises par les autorités internes ; il leur incombe en retour de les accepter en leur donnant corps en droit positif. Nul n'a intérêt à ce qu'émergent des conflits entre les normes. Il faut, à tout le moins, les réduire. Au succès de cette entreprise l'interprétation des normes est décisive : une fois celles-ci définies, elles peuvent ensuite être conciliées. L'influence progresse au rythme de l'adhésion du droit français du travail aux valeurs européennes et internationales. En dehors de quelques interprétations discutables pratiquées par le juge supranational (altérant sa crédibilité) et par le juge national (encourageant les phénomènes de rejet de la construction européenne), la réorganisation du droit français du travail est opérationnelle : les solutions rétrogrades sont chassées ; les règles dont le régime peut être amélioré sont progressivement renouvelées ; mieux, certains dispositifs supranationaux sont importés en droit interne sans qu'il en ait l'obligation.

394. – Conclusion de partie. La hiérarchisation et l'interprétation des normes sont les deux faces d'une même médaille : l'une et l'autre sont nécessaires pour articuler le droit français du travail et les normes supranationales. Le schéma est simple en apparence. Pour connaître la solution que commande l'application des normes

(191) O. Reboul, *Introduction à la rhétorique*, PUF, 2^e éd. 2013, p. 126.

supranationales, deux étapes se succèdent : il faut identifier parmi l'ensemble des sources la règle qui prime sur le droit interne avant d'en déterminer le sens. La situation est en réalité plus complexe : l'outil hiérarchique et l'outil interprétatif se mêlent dans l'exercice d'articulation des normes. La hiérarchie se nourrit d'interprétation : déterminer parmi les normes supranationales celle qui doit primer suppose d'en identifier le sens puisque le conflit naît de leur absence de conciliation ; de même, déterminer la place qu'occupe le contrat supranational dans la hiérarchie des sources française suppose de le rattacher à une catégorie juridique existante, ce qui implique d'analyser ses dispositions. Parallèlement, l'interprétation abrite des références hiérarchiques : la solution retenue plutôt qu'une autre par le juge supranational résulte souvent d'un choix de valeur, résultat de la hiérarchie intellectuellement opérée entre plusieurs normes.

L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail est une entreprise de conviction. Elle est d'autant plus vigoureuse que l'autorité sur laquelle elle repose est légitime. La réorganisation implique la coopération de l'ensemble des parties prenantes. Il appartient aux autorités supranationales, spécialement à leurs juges, de tracer avec clarté les notions et les méthodes diffusées sans jamais sacrifier la sécurité juridique et la séparation des pouvoirs sur l'autel de l'effet utile de la primauté. Il incombe en retour aux États de donner corps aux règles prescrites en droit positif, impliquant la rénovation des solutions internes et l'homologation de concepts qui ne leur sont pas toujours familiers.

La réorganisation du droit français du travail s'inscrit dans le temps. Elle n'est pas un résultat mais un processus. Il n'est pas terminé. Il ne le sera probablement jamais entièrement tant que l'œuvre d'harmonisation perdurera. Les autorités internes et, derrière elles, les citoyens, adaptent leur comportement et enrichissent leur savoir. Les interrogations que suscite l'articulation du droit français du travail et des normes supranationales sont progressivement résolues. L'influence n'est pas subie. Elle est largement consentie.

Conclusion générale

395. – **L'influence, une œuvre de conviction.** Il est devenu courant d'affirmer que la primauté des normes supranationales *impose* des évolutions positives du droit français. Entre exigence de *primauté* de la norme supranationale et nécessaire *effectivité* de celle-ci, une confusion est entretenue. Les autorités supranationales, spécialement les cours européennes, n'ont pas le pouvoir de *contraindre* matériellement les États à appliquer les normes dont elles assurent la protection. Elles ont en revanche le pouvoir de *convaincre* d'agir. L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail est une œuvre de conviction. Le pouvoir de séduction doit être grand pour persuader les autorités internes et les citoyens que les solutions qu'abrite la loi sont insuffisantes et que la raison transnationale est la meilleure.

Les enjeux ne sont pas négligeables. *L'autorité* de la loi décline : les juges nationaux et supranationaux s'emparent de l'œuvre du législateur et s'en disputent le sens, au point de le déposséder de la maîtrise de notions telles que l'ordre public ou l'intérêt général. La *stabilité* de la loi est altérée : elle doit respecter un nombre croissant de textes supranationaux, le cas échéant selon les interprétations pratiquées par leurs organes de contrôle, évolutives et parfois conflictuelles.

Le charme a opéré. L'ensemble des compartiments du droit français du travail sont progressivement concernés par la diffusion des normes supranationales sans qu'elles aient, pour autant, emporté un *bouleversement* du *corpus* normatif : les droits et libertés fondamentaux qu'elles abritent sont des outils familiers du droit français du travail ; les règles techniques que quelques directives européennes renferment n'ont pas détruit l'édifice national. Peu de lois ont été censurées en raison de leur contrariété avec quelque règle supérieure. Le droit du travail pourrait vivre sans les normes supranationales⁽¹⁾. Elles jouent un rôle de *renovation*, entraînant à l'égard du premier : 1) sa *consolidation* (la résistance de la loi du 20 août 2008 aux assauts portés par les plaideurs sur le fondement des normes supranationales accroît sa légitimité) ; 2) sa *modernisation* (l'interprétation des règles relatives à l'égalité de traitement ou aux congés payés à la lumière des normes supranationales enrichit leur régime) ; 3) son *introspection* (les archaïsmes sont progressivement chassés, à l'image de la prohibition du travail de nuit des femmes, et les tentations rétrogrades sont surveillées, ce que la censure du contrat « nouvelles embauches » a révélé). L'influence est opérationnelle. Le droit français du travail évolue car les normes supranationales dont la diffusion est suggérée sont acceptées. Un nouvel adage émerge : nul n'est censé ignorer la loi... même supranationale. S'il y a autorité, elle est surtout *persuasive*. L'influence n'est pas *subie*. Elle est *consentie*.

396. – **L'influence, une œuvre de coopération.** L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail est un *processus* impliquant, dans la durée, la *coopération* de tous les acteurs concernés. Un but commun est affiché : assurer l'adhésion des citoyens à la transformation du droit national. Une *responsabilité* est

(1) J.-Ph. Lhernould, *La résistible ascension de la norme européenne* : JCP S 2015, 1249.

à cet effet partagée : nul n'a intérêt à ce que naissent des conflits entre normes. La *conciliation* doit toujours être préférée à la *confrontation*.

Les autorités supranationales doivent veiller à énoncer des notions claires, à déployer des méthodes rigoureuses, à respecter la marge d'appréciation reconnue aux États dans la mise en œuvre des normes supranationales et, plus largement, à préserver certaines aires d'autonomie nationale. Le rejet par le peuple français du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe a révélé l'importance de la *compréhension* par les citoyens des normes supranationales pour leur *adhésion*, ou non, aux projets d'harmonisation.

Les autorités françaises doivent agir avec *raison*. Il appartient au législateur de veiller à la régularité de l'œuvre dont il impose le respect aux citoyens. La censure de la loi des années après son entrée en vigueur aggrave l'instabilité dont souffre trop souvent la norme sociale. Il appartient au juge de contenir le pouvoir que lui procure le contrôle de « conventionnalité » dans la limite de ce qu'exige le respect de la séparation des pouvoirs. La loi doit toujours être en ligne de mire. Le rôle du juge n'est pas de prendre *l'initiative* de faire évoluer le sens des lois nationales ni, *a fortiori*, de les censurer, sur le fondement des normes supranationales. Fixer la frontière des obligations internationales de l'État incombe au seul législateur. Les autorités françaises doivent, en outre, agir avec *détermination*. Il leur appartient d'accueillir les normes supranationales avec soin et sans attendre une éventuelle condamnation de l'État. Elles doivent aussi continuer à forger les outils propres à la maîtrise, donc à l'acceptation, de la diffusion de ces normes en droit français du travail. Tous les doutes n'ont pas disparu mais ils sont progressivement levés : la technique de l'applicabilité, directe ou indirecte, des normes est encadrée ; les règles d'articulation des traités entre eux sont fixées ; le régime de la responsabilité de l'État du fait des lois contraires aux normes supranationales est esquissé ; les méthodes de raisonnement nourries de références aux standards que privilégient les autorités supranationales sont progressivement adoptées.

L'examen du comportement des autorités nationales révèle leur adhésion à un ensemble de valeurs susceptibles d'assurer la réalisation du vœu formulé par les Pères du Code civil⁽²⁾, de l'Europe⁽³⁾ et de l'Organisation internationale du travail⁽⁴⁾ : des citoyens en paix, heureux de leurs lois et par leurs lois.

(2) P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 1, p. 109.

(3) Déclaration de Robert Schuman, 9 mai 1950. – Conv. EDH, Préambule.

(4) Constitution de l'Organisation internationale du travail.

Bibliographie

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

- G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Dalloz, 29^e éd. 2015.
- M. BACACHE-GIBEILLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de droit civil*, t. 5, Economica, 2^e éd. 2012.
- A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^e éd. 2014.
- J.-S. BERGÉ et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit européen*, PUF, 2^e éd. 2011 ; *Introduction au droit européen*, PUF, 2008.
- C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, LexisNexis, 5^e éd. 2013.
- Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 14^e éd. 2014.
- J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 21^e éd. 1998.
- G. CORNU, *Droit civil. Introduction*, Montchrestien, 13^e éd. 2007.
- G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, PUF, 3^e éd. 1996.
- R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, 1931 ; *Traité général des obligations*, t. II, Librairie Arthur Rousseau, 1923.
- P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 3^e éd. 2015.
- J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Introduction au droit de l'Union européenne*, Hachette supérieur, 6^e éd. 2010.
- R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *Introduction générale au droit*, Flammarion, 3^e éd. 2011.
- M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 1. *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^e éd. 2012.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, 1. *L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd. 2014 ; *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd. 2011.
- J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat – Le consentement*, LGDJ, 4^e éd. 2013.
- S. HENNION, M. LE BARBIER-LE BRIS et M. DEL SOL, *Droit social européen et international*, PUF, 2^e éd. 2013.
- Ch. LARROUMET, *Le contrat*, 1^{re} partie, *Conditions de formation*, Economica, 6^e éd. 2007.
- A. et G. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Dalloz, 8^e éd. 1993.
- G. LYON-CAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Dalloz, 1995.
- Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, LGDJ, 6^e éd. 2013.
- Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd. 2014.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^e éd. 1988.
- P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien, 11^e éd. 2014.
- H. L., J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9^e éd. 1998.
- J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE et J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international*, Litec, 2000.
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, 1^{re} partie par P. ESMEIN, LGDJ, 2^e éd. 1952.
- R. RIVIER, *Droit international public*, PUF, 2^e éd. 2013.
- P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^e éd. 2014.
- M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, Larcier, 2012.
- F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11^e éd. 2013.

- B. TEYSSIÉ, *Droit civil. Les personnes*, LexisNexis, 16^e éd. 2014 ; *Droit du travail. Relations collectives*, LexisNexis, 9^e éd. 2014 ; *Droit européen du travail*, LexisNexis, 5^e éd. 2013.
- B. TEYSSIÉ, J.-F. CESARO et A. MARTINON, *Droit du travail. Relations individuelles*, LexisNexis, 3^e éd. 2014.
- N. VALTICOS, *Droit international du travail*, in G.-H. CAMERLYNCK (ss dir., *Droit du travail*, Dalloz, 2^e éd. 1983.
- P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Larcier, 2011.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES

- M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, ss dir. M. LEVINET, Bruylant, 2011.
- J.-F. AKANDJI-KOMBÉ et S. LECLERC, *La Charte sociale européenne*, Bruylant, 2001.
- E. BALLADUR, *Une V^e République plus démocratique. – Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République*, Doc. fr., 2008.
- A. BARÈGE, *L'éthique et le rapport de travail*, LGDJ, 2008.
- B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995.
- J.-S. BERGÉ, *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, 2013.
- J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 2001.
- E. BETHOUX, *Entreprises multinationales et représentation des salariés en Europe. L'expérience des comités d'entreprise européens*, thèse, ss dir. A. JOBERT, Paris X-Nanterre, 2006.
- M.-P. BLIN, I. DESBARATS, G. JAZOTTES et V. VIDALENS, *Entreprise et développement durable*, Lamy, coll. « Axe Droit », 2011.
- C. BROYELLE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, thèse, ss dir. Y. GAUDEMET, LGDJ, 2003.
- L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010.
- J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd. 2001 ; LGDJ, rééd. 2013.
- C. CHARBONNEAU, *La contribution de la Cour de cassation à l'élaboration de la norme*, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc, 2011.
- N. CLAUDE, *La variabilité du droit du travail*, thèse dactyl., ss dir. B. GAURIAU, Angers, 2010.
- N. DAUXERRE, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, thèse, ss dir. B. TEYSSIÉ, PUAM, 2004.
- A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, thèse, ss dir. L. LEVENEUR, Dalloz, 2002.
- M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 1986 ; PUF, rééd. 2004.
- O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire : contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, thèse, ss dir. J.-C. GAUTRON, Dalloz, 2001.
- G. DUCHANGE, *Le concept d'entreprise en droit du travail*, thèse, ss dir. B. TEYSSIÉ, LexisNexis, coll. « Plaque sociale », 2014.
- R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, thèse, ss dir. A. LYON-CAEN, LGDJ, 1996.
- M.-C. ESCANDE, S. LAULOM et E. MAZUYER, *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Larcier, 2012.
- G. FARJAT, *L'ordre public économique*, thèse, ss dir. B. GOLDMAN, LGDJ, 1963.

- A.-L. FRANCIS, *Les instances internationales de représentation du personnel*, thèse, ss dir. B. TEYSSIE, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012.
- J.-Y. FROUIN, *Une construction prétorienne en droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise*, thèse dactyl., ss dir. B. TEYSSIE, Paris II, 2009.
- F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, LGDJ, 1932.
- O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, thèse, ss dir. P. ANCEL, PUAM, 2001.
- H. L. A. HART, *Le concept de droit*, 2^e éd. 1976, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2005.
- M. HECQUET, *Essai sur le dialogue social européen*, thèse, ss dir. B. TEYSSIE, LGDJ, 2007.
- S. IZARD, *Les accords d'entreprise ou de groupe à caractère transnational*, thèse dactyl., ss dir. B. TEYSSIE, Paris II, 2011.
- M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, thèse, ss dir. J. MESTRE, PUAM, 1995.
- M.-N. JOBARD-BACHELLIER et X. BACHELLIER, *La technique de cassation*, Dalloz, 8^e éd. 2013.
- H. Kelsen, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996 ; *Théorie pure du droit*, trad. Ch. EISENMANN, Dalloz, 2^e éd. 1962 ; Bruylant-LGDJ, 2010.
- F. KESSLER et J.-Ph. LHERNOULD, *Droit social et politiques sociales communautaires*, éd. Liaisons, 2003.
- E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1999.
- F. LAZAUD, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse, ss dir. J.-F. FLAUSS, PUAM, 2006.
- S. LENIA, *Droits sociaux fondamentaux : jurisprudence de la Charte sociale européenne*, éd. du Conseil de l'Europe, 2^e éd. 2002.
- A. MALAN, *Les conflits de conventions en droit international privé (conflits de lois)*, thèse dactyl., ss dir. B. AUDIT, Paris II, 2000.
- V. MANIGOT, *Le traitement juridique de la discrimination dans l'entreprise. Réflexions sur un risque*, thèse, ss dir. B. TEYSSIE, LexisNexis, coll. « Planète Social », 2012.
- J.-P. MARGUÉNAUD, *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 6^e éd. 2012.
- J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, Essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, thèse, ss dir. P. RAYNAUD, LGDJ, 1951.
- A. MARTINON, *La stabilité du contrat de travail*, thèse, ss dir. B. TEYSSIE, Dalloz, 2005.
- M. MINÉ et alii, *Le droit social international et européen en pratique*, Eyrolles, 2^e éd. 2013.
- P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e éd. 2013 ; *Le principe de droit privé*, thèse, ss dir. J.-L. SOURIOUX, éd. Panthéon-Assas, 1999.
- P. MOUSSERON, J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 4^e éd. 2010.
- B. MOUTEL, *L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées*, thèse dactyl., ss dir. J.-P. MARGUÉNAUD, Limoges, 2006.
- P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, thèse, ss dir. F. SUDRE, PUAM, 2005.
- F. OSMAN, *La lex mercatoria comme dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pedone, 1999 ; *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique autonome*, thèse, ss dir. É. LOQUIN, LGDJ, 1992.
- Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, thèse, ss dir. J.-M. OLIVIER, éd. Panthéon-Assas, 2012.
- Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, thèse, ss dir. B. BEIGNIER, Defrénois, 2009.

- O. REBOUL, *Introduction à la rhétorique*, PUF, 2^e éd. 2013.
- J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ, 2^e éd. 2012 ; *Droit européen des droits de l'homme. Contentieux européen*, LGDJ, 4^e éd. 2010.
- J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011.
- H. ROLLAND, *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 6^e éd. 2014.
- A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, ss dir. J. CARBONNIER, LGDJ, 1969.
- J.-M. SERVAIS, *Normes internationales du travail*, LGDJ, 2004.
- D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 3^e éd. 2001.
- H. SINAY et J.-C. JAVILLIER, *La grève*, in *Traité de droit du travail*, ss dir. G.-H. CAMERLYNCK, Dalloz, 2^e éd. 1984.
- F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 12^e éd. 2015.
- F. SUDRE et alii, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, 7^e éd. 2015.
- B. TEYSSIE, *Droit et pratique du comité d'entreprise européen*, LexisNexis, 2012.
- C. THIBIERGE et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, 2009.
- S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2001.
- R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les différentes phases de son développement*, t. IV, trad. O. DE MEULENAERE, éd. A. Marescq, 3^e éd. 1886.
- M. WEBER, *Économie et société*, Plon, 1992.
- C. WOLMARK, *La définition prétorienne, étude en droit du travail*, thèse, ss dir. G. BORENFREUND, Dalloz, 2007.

III. ÉTUDES

- M. BLANQUET, *Effet direct du droit communautaire : Rép. civ.* Dalloz.
- H. GAUDEMET-TALLON, *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement « Rome I » du 17 juin 2008 – Détermination de la loi applicable – Domaine de la loi applicable : JCl. Droit international*, Fasc. 552-15.
- Y. PAGNERRE, *Rupture du contrat par annulation : JCl. Travail Traité*, Fasc. 172.
- P. RODIÈRE, *Convention collective de travail : Rép. int.* Dalloz.
- A. ROUYÈRE, *Le juge administratif et les règles garantissant les libertés : JCl. Libertés*, Fasc. 250.
- B. TEYSSIE, *Négociation. Convention et accord collectif. Négociation transnationale : JCl. Travail Traité*, Fasc. 1-39.

IV. ARTICLES

- P. ADAM, *L'entreprise, sans foi... ni voile ? : RDT* 2011, p. 85.
- H. ADIDA-CANAC, *Actualité de l'inexistence des actes juridiques*, in *La vérité*, Rapport annuel de la Cour de cassation 2004, Doc. fr., p. 119.
- J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Droit constitutionnel, droit international et droit européen des droits de l'homme : concurrence, confusion, complémentarité ? : Dr. soc.* 2014, p. 301 ; *De l'invocabilité des sources européennes et internationales du droit social devant le juge interne : Dr. soc.* 2012, p. 1014 ; *Le droit social : droit national, international ou européen ? : Semaine sociale Lamy* 2011, suppl., n° 1508, p. 119 ; *Le forfait en jours n'est pas sorti de la zone de turbulence. À propos de l'arrêt du 29 juin 2011 : JCP S* 2011, 1332 ;

Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010 : RDT 2011, p. 233 ; *Question prioritaire de constitutionnalité et droit social* : RDT 2010, p. 618 ; *La France devant le Comité européen des droits sociaux* : Dr. soc. 2001, p. 977 ; *La procédure de réclamation collective dans la Charte sociale européenne. Chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux* : RTDH 2001, p. 1035 ; *L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamations collectives* : Dr. soc. 2000, p. 888.

D. ALLAND, *Le juge interne et les « conflits de traités » internationaux* : RFDA 2012, p. 26.

P. AMSELEK, *Les fonctions normatives ou catégories modales*, in *L'architecture du droit : Mél. en l'honneur de M. Troper*, Economica, 2006, p. 51.

M.-E. ANCEL, *Nouvelles frontières : l'avènement de nouveaux ordres juridiques (droit communautaire et droits fondamentaux)*, in G. PIGNARRE (ss dir.), *Forces subversives et créatrices en droit des obligations*, Dalloz, 2005, p. 121.

P.-H. ANTONMATTÉI et Ph. VIVIEN, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, Doc. fr., janv. 2007, p. 16.

C. AUBIN, *À la recherche du modèle social européen* : Dr. soc. 2008, p. 484.

M. AUDIT, *L'interprétation autonome du droit international privé communautaire* : JDI 2004, p. 789.

T. AZZI, *Bruxelles I, Rome I, Rome II : regard sur la qualification en droit international privé communautaire* : D. 2009, p. 1621.

P. BAILLY, *Licenciements et L. 122-12 : nullité ou inefficacité ?* : *Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1211, p. 7.

E. BALLOT, *Le conflit des droits fondamentaux lors de la rupture du contrat de travail* : JCP S 2013, 1168.

M. BANDRAC, *L'action en justice, droit fondamental*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?* : *Mél. en l'honneur de R. Perrot*, Dalloz, 1995, p. 1.

A. BARAV, *La plénitude du juge national en sa qualité de juge communautaire*, in *L'Europe et le droit : Mél. en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 2.

D. BAUGARD, *Le droit international et européen dans le processus : prévenir les risques d'inconventionnalité*, in G. COUTURIER et J.-F. AKANDJI-KOMBÉ (ss dir.), *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l'emploi. Le passage de l'accord à la loi*, IRJS éd., 2013, p. 27 ; *Le sauvetage du forfait-jours : tour de force ou... de passe-passe ?* : *Gaz. Pal.* 1^{er} sept. 2011, jurispr. p. 2805, n° 16923.

J.-M. BELORGEY, *La Charte sociale du Conseil de l'Europe et son organe de régulation : le Comité européen des droits sociaux* : RD sanit. soc. 2007, p. 226.

J.-M. BÉRAUD, *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique ; un rapport à décrypter* : RDT 2011, p. 226.

J.-P. BERAUDO, *Faut-il avoir peur du contrat sans loi ?*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mél. en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 93.

V. BERNAUD, *La QPC a-t-elle changé le visage du droit constitutionnel du travail ?* : Dr. soc. 2014, p. 317 ; *Faut-il (encore) soulever des QPC en droit du travail ?* : Dr. soc. 2012, p. 458 ; *Vers un renouvellement du droit constitutionnel du travail par les « décisions QPC » ?* : Dr. soc. 2011, p. 1011 ; *Le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et les questions prioritaires de constitutionnalité relatives au droit du travail* : Dr. soc. 2011, p. 141 ; *Question prioritaire de constitutionnalité et contentieux du travail. Mode d'emploi critique* : RJS 5/2010, p. 339.

D. BERRA, *Les chartes d'entreprise et le droit du travail*, in *Mél. M. Despax*, PU Sciences Sociales de Toulouse, 2002, p. 1323.

B. BERTRAND, *Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne* : RFDA 2013, p. 1217.

E. BÉTHOUX, *Les comités d'entreprise européens en quête de légitimité* : *Travail et Emploi* 2004, p. 21.

J.-B. BLAISE, *Influences croisées entre droits nationaux et droit communautaire de la concurrence : France*, in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées, Études en hommage à Louis Dubouis*, Doc. fr., 2000, p. 31.

- M. BLATMAN, *L'obligation de sécurité de résultat de la Cour de cassation en six étapes : Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1295, p. 7.
- J.-C. BONICHOT, *L'influence des droits nationaux sur l'élaboration de la norme jurisprudentielle communautaire : Justice et Cassation* 2009, p. 233.
- M. BONNECHÈRE, *La production des cours européennes en droit social : éléments de réflexion : Dr. ouvrier* 2008, p. 553 ; *Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit européen ? : Europe* 2000, chron. 7.
- B. BONNET, *Quand la montagne accouche d'une souris : le Conseil d'État et l'effet direct des conventions internationales : D.* 2012, p. 1712.
- G. BORENFREUND, *Présomption de représentativité et constitution d'une section syndicale : brèves observations sur l'arrêt Okaidi : Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1412, p. 9.
- B. BOSSU, *Les situations de fait et l'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation : Dr. ouvrier* 1999, p. 94.
- B. BOUBLI, *Forfaits en jours : conditions de validité et recours. Seconde partie : Semaine sociale Lamy* 2013, 1586, p. 7.
- J. BOUCHER, *Le juge administratif et la combinaison des conventions internationales : RFDA* 2012, p. 1.
- D. BOULMIER, *Lock-out : conséquence d'un lock-out illicite : Dr. soc.* 2014, p. 292.
- B. BOULOC, *L'influence du droit communautaire sur le droit pénal interne*, in *Droit pénal, droit européen : Mél. offerts à G. Levasseur*, Litec, 1992, p. 103.
- C. BRISSEAU, *La religion du salarié : Dr. soc.* 2008, p. 969.
- A. BUGADA, *L'obligation de sécurité pesant sur l'employeur en matière prud'homale : obligation de moyen ou de résultat ? : JCP S* 2014, 1450 ; *La neutralisation du pouvoir disciplinaire par l'égalité des armes : JCP S* 2013, 1456 ; *La QPC et le droit constitutionnel du contrat de travail : JCP S* 2011, 1265.
- G. BURDEAU, *Le déclin de la loi : Arch. phil. dr.* 1963, p. 37.
- J. CARBONNIER, *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées Savatier, 1985, PUF, 1986, p. 38.
- É. CARPANO et E. MAZUYER, *La représentation des travailleurs à l'épreuve de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : précisions sur l'invocabilité horizontale du droit de l'Union : RDT* 2014, p. 312.
- J.-F. CASILE, *Retour sur les conditions d'existence du revirement de jurisprudence en droit privé : RRJ* 2004, p. 639.
- P. CASSIA, *Nouvelles variations sur la hiérarchie et l'agencement des normes internes, internationales et de l'Union européenne : RFDA* 2013, p. 653 ; *Le droit communautaire dans et sous la Constitution française : RTDE* 2007, p. 378.
- J. CAVALLINI, *La formation de la norme européenne en matière de conflits collectifs*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 191 ; *La question prioritaire de constitutionnalité aux prises avec le droit de l'Union européenne*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, *Economica*, 2011, p. 259 ; *Les méthodes en droit européen du travail*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, *Economica*, 2011, p. 279 ; *Le détachement de salariés au sein de l'UE ou la prééminence du juge : JCP S* 2007, 1741.
- J.-P. CÉRÉ, *Travail en prison : réflexions sur une éventuelle application du Code du travail : D.* 2013, p. 760.
- J.-F. CESARO, *Réception de la loi applicable : applicabilité de la norme supranationale dans l'ordre interne français*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 245 ; *L'articulation de la norme interne et de la norme internationale*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *L'articulation des normes en droit du travail*, *Economica*, 2011, p. 225 ; *La QPC sociale, l'Eldorado des causes perdues ? : JCP S* 2011, 1266 ; *La résiliation conventionnelle des contrats de travail : Dr. soc.* 2011, p. 641 ; *La notion de transfert d'entreprise : Dr. soc.* 2005, p. 718 ; *La seule perte d'un marché ne caractérise pas un transfert d'entreprise : JCP S* 2005, 1068, p. 21.

- F. CHALTIEL, *L'application du droit communautaire par le juge national*, in *50 ans de droit communautaire : Mél. en hommage à G. Isaac*, t. 2, PU Sciences sociales Toulouse, 2004, p. 834.
- K. CHATZILAOU, *La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval* : RDT 2014, p. 160.
- P. CHAUMETTE, *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises* : Dr. soc. 2008, p. 210.
- J. CHEVALLIER, *La normativité* : Cah. Cons. const. 2006, n° 21, p. 56 ; *Les enjeux de la déréglementation* : RDP 1987, p. 292.
- M.-H. CHEZLEMAS, *La directive sur le transfert d'entreprise appliquée aux groupes. La CJUE distingue l'employeur contractuel de l'employeur non contractuel* : Semaine sociale Lamy 2011, 1485, p. 12.
- S. CLAUWAERT et I. SCHÖMANN, *Quelles sécurités pour les travailleurs en temps de crise ? : Liaisons soc. Europe 2013*, n° 342, p. 2 ; *L'Institut syndical européen analyse et dénonce des réformes du marché du travail (dans le cadre de la crise éco) : Liaisons soc. Europe 2013*, n° 326, p. 4 ; *La crise entraîne la déconstruction du droit du travail : Liaisons soc. Europe 2012*, n° 305, p. 5.
- L.-J. CONSTANTINESCO, *La spécificité du droit communautaire* : RTDE 1966, p. 14.
- J.-P. COSTA, *Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales* : RTDH 2004, p. 101.
- G. COUTURIER, *Accords de maintien de l'emploi* : Dr. soc. 2013, p. 805 ; *Petites histoires de nullités du licenciement* : Dr. soc. 2011, p. 1218 ; *Annuler les actes illicites, la réintégration obligatoire* : Dr. ouvrier 1988, p. 133 ; *L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve*, in *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 95 ; *Les nullités du licenciement* : Dr. soc. 1977, p. 216.
- J. DANIEL, *L'accord de maintien de l'emploi, un mélange détonnant de complexité et d'insécurité* : JCP S 2014, 1187.
- E. DAOUD et J. FERRARI, *La RSE sociale : de l'engagement volontaire à l'obligation juridique* : JCP S 2012, 1391.
- I. DAUGAREILH, *La négociation collective internationale* : Travail et Emploi oct.-déc. 2008, n° 104, p. 69.
- L. DAUXERRE, *Le syndicalisme international*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 45.
- G. DAVIS, *Subsidiarity, the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time* : Common Market Law Review 2006-43, p. 63.
- D. DE BÉCHILLON, *Plaidoyer pour l'attribution aux juges ordinaires du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois et la transformation du Conseil constitutionnel en Cour suprême*, in *Renouveau du droit constitutionnel : Mél. en l'honneur de L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 109.
- F. DEBORD, *Droit du travail dans le secteur public* : RDT 2010, p. 692.
- E. DEBOUT et B. NABIL, *L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne* : RFDA 2010, p. 1021.
- A. DECOCQ, *Le désordre juridique français*, in Jean Foyer, auteur et législateur, leges tulit, jura docuit, *Écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 147.
- O. DEINERT, *Modes of implementing european collective agreements and their impact on collective autonomy* : Industrial Law Journal 2003, 32, p. 317.
- I. DELICOSTIPOULOS, *L'influence du droit européen quant aux pouvoirs du juge judiciaire national sur le fait et le droit* : Justices 1997/6, p. 117.
- M. DEL SOL, *Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne* : Dr. soc. 2014, p. 627.
- M. DEL SOL, M. LE BARBIER-LE BRIS et F. LAFUMA, *Faut-il réviser la directive détachement ?* : RDT 2012, p. 262.
- I. DESBARATS, *Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion* : JCP E 2003, I, 112.
- I. DESBARATS et G. JAZOTTES, *La responsabilité sociale des entreprises : quel risque juridique ?* : JCP S 2012, 1293.

- O. DE SCHUTTER, *L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, in G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS, *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 189.
- I. DE SILVA, *Le CNE devant le Tribunal des conflits : renvoi devant le juge judiciaire* : Dr. soc. 2007, p. 750.
- P. DEUMIER, *Comment et à quelles fins reconnaître l'effet direct des traités ?* : RTD civ. 2012, p. 487 ; *L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quel(s) juge(s) ? Quelles limites ?* : RTD civ. 2011, p. 90 ; *Chartes et codes de conduite des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques* : RTD civ. 2009, p. 77.
- A. DEVERS, *Compétence internationale du juge français en présence de coemployeurs* : Dr. soc. 2012, p. 140.
- E. DOCKÈS, *L'Europe antisociale* : RDT 2009, p. 145.
- O. DUBOS, *L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise* : RFDA 2003, p. 568.
- E. DUBOUT, *L'invocabilité d'éviction des directives dans les litiges horizontaux. Le « bateau ivre » a-t-il sombré ?* : RTDE 2010, p. 277.
- G. DUCHANGE, *La robe et le voile* : JCP G 2015, 523.
- G. DUMORTIER, *L'effet direct des conventions internationales* : RFDA 2012, p. 547.
- J.-J. DUPEYROUX, *Quelques questions* : Dr. soc. 1990, p. 9.
- R. DUPIRÉ, *Instances transnationales de représentation du personnel : comité européen ou comité mondial ?* : JCP S 2014, 1066 ; *Légitimité et efficacité de la loi sociale transnationale* : JCP S 2013, 1236 ; *Repen- ser la négociation collective transnationale* : JCP S 2013, 1472.
- J. DUPLAT, *La durée du préavis au regard de la convention n° 158 de l'OIT* : Dr. soc. 2006, p. 636.
- X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé* : JCP G 2007, I, 211.
- P. DURAND, *Les fonctions publiques de l'entreprise privée* : Dr. soc. 1945, p. 246.
- G. DURRY, *Rapport sur l'inexistence, la nullité et l'annulabilité des actes juridiques en droit français*, in Trav. Assoc. H. Capitant, t. XIV, *Inexistence, nullité et annulabilité des actes juridiques*, Dalloz, 1965, p. 611.
- J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Le droit international fait-il partie du droit anglais ?*, in *Le droit international : unité et diversité* : Mél. offerts à P. Reuter, Pedone, 1981, p. 244.
- O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité*, in *Juger l'administration, administrer la justice* : Mél. en l'honneur de D. Labetoulle, Dalloz, 2007, p. 315.
- B. EDELMANN, *Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social* : D. 2009, p. 1547.
- S. EL BOUDOUHI, *Le juge interne, juge du droit commun du droit international ? État des lieux de l'invocabilité du droit international conventionnel en droit interne* : RFDA 2014, p. 371.
- A. FABRE, *Le licenciement économique et l'objectif de sécurisation* : RDT 2013, p. 184 ; *Le contentieux des forfaits jours. Essai d'ordonnancement* : Cah. soc. 2013, p. 479.
- F. FAVENNEC-HÉRY, *Vers l'émergence d'un ordre juridique conventionnel ?* : JCP S 2015, 1237.
- P. FIESCHI-VIVET, *L'impact de la Communauté européenne sur le droit du travail français* : RJS 10/1990, chron. p. 503.
- L. FLAMENT, *Le raisonnable en droit du travail* : Dr. soc. 2007, p. 16.
- J.-F. FLAUSS, *Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux*, in J.-F. FLAUSS (ss dir.), *Droits sociaux et droit européen. Bilan et prospective de la protection normative*, Bruylant, 2002, p. 108.
- Ph. FLORÈS, *La chambre sociale et la question prioritaire de constitutionnalité : de la distorsion entre l'image doctrinale et la réalité juridictionnelle* : Dr. soc. 2014, p. 308 ; *Forfaits jours : « La souplesse ne doit pas permettre de se désintéresser de la charge de travail réelle du salarié »* : Cah. soc. 2013, p. 476.

H. FOX, P. GARDNER et Ch. WICKREMASINGHE, *United Kingdom*, in P.-M. EISEMANN (ss dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Étude de la pratique en Europe*, Kluwer, 1996, p. 495.

J. FOYER, *Droit et jurisprudence*, in *Le Discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, p. 21.

Ph. FRANCESCOAKIS, *Remarques critiques sur le rôle de la Constitution dans le conflit entre le traité et la loi interne devant les tribunaux judiciaires* : *Rev. crit. DIP* 1969, p. 425.

J.-Y. FROUIN, *Raisons de la construction prétorienne du droit du travail* : *JCP S* 2009, 1516.

P. FRYDMAN, *Appréciation par le juge administratif de la compatibilité de la loi française avec les traités internationaux antérieurs* : *Rev. crit. DIP* 1990, p. 125.

Y. GALMOT et J.-C. BONICHOT, *La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national* : *RFDA* 1988, p. 1.

F. GAUDU, *Les nullités du licenciement et le « principe » pas de nullité sans texte* : *Dr. soc.* 2010, p. 151 ; *La religion dans l'entreprise* : *Dr. soc.* 2010, p. 65 ; *Libéralisation des marchés et droit du travail* : *Dr. soc.* 2006, p. 505.

B. GAURIAU, *Identification de la loi applicable au contrat de travail international*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 233 ; *Le licenciement prononcé en violation de l'article L. 122-12, al. 2 du Code du travail : nul plutôt qu'inefficace* : *Dr. soc.* 2005, p. 852.

M. GAUTIER, *L'effet direct des conventions internationales* : *RFDA* 2012, p. 560 ; *Les conflits entre conventions internationales devant le juge administratif français* : *Dr. adm.* 2002, chron. 9.

P.-Y. GAUTIER, *Inquiétudes sur l'interprétation du droit uniforme international et européen*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes* : *Mél. en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 327.

F. GÉA, *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique* : *RDT* 2011, p. 244.

J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, in J. GHESTIN (ss dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, 2005, n° 103, p. 116.

B. GOLDMAN, *La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalités et perspectives* : *JDI* 1979, p. 746 ; *Frontières du droit et lex mercatoria* : *Arch. phil. dr.* 1964, p. 177.

S. GRÉVISSE, *Le renouveau de la Charte sociale européenne* : *Dr. soc.* 2000, p. 884.

F. GRÉVISSE et J.-C. BONICHOT, *Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres*, in *L'Europe et le droit : Mél. en hommage à J. Boulouis*, Dalloz, 1991, p. 297.

J.-P. GRIDEL, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé* : *D.* 2002, p. 228.

F. GUIOMARD, *Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur*, in A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2004, p. 61.

D. GUTMANN, *Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ?*, in *L'avenir du droit : Mél. en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, 1999, p. 329.

C. HABLOT, *Le dialogue social au sein du processus législatif européen*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 30.

B. HAFTEL, *Entre Rome II et Bruxelles I : l'interprétation communautaire uniforme du règlement Rome I* : *JDI* 2010, p. 761.

M. HARBONNIER, *Le travail en prison et le droit du travail* : *JCP S* 2013, 1342.

S. HENNION, *L'influence du droit social communautaire sur le droit interne* : *Dr. soc.* 1992, p. 736.

J.-P. HENRY, *Vers la fin de l'État de droit* : *RDP* 1977, p. 1211.

J. ICARD, *De l'impuissance du droit social européen. À propos des règles de calcul des effectifs* : *Dr. soc.* 2014, p. 408.

- P. IMBERT, *Les droits des pauvres, pauvres droits ?* : RDP 1989, p. 3.
- B. INÈS, *Licenciement économique : prise en compte des ruptures conventionnelles* : D. 2011, p. 886.
- F. JAULT-SESEKE, *La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes : Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 455.
- A. JEAMMAUD, *La règle de droit comme modèle* : D. 1990, p. 199 ; *Sur l'applicabilité en France des conventions internationales du travail* : Dr. soc. 1986, p. 399.
- A. JEAMMAUD et E. SERVERIN, *Évaluer le droit* : D. 1992, chron. p. 263.
- E. JEANSEN, *Obligation d'information et de consultation des représentants du personnel dans les groupes d'entreprises* : JCP S 2009, 1493.
- J.-F. JEANTET, *La Cour de cassation et l'ordre juridique communautaire* : JCP G 1975, I, p. 2743.
- Ph. JESTAZ, *L'engagement par volonté unilatérale*, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Dalloz, 1994, p. 3 ; *La sanction ou l'inconnue du droit* : D. 1986, chron. XXXII.
- A. JOHANSSON, *Influence sur le droit français de la directive temps de travail 2003/88 (anc. 93/104) et de la jurisprudence de la Cour de justice y afférente (hors congés payés)* : Dr. soc. 2012, p. 821.
- G. JOLIVET, *Les relations de travail à l'épreuve de la question prioritaire de constitutionnalité* : JCP S 2010, 1353.
- H. KELSEN, *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public* : RCADI 1926, IV, p. 280.
- F. KESSLER, *Évolution récente du droit des conflits collectifs du travail en Allemagne*, in *Le droit collectif du travail, Études en l'honneur de M^{me} le Professeur H. Sinay*, Peter Lang, 1994, p. 107.
- G. KHAIRALLAH, *Le raisonnable en droit privé français* : RTD civ. 1984, p. 439.
- B. KRIEF, *Le temps de l'information et de la consultation des représentants du personnel* : JCP S 2014, 1090.
- J.-P. LABORDE, *La considération du fait par le droit du travail*, in *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995, p. 277.
- E. LAFUMA, *Droit de mener une action collective et liberté de prestation de services* : RJS 3/2008, p. 179.
- P. LAGARDE, *Approche critique de la lex mercatoria*, in *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, LexisNexis, 1987, p. 125.
- X. LAGARDE, *Jurisprudence et insécurité juridique* : D. 2006, chron. p. 684.
- M. LAROQUE, *L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française* : Dr. soc. 1997, p. 961.
- P. LAROQUE, *La Charte sociale européenne* : Dr. soc. 1979, p. 100.
- S. LAULOM, *Le détachement des travailleurs dans le cadre de la libre prestation de services : Semaine sociale Lamy 21 juill. 2014, suppl., n° 1640, p. 56* ; *Le droit aux congés annuels payés : les limites de l'obligation d'interprétation conforme* : Dr. soc. 2013, p. 564 ; *L'enchevêtrement des sources internationales du droit du travail : à propos des décisions du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010* : RDT 2011, p. 298 ; *Les actions collectives contre le dumping social. – À propos des arrêts Viking et Laval rendus par la CJCE : Semaine sociale Lamy 2008, 1335, p. 8* ; *Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale* : Dr. soc. 2006, p. 623.
- Y. LEQUETTE, *Recodification civile et prolifération des sources internationales*, in *Le Code civil, 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, LexisNexis, 2004, p. 171.
- A. LEVADE, *La constitutionnalité des lois de transposition entre conformité et compatibilité. Esquisse d'un bilan de la jurisprudence « européenne » récente du Conseil constitutionnel*, in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de L. Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 1291.
- J.-Ph. LHERNOULD, *La résistible ascension de la norme européenne* : JCP S 2015, 1249 ; *Les traités du Conseil de l'Europe et le droit du travail*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *La norme transnationale en droit du tra-*

vail, *Economica*, 2014, p. 14 ; *Transfert d'entreprise : frottements entre la directive 2001/23 et le Code du travail : Liaisons soc. Europe* 2014, n° 346, p. 5 ; *Le forfait-jours va-t-il devoir céder face à la pression européenne ? : Liaisons soc. Europe* 2011, n° 279, p. 5 ; *L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE : Dr. soc.* 2010, p. 893 ; *Comment invoquer le droit de l'Union européenne devant le juge social français : Liaisons soc. Europe* sept. 2010, n° spécial, p. 29 ; *La Cour de justice de l'UE est-elle antisociale ? : RJS* 7/2010, p. 507 ; *Révision de la directive temps de travail : chronique d'un échec, quel échec ? : RJS* 7/2009, p. 523 ; *La nouvelle directive CE européen : une victoire française... quelle victoire ? : RJS* 2/2009, p. 102 ; *La négociation collective communautaire. Petit manuel de la diversité : Dr. soc.* 2008, p. 34 ; *Obligation de sécurité de résultat : des arrêts amiante à l'arrêt Snecma, brève chronique jurisprudentielle d'un univers en expansion : JSL* 1^{er} sept. 2008, n° 239, p. 6 ; *Illicéité d'une clause sociale dans un appel d'offres : le pot de terre contre le pot de fer ? : RJS* 7/2008, p. 601 ; *Droit du travail et communautarismes : RJS* 1/2008, p. 9 ; *Les heures d'équivalence, dans les établissements pour personnes inadaptées handicapées, refaçonnées par l'Europe : JSL* 4 oct. 2007, n° 219 ; *Le CNE à bout de souffle : RJS* 8-9/2007, p. 695 ; *Le régime des heures d'équivalence plie devant la CJCE, mais ne rompt pas : RJS* 2/2006, p. 89 ; *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale. Les forfaits annuels en jours, les astreintes et la Charte sociale européenne : RJS* 7/2005, p. 511 ; *La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational des travailleurs. Le plombier polonais est-il mort ? : Dr. soc.* 2005, p. 1191 ; *Le temps de travail en quête de nouveaux repères. À propos de l'arrêt Pfeiffer et de la proposition de directive du 22 septembre 2004 : RJS* 12/2004, p. 871 ; *L'Europe sociale après l'élargissement : Dr. soc.* 2004, p. 771.

A. LINDEN, *Garantie des droits fondamentaux du salarié : éléments de jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation : Dr. ouvrier* 2011, p. 73.

G. LOISEAU, *Le coemploi est mort, vive la responsabilité délictuelle : JCP S* 2014, 1311 ; *Les accords de maintien de l'emploi : JCP S* 2013, 1260 ; *Les ruptures conventionnelles pour motif économique : Dr. soc.* 2011, p. 681 ; *De l'obligation naturelle à l'obligation civile : l'entremise de l'engagement par volonté unilatérale : D.* 2005, p. 1393.

P. LOKIEC, S. ROBIN-OLIVIER, J.-R. GRODIN, S. LEADER et L. TENABO, *Représentativité syndicale et négociation collective : RDT* 2006, p. 336.

É. LOQUIN, *L'arbitrage comme instrument d'application des droits sociaux fondamentaux*, in M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT et P. RODIÈRE (ss dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail, Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, 2010, p. 223 ; *Les rapports avec la lex mercatoria : LPA* 18 déc. 2003, n° 252, p. 63.

A. LYON-CAEN, *La négociation collective dans ses dimensions internationales : Dr. soc.* 1997, p. 352.

G. LYON-CAEN, *L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces) : Dr. soc.* 2001, p. 1031 ; *Le lock-out : Dr. ouvrier* 1950, p. 55.

G. LYON-CAEN et M.-C. BONNETÈTE, *La réforme du licenciement à travers la loi du 13 juillet 1973 : Dr. soc.* 1973, p. 493.

P.-M. MABAKA, *L'incorporation de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique britannique : RTDH* 2000, p. 11.

PH. MALAURIE, *La CEDH et le droit civil français : JCP G* 2002, I, 143, n° 9.

P. MANIN, *De l'utilisation des directives communautaires par les personnes physiques ou morales : AJDA* 1994, p. 259.

J.-P. MARGUÉNAUD, *La reconnaissance par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation de l'autorité interprétative des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ou : la révolution du 15 avril : RTD civ.* 2011, p. 725.

J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, *Le CEDS face au principe de non-régression en temps de crise économique : Dr. soc.* 2013, p. 339 ; *Les jurisprudences européennes et les droits d'action collective*, in L. POTVIN-SOLIS (ss dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012, p. 131 ; *Les droits de l'Homme salarié de l'entreprise identitaire : D.* 2011, p. 1637 ; *La jurisprudence sociale de la Cour EDH : bilan et perspectives : Dr. soc.* 2010, p. 883 ; *La liberté d'expression syndicale, parent pauvre de la démocratie : D.* 2010, p. 1456 ; *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux : D.* 2009, p. 739 ; *La chambre sociale de la Cour de cassation : pionnière de la diffusion de la Convention EDH en France : JCP S* 2009, 1001 ; *Les incursions de la Cour européenne des droits de l'homme en droit du travail : une œuvre en-*

core en demi-teinte : RDT 2008, p. 16 ; Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour EDH : D. 2006, p. 477 ; Vie privée des salariés handicapés et information du comité d'entreprise : contresens sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme : D. 2005, p. 469 ; L'alcool et la drogue dans les éprouvettes de la CEDH : vie privée du salarié et principe de proportionnalité : D. 2005, jurispr. p. 36 ; Licenciement, droit à la liberté d'expression du salarié et principe de proportionnalité : D. 2001, p. 574.

M. MARGUERITE, *De la naissance d'une règle de conflit* : JCP S 2012, 1093.

J.-C. MARTIN, *La personnalité juridique interne de l'organisation internationale*, in E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (ss dir.), *Droit des organisations internationales*, LGDJ, 2013, p. 465.

A. MARTINEL, *Délai de préavis et convention n° 158 de l'OIT* : RJS 5/2006, p. 369.

A. MARTINON, *La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du travail, réalités et perspectives d'une rénovation du droit français*, in B. TEYSSIE (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 111 ; *L'utile en droit du travail*, in B. TEYSSIE (ss dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 7 ; *Les relations collectives de travail dans les groupes de sociétés à caractère international* : Dr. soc. 2010, p. 789.

A. MARTINON et A. TEISSIER, *Droit d'ici et droits d'ailleurs*, in A. MARTINON (ss dir.), *Le licenciement pour motif économique. Quelles dynamiques ?*, LexisNexis, 2012, p. 90.

C. MARZO, *Les risques juridiques créés par les accords-cadres internationaux : opportunités, dangers, stratégies*, in M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT et P. RODIÈRE (ss dir.), *Justice et mondialisation en droit du travail. Du rôle du juge aux conflits alternatifs*, Dalloz, 2010, p. 207.

F. MATSCHER, *Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle, les méthodes d'interprétation de la Convention européenne*, in F. SUDRE (ss dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 15.

B. MATTHIEU, *Le rôle du juge et du législateur dans la détermination de l'intérêt général* : Arch. phil. dr. 2006, p. 41.

P. MAYER, *Le choix de loi dans la jurisprudence arbitrale*, in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (ss dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, LexisNexis, 2011, p. 423.

D. MAZEAUD, *Observations conclusives (colloque du 25 octobre 2005)* : RDC 2006, p. 177 ; *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?*, in *L'avenir du droit : Mél. en hommage à F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 603.

M. MINÉ, *Le droit du temps de travail à l'épreuve de la Charte sociale : Semaine sociale Lamy 2011*, n° 1475, p. 7 ; *Le régime des équivalences n'est pas conforme au droit communautaire de mesure du temps de travail* : D. 2006, p. 1722 ; *Le droit du temps de travail à l'épreuve de la Charte sociale : Semaine sociale Lamy 2005*, n° 1228, p. 8.

A. MINET, *Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français* : RFDA 2013, p. 1199 ; *L'effet direct des stipulations conventionnelles : la recherche d'une justiciabilité mesurée des traités internationaux* : JCP A 2012, 2171.

N. MOIZARD, *Externalisation d'une entité d'un groupe de sociétés* : RJS 01/2011, p. 8 ; *La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un noyau dur protecteur ?* : Dr. soc. 2008, p. 866.

M. MORAND, *Les forfaits-jours et la charte sociale européenne* : JCP S 2011, 1225.

M.-A. MOREAU, *Négociation collective transnationale : réflexions à partir des accords-cadres internationaux du groupe ArcelorMittal* : Dr. soc. 2009, p. 101 ; *Sur la représentativité des partenaires sociaux européens* : Dr. soc. 1999, p. 53.

M.-L. MORIN, *Principe majoritaire et négociation collective, un regard de droit comparé* : Dr. soc. 2000, p. 1080.

P. MORVAN, *Le droit des licenciements pour motif économique retouché par la loi du 6 août 2015* : JCP S 2015, 1320 ; *Non-transposition d'une directive : pas d'obligation pour l'employeur* : JCP S 2014, 1151 ; *La norme transnationale dans le droit des restructurations*, in B. TEYSSIE (ss dir.), *La norme transnationale*

et les relations de travail, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 172 ; *Coemploi dans les groupes* : JCP S 2012, 1052 ; *Transfert d'entreprise et information individuelle des salariés* : JCP S 2010, 1047 ; *Aspects de la mobilité à l'intérieur d'un groupe de sociétés* : Dr. soc. 2011, p. 888 ; *Mise en cause des accords collectifs dans une entreprise publique à statut* : JCP S 2008, 1398.

H. MOTULSKY, *Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971* : D. 1972, chron. 91, n° 46.

J. MOULY, *L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licenciés sans motif valable est d'effet direct* : Dr. soc. 2014, p. 474 ; *QPC et « QCC » en droit du travail : concurrence ou complémentarité ?* : Dr. soc. 2013, p. 573 ; *Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise. Pour dissiper quelques malentendus* : Dr. soc. 2007, p. 534 ; *Vie professionnelle et vie privée. De nouvelles rencontres sous l'égide de l'article 8 de la Convention européenne*, in F. SUDRE (ss dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 279 ; *Les droits sociaux à l'épreuve des droits de l'Homme* : Dr. soc. 2002, p. 799.

D. NAZET-ALLOUCHE, *La Cour de justice des Communautés européennes et les droits sociaux fondamentaux*, in L. GAY, E. MAZUYER et D. NAZET-ALLOUCHE (ss dir.), *Les droits sociaux fondamentaux, Entre droits nationaux et droit européen*, Bruylant, 2006, p. 222.

Ch. NEAU-LEDUC, *RSE et droit social. Présentation*, in F.-G. TRÉBULLE et O. UZAN (ss dir.), *Responsabilité sociale des entreprises. Regards croisés Droit et Gestion*, Economica, 2011, p. 113 ; *L'impact de la RSE sur le droit positif* : Dr. fisc. 2011, n° 131, p. 22 ; *Les accords sur la responsabilité sociale de l'entreprise* : Dr. soc. 2008, p. 75 ; *La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ?* : Dr. soc. 2006, p. 952.

NGUYEN QUOC DINH, *Évolution de la jurisprudence de la Cour internationale de justice relative au problème de la hiérarchie des normes conventionnelles*, in *Le juge et le droit public : Mélanges offerts à M. Waeline*, t. 1, LGDJ, 1974, p. 220.

L. NICOLAS-VULLIERME, *Le délai « raisonnable » ou la mesure du temps* : LPA 3 janv. 2005, n° 1, p. 3.

C. NIVARD, *L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises* : RDLF 2012, chron. n° 28.

J. NORMAND, *Le pouvoir de relever d'office les moyens de droit au regard de la CEDH* : RTD civ. 1996, p. 689.

I. OMARJEE, *La violation par l'employeur d'un engagement unilatéral en matière d'emploi* : D. 2004, p. 2395.

I. OMARJEE et S. ROBIN-OLIVIER, *Droit social. La place des normes internationales dans le droit social communautaire* : LPA 29 juill. 2002, n° 150, p. 16.

F. OST, *Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme*, in M. DELMAS-MARTY (ss dir.), *Raisonner la raison d'État*, PUF, 1989, p. 405 ; *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme*, in Y. CARTUYVELS et alii (ss dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Facultés universitaires Saint Louis, Bruylant, 2007, p. 6.

Y. PAGNERRE, *Responsabilité des partenaires sociaux du fait des conventions et accords collectifs* : JCP S 2012, 1001.

Y. PAGNERRE et E. JEANSEN, *Les avantages catégoriels contenus dans les accords collectifs, une espèce en voie d'extinction* : JCP S 2012, 1338.

M.-L. PAVIA, *Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental* : LPA 6 mai 1994, n° 54, p. 6.

A. PELLET, *Vous avez dit « monisme » ? Quelques banalités de bon sens sur l'impossibilité du prétendu monisme constitutionnel à la française*, in *L'architecture du droit : Mélanges en l'honneur de M. Troper*, Economica, 2006, p. 827.

Ch. PERELMAN, *Les notions à contenu variable : éthique et droit*, éd. de l'Université de Bruxelles, 1990, p. 793 ; *Le raisonnable et le déraisonnable en droit* : Arch. phil. dr. 1978, p. 35 ; *À propos de la règle de droit. Réflexions de méthodes*, in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (ss dir.), *La règle de droit*, Bruylant, 1971, p. 313.

- F. PETIT, *La constitutionnalisation du droit du travail* : JCP S 2010, 1352.
- L. PEYREFITTE, *Le problème du contrat dit sans loi* : D. 1965, chron. XVIII, p. 113.
- F. PICOD, *Le juge communautaire et l'interprétation européenne*, in F. SUDRE (ss dir.), *L'interprétation de la CEDH*, Bruylant, 1998, p. 289.
- G. PIGNARRE, *Les licenciements privés d'effet en cas de transfert d'entreprise : la revanche du droit des contrats* : D. 2003, p. 14.
- L.-F. PIGNARRE, *Contrepartie financière de la clause de non-concurrence et droit des obligations : jeux d'influences* : RDT 2009, p. 151.
- S. PLATON, *Le contrôle de constitutionnalité des actes nationaux d'application du droit de l'Union européenne. L'avenir des jurisprudences Économie numérique et Arcelor*, in *La Constitution, l'Europe et le droit* : Mél. en l'honneur de J.-C. Masclat, Publications de la Sorbonne, 2013, p. 887.
- P. POCHET, *L'actualité du droit du travail communautaire, la mise en œuvre de la Charte de 1989* : Dr. soc. 1993, p. 695 ; *Le premier rapport sur l'application de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs* : Dr. soc. 1993, p. 1.
- J. PORTA, *L'applicabilité des droits fondamentaux de l'Union européenne* : RDT 2011, p. 589.
- X. PRÉTOT, *La question prioritaire de constitutionnalité : premières réflexions* : JCP S 2010, 1023.
- C. PUIGELIER, *La maxime « Nul n'est censé ignorer la loi »*, in C. PUIGELIER (ss dir.), *La loi, Bilan et perspectives*, Economica, 2005, p. 309.
- Ch. RADÉ, *La question prioritaire de constitutionnalité et le droit du travail : a-t-on ouvert la boîte de Pandore ?* : Dr. soc. 2010, p. 873.
- P. RÉMY, *Les droits des conflits collectifs* : RDT 2010, p. 250 ; *Les pouvoirs des représentants des salariés dans les licenciements collectifs en droit allemand* : Dr. soc. 2008, p. 902 ; *Le groupe, l'entreprise et l'établissement, une approche en droit comparé* : Dr. soc. 2001, p. 505.
- J.-F. RENUCCI, *Les frontières du pouvoir d'interprétation des juges européens* : JCP G 2007, Actualités, Libres propos, n° 20.
- J. RICHARD DE LA TOUR, *Le droit du travail dans le droit de l'Union européenne* : *Semaine sociale Lamy* 2011, suppl., n° 1508, p. 131.
- F. RIGAUX, *Logique et droits de l'Homme*, in *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne* : Mél. à la mémoire de R. Ryssdal, Carl Heymanns, 2000, p. 1197 ; *Interprétation consensuelle et interprétation évolutive*, in F. SUDRE (ss dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 41.
- D. RITLENG, *Effet direct des traités internationaux* : RTDE 2012, p. 928.
- S. ROBIN-OLIVIER, *L'influence de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes sur le droit social français* : *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale* 2003, p. 149.
- S. ROBIN-OLIVIER et E. PATAUT, *Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval)* : RDT 2008, p. 80.
- P. RODIÈRE, *Un droit, un principe, finalement rien ? Sur l'arrêt de la CJUE du 15 janvier 2014*, *Association de médiation sociale* : *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11 ; *La volonté des parties dans la définition du licenciement collectif dans le droit de l'Union européenne* : Dr. soc. 2010, p. 1025 ; *L'influence du droit communautaire et du droit international* : Dr. soc. 2008, p. 895 ; *Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et de négociation collective* : RTDE 2008, p. 47.
- M. RÖNNMAR, T. JASPER et J. LAHERA FORTEZA, *Représentativité syndicale et négociation collective (suite et fin)* : RDT 2007, p. 54.
- J. ROSSETTO, *Ordre constitutionnel interne et droit communautaire. L'impossible hiérarchie*, in *Le droit administratif : permanences et convergences* : Mél. en l'honneur de J.-F. Lachaume, Dalloz, 2007, p. 889.
- C. SACHS-DURAND, *Commentaire de l'accord France Télécom du 21 décembre 2006 sur les droits sociaux fondamentaux* : RDT 2007, p. 107.

J. SAVATIER, *Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique* : Dr. soc. 2004, p. 354 ; *Liberté religieuse et relations de travail*, in *Droit syndical et droits de l'homme à l'aube du xx^e siècle* : Mél. en l'honneur de J.-M. Verdier, Dalloz, 2001, p. 455.

G. SCELLE, *Règles générales du droit de la Paix* : RCADI 1933, IV, p. 331.

M. SCHMITT, *L'influence du droit de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi* : RD sanit. soc. 2014, p. 454 ; *L'influence des conventions de l'OIT sur les jurisprudences européennes. Approche comparée en matière de droit de négociation collective* : RDT 2013, p. 513.

A. SEIFERT, *L'effet horizontal des droits fondamentaux. Quelques réflexions de droit européen et de droit comparé* : RTDE 2012, p. 801.

J.-M. SERVAIS, *Le droit international du travail en mouvement : déploiement et approches nouvelles* : Dr. soc. 1991, p. 447.

D. SIMON, *Deuxième (ou second et dernier ?) coup d'arrêt à l'adhésion de l'Union à la CEDH : étrange avis 2/13 : Europe 2015, étude 2 ; La panacée de l'interprétation conforme : injonction homéopathique ou thérapie palliative ?*, in *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins* : Mél. en l'honneur de P. Mengozzi, Bruylant, 2013, p. 279 ; *L'invocabilité des directives dans les litiges horizontaux : confirmation ou inflexibilité ?* : Europe 2010, étude 3 ; *Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ?*, in *L'Europe et le droit*, Mél. en hommage à J. Boulouis, Dalloz, 1991, p. 481.

D. SIMON et A. RIGAUX, *L'arrêt Marshall II et l'effet des directives : une solution d'espèce à une question de principe ?* : Europe 1993, chron. 9.

L. SIMONT, *L'engagement unilatéral*, in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Dalloz, 1994, p. 22.

A. SOBCZAK, *Les enjeux juridiques des accords-cadres internationaux*, in M. DESCOLONGES et B. SAINCY (ss dir.), *Les nouveaux enjeux de la négociation sociale internationale*, La Découverte, 2006, p. 93 et 100.

G. SPYROPOULOS, *L'avenir incertain du modèle social européen dans une Europe élargie* : Dr. soc. 2005, p. 603.

P. STANGOS, *Les rapports entre la Charte sociale européenne et le droit de l'Union européenne* : Cah. dr. eur. 2013, n° 2, p. 319.

F. SUDRE, *À propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme* : JCP G 2001, chron. 335, p. 1365 ; *La « perméabilité » de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux*, in *Pouvoir et Liberté, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 467 ; *Le recours aux « notions autonomes »*, in F. SUDRE (ss dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 93 ; *Le protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives* : RGDI publ. 1996, p. 715.

B. TAXIL, *Les normes internationales*, in P. GONOD, F. MELLERAY et P. YOLKA (ss dir.), *Traité de droit administratif*, t. 1, Dalloz, 2011, p. 443.

A. TEISSIER, *La QPC sociale : vers de nouvelles stratégies judiciaires ?* : JCP S 2011, 1267.

F. TERRÉ, *La crise de la loi* : Arch. phil. dr. 1980, p. 17.

B. TEYSSIÉ, *Un nouveau droit du travail ?* : JCP S 2015, 1234 ; *La consultation du comité d'entreprise européen ou la tentation de l'infini*, in Mél. en l'honneur de Ph. Merle, Dalloz, 2012, p. 681 ; *La loi hors les murs*, in Jean Foyer, *In Memoriam*, LexisNexis-Litec, 2010, p. 429 ; *La loi applicable aux accords transnationaux d'entreprise ou de groupe*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques* : Mél. en l'honneur d'H. Gaudemet-Tallon, Dalloz, 2008, p. 821 ; *L'impératif de sécurité juridique*, in *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 985 ; *Sur la sécurité juridique en droit du travail* : Dr. soc. 2006, p. 699 ; *La loi en droit du travail*, in C. PUIGELIER (ss dir.), *La loi. Bilan et perspectives*, Economica, 2005, p. 161 ; *La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe* : Dr. soc. 2005, p. 982 ; *Délocalisation d'entreprise et relations collectives de travail* : Dr. soc. 2005, p. 759 ; *Corpus juris*, in *Le discours et le code*, Litec, 2004, p. 52 ; *L'accord collectif de niveau communautaire*, in *Une certaine idée du droit* : Mél. offerts à A. Decocq, Litec, 2004, p. 567 ; *Le droit de lock-out* : Dr. soc. 1994, p. 795.

C. THIBIERGE, *Le droit souple. Réflexions sur les textures du droit* : RTD civ. 2003, p. 599.

H. TISSANDIER, *Une discrimination condamnable même sans victime* : RJS 11/2008, p. 885.

J.-Ph. TRICOIT, *La chambre sociale de la Cour de cassation face à la prolifération des instruments internationaux de protection des droits fondamentaux* : Dr. soc. 2012, p. 178 ; *Mise en place des IRP : des exclusions de l'effectif de l'entreprise à l'épreuve du droit européen* : JCP S 2012, 1301.

F. TULKENS, *Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme*, in C. GREWE et F. BENOÎT-ROHMER (ss dir.), *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, PU Strasbourg, 2003, p. 117.

A. TUNC et A. TOUFFAIT, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celle de la Cour de cassation* : RTD civ. 1974, p. 487.

N. VALTICOS, *La Charte sociale européenne, sa structure, son contenu, le contrôle de son application* : Dr. soc. 1963, p. 466.

R. VATINET, *La Cour européenne des droits de l'homme et le droit du travail*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *La norme transnationale et les relations de travail*, éd. Panthéon-Assas, 2014, n° 147 ; *Les accords relatifs au plan de sauvegarde de l'emploi* : JCP S 2014, 1188 ; *L'ordre public*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *Les notions fondamentales du droit du travail*, éd. Panthéon-Assas, 2009 ; *Un nouveau droit des conflits du travail ?* : Dr. soc. 2008, p. 671.

J. VELU, *À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours*, in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 527.

J.-M. VERDIER, *L'apport des normes de l'OIT au droit français du travail*, in *Les transformations du droit du travail, Études offertes à G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1989, p. 51 ; *Liberté et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge* : D. 1988, chron. p. 63.

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

M. VÉRICEL, *Forfait-jours : conséquences d'un accord de branche insuffisamment protecteur des salariés concernés* : RDT 2013, p. 493.

P.-Y. VERKINDT, *L'irrésistible ascension du droit de la santé au travail* : JCP S 2015, 1243 ; *Le raisonnable en droit du travail*, in B. TEYSSIÉ (ss dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Economica, 2011, p. 43.

C. VIGNEAU, *Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire* : RTDE 2002, p. 653.

U. WENDELING-SCHRÖDER, P. RÉMY et G. VALLÉE, *Représentativité syndicale et négociation collective (suite)* : RDT 2006, p. 408.

C. WOLMARK, *Convient-il d'interdire le port de signes religieux dans l'entreprise ?* : RDT 2009, p. 485.

V. AVIS, CONCLUSIONS, NOTES, OBSERVATIONS ET RAPPORTS

P. ADAM, note ss Cass. soc., 6 févr. 2013 : RDT 2013, p. 630.

E. AGOSTINI, note ss Cass. 2^e civ., 2 juill. 1969 : D. 1978, p. 581.

Y. AGUILA, note ss CE, ass., 11 avr. 2012 : AJDA 2012, p. 729.

J.-F. AKANDJI-KOMBÉ, obs. ss CE, ass., 11 avr. 2012 : Dr. soc. 2012, p. 1014 ; note ss Cass. soc., 29 juin 2011 : JCP S 2011, 1332 ; note ss Cass. soc., 14 avr. 2010 : RDT 2010, p. 374.

H. ALCARAZ, note ss CE, 21 mars 2011 : AJDA 2011, p. 1688.

D. ALLAND, note ss CE, ass., 23 déc. 2011 : AJDA 2012, p. 26 ; note ss CE, 30 oct. 1998 : RFDA 1998, p. 1094.

S. AMALRIC, note ss Cass. soc., 26 sept. 2012 : RDT 2013, p. 273 ; note ss Cass. soc., 31 janv. 2012 : RDT 2012, p. 500.

- S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON, note ss Cass. com., 8 févr. 2005 : *D.* 2005, p. 2836.
- B. ANCEL et H. MUIR-WATT, note ss Cass. 1^{re} civ., 13 avr. 1999 : *Rev. crit. DIP* 1999, p. 698.
- E. ANDRÉO, note ss Cass. soc., 17 oct. 2012 : *JCP S* 2013, 1031 ; note ss Cass. soc., 24 févr. 2009 : *JCP S* 2009, 1152.
- E. ANDRÉO et J. MISSLIN, note ss CJUE, 24 janv. 2012 : *JCP S* 2012, 1135.
- P.-H. ANTONMATTÉL, obs. ss Cass. soc., 31 janv. 2012 : *Dr. soc.* 2012, p. 536 ; note ss Cass. ass. plén., 8 déc. 2000 : *RJS* 2/2001, p. 95 ; obs. ss CJCE, 11 mars 1997 : *Dr. soc.* 1997, p. 728.
- S. ARDILLER et C. ITLIS, note ss CA Paris, 6^e ch., 7 mai 2014 (rectifié par CA Paris, 10 sept. 2014) : *JSL* 2014, n° 377-378, p. 20.
- J. ARRIGHI DE CASANOVA, concl. ss CE, 28 juin 2000 : *Dr. fisc.* 2001, p. 357.
- D. ASQUINAZI-BAILLEUX, note ss Cass. soc., 8 juin 2011 : *JCP S* 2011, 1441.
- T. AUBERT-MONPEYSSEN, note ss Cass. soc., 10 juill. 2002 : *D.* 2002, p. 3110.
- E. AUBIN, E. GAYAT et A. DE SENCA, obs. ss TGI Marseille : *Dr. ouvrier* 2005, p. 513.
- J.-M. AUBY, obs. ss CE, ass., 29 déc. 1978 : *RDP* 1979, 1742.
- G. AUZERO, note ss TGI Paris, 9 juill. 2013 : *Cah. soc.* 2013, p. 400 ; obs. ss CJUE, 21 oct. 2010 : *Bull. Joly Sociétés* 2011, p. 219, n° 114.
- G. BACHELIER, concl. ss CE, ass., 6 juin 1997 : *RFDA* 1997, p. 1068.
- M. BADEL, I. DAUGAREILH, J.-P. LABORDE et R. LAFORE, obs. ss Cass. soc., 22 janv. 1998 : *RD sanit. soc.* 1998, p. 453.
- P. BAILLY, rapp. ss Cass. soc., 30 sept. 2009 : *Dr. soc.* 2009, p. 404 ; rapp. ss Cass. soc., 11 mars 2003 : *Dr. soc.* 2003, p. 474.
- A. BARÈGE, note ss Cass. soc., 10 juill. 2013 : *JCP S* 2013, 1486.
- J. BARTHÉLÉMY, obs. ss CJCE, 3 oct. 2000 : *Dr. soc.* 2001, p. 76.
- J. BAUGARD, obs. ss Cass. soc., 29 juin 2011 : *Gaz. Pal.* 1^{er} sept. 2011, p. 11.
- S. BÉAL et A.-L. DODET, note ss Cass. soc., 24 janv. 2007 : *JCP S* 2007, 1243.
- S. BÉAL, note ss Cass. soc., 31 mai 2006 : *JCP E* 2006, 2380.
- S. BÉAL et M.-N. ROUSPIDE-KATCHADOURIAN, note ss Cass. soc., 12 oct. 2006 : *JCP S* 2006, 1915.
- F. BENOÎT-ROHMER, note ss CEDH, 30 juin 2005 : *RTDH* 2005, p. 827 ; note ss CEDH, 18 janv. 2001 : *RTDH* 2001, p. 999 ; note ss CEDH, 16 déc. 1992 : *D.* 1993, p. 562.
- J.-M. BÉRAUD, note ss Cass. soc., 9 mars 2011 : *RDT* 2011, p. 226 ; rapp. ss Cass. soc., 1^{er} juill. 2008 : *RJS* 10/2008, p. 775.
- K. BERTHOU, obs. ss CJCE, 28 mars 2000 : *Dr. soc.* 2001, p. 879.
- I. BEYNEIX, note ss Cass. soc., 12 janv. 2011 : *JCP S* 2011, 1042.
- H. BLAISE, note ss Cass. soc., 17 avr. 1991 : *JCP E* 1991, II, 220.
- D. BLANC, note ss Cass. soc., 26 sept. 2012 : *JCP S* 2012, 1461.
- K. BLAY-GRABARCZYK, note ss CEDH, 15 janv. 2013 : *JCP G* 2013, 180.
- R. BOFFA, note ss Cass. com., 18 déc. 2012 : *D.* 2013, p. 746.
- G. BOLARD, note ss Cass. 1^{re} civ., 22 avr. 1997 : *JCP G* 1997, II, 22944.
- S. BOLLÉE, note ss Cass. com., 16 mars 2010 : *D.* 2010, p. 2323.
- S. BONNET, note ss CE, ass., 11 avr. 2012 : *D.* 2012, p. 1712.

- B. BOSSU, note ss Cass. ass. plén., 25 juin 2014 : *JCP S* 2014, 1287 ; note ss Cass. soc., 26 nov. 2013 : *JCP S* 2014, 1150 ; note ss Cass. soc., 14 nov. 2013 : *JCP S* 2014, 1116 ; note ss Cass. soc., 29 oct. 2013 : *JCP S* 2014, 1061 ; note ss Cass. soc., 19 mars 2013 : *JCP S* 2013, 1146 ; note ss Cass. soc., 6 juill. 2010 : *JCP S* 2010, 1461.
- P. BOUAZIZ et I. GOULET, obs. ss Cass. soc., 23 févr. 2005 : *Dr. soc.* 2005, p. 634.
- B. BOUBLI, note ss Cass. soc., 16 sept. 2008 : *JCP S* 2009, 1024 ; note ss Cass. soc., 18 déc. 2007 : *JCP S* 2008, 1216.
- J. BOUCHER, concl. ss CE, ass., 23 déc. 2011 : *RFDA* 2012, p. 1.
- A. BOUJEKA, note ss CJUE, 18 mars 2014 : *D.* 2014, p. 1811.
- D. BOULMIER, note ss Cass. soc., 17 oct. 2012 : *JCP S* 2012, 1519.
- F. BOUSEZ, note ss Cass. soc., 6 févr. 2013 : *JCP S* 2013, 1385 ; note ss Cass. soc., 30 nov. 2010 : *JCP S* 2011, 1183 ; note ss Cass. soc., 10 juill. 2002 : *JCP G* 2003, 130, p. 772.
- M. BOUTONNET, obs. ss Cass. 3^e civ., 26 sept. 2007 : *Environnement* 2007, 63.
- R. BOUYSSIC, concl. ss Cass. ass. plén., 4 juill. 1986 : *Dr. soc.* 1986, p. 745.
- S. BRISSY, note ss Cass. soc., 30 avr. 2009 : *JCP S* 2009, 1417.
- S. BRONDEL, note ss CE, sect., 23 mars 2012 : *D.* 2012, p. 1012.
- A. BUGADA, note ss Cass. soc., 9 oct. 2013 : *JCP S* 2013, 1456 ; note ss Cass. soc., QPC, 27 févr. 2013 : *Procédures* 2013, comm. 160 ; note ss Cass. soc., 6 févr. 2013 : *Procédures* 2013, comm. 107 ; note ss Cass. 2^e civ., 20 nov. 2003 : *D.* 2004, p. 653.
- J.-M. BUISSON, obs. ss CA Paris, pôle 6, 7^e ch., 21 mars 2013 : *JSL* 2013, n° 344.
- D. BUREAU et L. D'AVOUT, note ss Cass. com., 16 mars 2010 : *JCP G* 2010, 530.
- O. CACHARD, note ss Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 2001 : *JCP G* 2000, II, 10045.
- L. CAILLOUX-MEURICE, note ss Cass. soc., 24 sept. 2014 : *JCP S* 2014, 1427.
- F. CANUT, note ss Cass. soc., 17 févr. 2010 : *RDT* 2010, p. 446.
- Ch. CARON, note ss Cass. soc., 2 oct. 2001 : *D.* 2002, p. 2296.
- C. CASEAU-ROCHE, D. JACOTOT et E. ROGUET, note ss Cass. soc., 15 janv. 2014 : *JCP S* 2014, 1341.
- P. CASSIA, note ss CE, 6 déc. 2012 : *RFDA* 2013, p. 653 ; note ss CE, ass., 23 déc. 2011 : *RFDA* 2013, p. 653 ; note ss CE, ass., 30 oct. 2009 : *RFDA* 2009, p. 1146 ; note ss CE, ass., 8 févr. 2007 : *RTDE* 2007, p. 378.
- G. CASU, note ss Cass. soc., 22 janv. 2014 : *JCP G* 2013, 914.
- J. CAVALLINI, note ss CJUE, 18 déc. 2014 : *JCP S* 2015, 1068 ; note ss CJUE, 11 avr. 2013 : *JCP S* 2013, 1238 ; note ss CJUE, 6 déc. 2012 : *JCP S* 2013, 1086 ; note ss CJUE, 12 oct. 2010 : *JCP S* 2010, 1480 ; note ss CEDH, 12 sept. 2011 : *JCP S* 2010, 1015 ; note ss CEDH, 8 déc. 2009 : *JCP S* 2010, 1015 ; note ss CEDH, 5 mars 2009 : *JCP S* 2009, 1298 ; note ss CJCE, 17 juill. 2008 : *JCP S* 2008, 1549 ; note ss CJCE, 10 juill. 2008 : *JCP S* 2008, 1520 ; note ss CJCE, 18 déc. 2007 : *JCP S* 2008, 1087 ; note ss CJCE, 11 déc. 2007 : *JCP S* 2008, 1086 ; note ss CEDH, 21 nov. 2006 : *JCP S* 2006, 2012 ; note ss CEDH, 9 mai 2006 : *JCP S* 2006, 1480 ; note ss CEDH, 12 avr. 2006 : *JCP S* 2006, 1408 ; note ss CJCE, 1^{er} déc. 2005 : *JCP S* 2006, 1002.
- S. CAZET, note ss CJCE, 25 nov. 2008 : *Europe* 2009, comm. 7.
- J.-F. CESARO, note ss Cass. soc., 26 sept. 2012 : *JCP G* 2013, 279 ; note ss Cass. soc., 23 mai 2011 : *JCP S* 2011, 1243 ; note ss Cass. soc., 20 févr. 2008 : *JCP S* 2008, 1616 ; note ss Cass. soc., 30 janv. 2008 : *JCP S* 2008, 1274 ; note ss Cass. soc., 9 janv. 2007 : *JCP S* 2007, 1137 ; note ss Cons. const., 16 mars 2006 : *JCP S* 2006, 1273.
- J.-F. CESARO et A. TEISSIER, note ss Cass. soc., 27 janv. 2015 : *JCP G* 2015, 261.
- C. CHABERT, note ss Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005 : *JCP G* 2005, II, 10115.
- L. CHARPENTIER, note ss CJCE, 17 oct. 1995 : *RTDE* 1996, p. 287.
- K. CHATZILAOU, obs. ss Comité européen des droits sociaux, 3 juill. 2013 : *RDT* 2014, p. 160.

- P. CHAUMETTE, obs. ss Cass. soc., 5 mars 2008 : *Dr. soc.* 2008, p. 605 ; note ss CJCE, 18 déc. 2007 : *Dr. soc.* 2008, p. 210.
- D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT, note ss CE, 3 juill. 1996 : *AJDA* 1996, p. 722.
- F. CHOPIN, note ss Cons. const., 14 juin 2013 : *D.* 2013, p. 1909.
- H. CLARET, note ss CJCE, 4 oct. 2007 : *D.* 2008, p. 458.
- T. CLAY, note ss CJCE, 6 oct. 2009 : *D.* 2009, p. 2548 et 2959.
- J.-L. CLERGERIE, note ss CJCE, 26 juin 2001 : *D.* 2002, p. 444.
- G. COHEN-JONATHAN, note ss CEDH, 28 juin 1978 : *Cah. dr. eur.* 1979, p. 474 ; note ss CEDH, 7 déc. 1976 : *Cah. dr. eur.* 1978, p. 350.
- L. COLLET, note ss Cass. 1^{re} civ., 5 mars 1991 : *D.* 1993, p. 508.
- D. CORRIGNAN-CARSIN, note ss Cass. ass. plén., 5 mars 2010 : *JCP G* 2010, 606 ; note ss Cass. soc., 18 janv. 2006 : *JCP S* 2006, 1239 ; note ss Cass. soc., 23 févr. 2005 : *JCP G* 2005, II, 10076 ; note ss Cass. soc., 25 févr. 2003 : *JCP G* 2003, II, 10104.
- J. COSSON, note ss Cass. crim., 5 déc. 1983 : *D.* 1984, 217.
- J.-B. COTTIN et A. MARTINON, note ss Cass. soc., 12 févr. 2013 : *JCP S* 2013, 1398.
- J. COUARD, obs. ss CEDH, 23 sept. 2010 : *RDT* 2011, p. 45.
- Ph. COURSIER, note ss Cass. soc., 19 juin 2007 : *JCP S* 2007, 1618 ; note ss Cass. soc., 7 nov. 2006 : *JCP S* 2007, 1011.
- L. COUTRON, note ss CJCE, 6 oct. 2009 : *RTDE* 2010, p. 113.
- G. COUTURIER, note ss Cass. soc., 9 mars 2011 : *RJS* 5/2011, p. 347 ; obs. ss Cass. soc., 28 nov. 2000 : *Dr. soc.* 2001, p. 315 ; obs. ss Cass. soc., 27 oct. 1999 : *Dr. soc.* 2000, p. 185 ; obs. ss Cass. soc., 28 avr. 1988 : *Dr. soc.* 1988, p. 428 ; obs. ss Cass. soc., 19 nov. 1997 : *Dr. soc.* 1998, p. 89 ; obs. ss Cass. ass. plén., 16 mars 1990 : *Dr. soc.* 1990, p. 412 ; obs. ss CJCE, 10 févr. 1988 : *Dr. soc.* 1988, p. 455 ; obs. ss Cass. ass. plén., 15 nov. 1985 : *Dr. soc.* 1986, p. 1.
- G. COUTURIER et J. SAVATIER, obs. ss Cass. soc., 18 mars 1997 : *Dr. soc.* 1997, p. 544.
- C. CRETON, note ss Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009 : *D.* 2009, p. 2064.
- R.-O. DALCQ, note ss Cass. (belge), 25 oct. 1990 : *RCJB* 1992, p. 493.
- J. DANIEL, note ss Cass. soc., 27 janv. 2015 : *JCP S* 2015, 1054 ; note ss Cass. 2^e civ., 12 juill. 2012 : *JCP S* 2012, 1489 ; note ss Cass. soc., 8 juin 2011 : *JCP S* 2011, 1321.
- L. DARGENT, note ss Cass. ass. plén., 21 déc. 2007 : *D.* 2008, p. 228.
- S. DARMAISIN, note ss CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch., 21 mars 2006 : *JCP S* 2006, 1821.
- M. DARMON, concl. ss CJCE, 10 févr. 1988 : *Dr. soc.* 1988, p. 455.
- L. D'AVOUT et S. BOLLÉE, note ss CJUE, 15 mars 2011 : *D.* 2011, p. 957 et p. 2434.
- A. DEBET, note ss CEDH, 9 janv. 2007 : *RDC* 2007, p. 477.
- Ph. DELEBECQUE, note ss Cass. com., 16 mars 2010 : *RTD com.* 2010, p. 457.
- M. DEL SOL, note ss Cass. soc., 13 déc. 2006 : *JCP S* 2007, 1217.
- M.-C. DE MONTECLER, note ss CE, 10 févr. 2014 : *AJDA* 2014, p. 380.
- J. DEPREZ, note ss Cass. ass. plén., 16 mars 1990 : *JCP E* 1990, II, 15825.
- L. DEREPAS, concl. ss CE, ass., 8 févr. 2007 : *RFDA* 2007, p. 361.
- C. DE SALINS, concl. ss CE, 18 juin 2008 : *RFDA* 2008, p. 755.
- I. DESBARATS, note ss Cass. soc., 19 mars 2013 : *JCP S* 2013, 1297.

- O. DESHAYES, note ss Cass. 3^e civ., 28 juin 2006 : *JCP G* 2006, II, 10130.
- S. DÉTRAZ, note ss Cass. ass. plén., 15 avr. 2011 : *D.* 2011, p. 805.
- P. DEUMIER, note ss CE, ass., 11 avr. 2012 : *RTD civ.* 2012, p. 487 ; note ss Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009 : *RTD civ.* 2009, p. 495 ; note ss Cass. soc., 13 juin 2007 : *RTD civ.* 2007, p. 536.
- E. DOCKÈS, obs. ss CA Aix-en-Provence, 1^{re} ch., 21 mars 2006 : *Dr. soc.* 2006, p. 888.
- X. DOMINO et A. BRETINNEAU, note ss CE, 6 déc. 2012 : *AJDA* 2012, p. 2373 ; note ss CE, ass., 11 avr. 2012 : *AJDA* 2012, p. 936 ; note ss CE, ass., 23 déc. 2011 : *AJDA* 2012, p. 201.
- H. DONTENWILLE, concl. ss Cass. ass. plén., 16 mars 1990 : *Dr. soc.* 1990, p. 399.
- L. DRAI, note ss Cass. soc., 11 janv. 2012 : *JCP S* 2012, 1429 ; note ss Cass. soc., 5 juin 2008 : *JCP S* 2008, 1465 ; note ss Cass. soc., 31 mai 2006 : *JCP S* 2006, 1578.
- L. DRIGUEZ, note ss CJUE, 6 déc. 2012 : *Europe* 2013, comm. 98 ; note ss CJUE, 21 juin 2012 : *Europe* 2012, comm. 341 ; note ss CJUE, 10 mai 2011 : *Europe* 2011, comm. 265 ; note ss CJCE, 23 avr. 2009 : *Europe* 2009, comm. 235 ; note ss CJCE, 20 janv. 2009 : *Europe* 2009, comm. 128 ; note ss CE, 31 déc. 2008 : *Europe* 2009, comm. 234 ; note ss CJCE, 15 avr. 2008 : *Europe* 2008, comm. 190 ; note ss CJCE, 1^{er} avr. 2008 : *Europe* 2008, comm. 150 ; note ss CJCE, 4 juill. 2006 : *Europe* 2006, comm. 276 ; note ss CJCE, 22 nov. 2005 : *Europe* 2008, comm. 150.
- G. A.-L. DROZ, note ss CJCE, 15 janv. 1987 : *Rev. crit. DIP* 1987, p. 798.
- O. DUBOS, note ss CJCE, 30 sept. 2003 : *JCP A* 2003, 1943.
- L. DUBOUIS, note ss CE, 30 oct. 1998 : *RFDA* 1999, p. 57 ; note ss CJCE, 19 nov. 1991 : *RFDA* 1996, p. 583.
- Ch.-A. DUBREUIL, note ss CE, ass., 22 oct. 2010 : *JCP G* 2010, 1095.
- F. DUMONT, note ss Cass. soc., 26 mars 2014 : *JCP S* 2014, 1302 ; note ss Cass. soc., 17 févr. 2010 : *JCP S* 2010, 1170 ; note ss Cass. soc., 13 janv. 2010 : *JCP S* 2010, 1101 ; note ss CJUE, 10 déc. 2009 : *JCP S* 2010, 1057 ; note ss Cass. soc., 1^{er} juill. 2008 : *JCP S* 2008, 1548 ; note ss Cass. soc., 26 mars 2008 : *JCP S* 2008, 1375 ; note ss Cass. soc., 13 déc. 2006 : *JCP S* 2007, 1579.
- G. DUMORTIER, concl. ss CE, ass., 11 avr. 2012 : *RFDA* 2012, p. 547.
- J. DUPLAT, avis ss Cass. soc., 1^{er} juill. 2008 : *RDT* 2008, p. 504 ; avis ss Cass. soc., 17 mai 2005 : *Semaine sociale Lamy* 2005, n° 1218, p. 11 ; concl. ss T. confl., 19 janv. 2004 : *Dr. ouvrier* 2004, p. 146.
- F. DUQUESNE, note ss T. confl., 19 janv. 2004 : *JCP E* 2004, II, 930.
- G. DURRY, note ss Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1973 : *RTD civ.* 1973, p. 576.
- H. ECOUTIN, concl. ss Cass. soc., 28 avr. 1988 : *Dr. soc.* 1988, p. 428.
- B. EDELMAN, note ss Cass. soc., 3 juin 2009 : *D.* 2009, p. 2517.
- O. FARDOUX, note ss Cass. soc., 14 févr. 2007 : *JCP S* 2007, 1297.
- F. FAVENNEC-HÉRY, note ss Cass. soc., 3 mai 2012 : *JCP S* 2012, 1241 ; note ss Cass. soc., 29 juin 2011 : *RJS* 8-9/2011, p. 587 ; note ss Cass. soc., 9 mars 2011 : *JCP S* 2011, 1200 ; note ss Cass. soc., 17 mai 2005 : *JCP S* 2005, 1031.
- L. FAVOREU et L. PHILIP, note ss Cass. ch. mixte, 24 mai 1975 : *RDP* 1975, p. 1335 ; note ss Cons. const., 15 janv. 1975 : *RDP* 1975, p. 185.
- D. FIORINA, note ss CEDH, 18 janv. 2001 : *D.* 2002, p. 2758.
- L. FLAMENT, note ss Cass. soc., 11 mars 2015 : *JCP S* 2015, 1191.
- J.-F. FLAUSS, note ss CEDH, 27 nov. 2008 : *AJDA* 2009, 872 ; note ss CEDH, 30 juin 2005 : *AJDA* 2005, p. 1886 ; note ss CE, 30 oct. 1998 : *RDP* 1999, p. 919 ; note ss CEDH, 18 févr. 1997 : *AJDA* 1997, p. 977 ; note ss CEDH, 9 déc. 1994 : *AJDA* 1995, p. 124 ; note ss CEDH, 27 oct. 1993 : *AJDA* 1994, p. 16.
- G. FLÉCHEUX et M. BAZEX, note ss Cass. ass. plén., 15 nov. 1985 : *JCP G* 1986, II, 20705.
- Ph. FLORÈS, note ss Cass. soc., 18 déc. 2013 : *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1616, p. 8 ; note ss Cass. soc., 9 oct. 2013 : *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1603, p. 12.

- P. FOMBEUR, concl. ss CE, 3 déc. 2001 : *Dr. fisc.* 2002, p. 1382.
- J. FOYER et D. HOLLEAUX, note ss Cass. ch. mixte, 24 mai 1975 : *Rev. crit. DIP* 1976, p. 347.
- G. FRANÇOIS, note ss Cass. soc., 24 oct. 2012 : *JCP S* 2013, 1050.
- N. FRICERO, note ss CEDH, 6 juin 2002 : *D.* 2000, p. 186.
- J.-Y. FROUIN, note ss Cass. soc., 11 oct. 2006 : *JCP S* 2006, 1985 ; note ss Cass. soc., 29 juin 2005 : *JCP S* 2005, 1237.
- S. GARCIA-JOURDAN, note ss CEDH, 27 juill. 2004 : *RTDH* 2005, p. 363.
- A. GARDIN, note ss CEDH, 3 oct. 2013 : *RJS* 02/2014, p. 73 ; note ss CJUE, 25 avr. 2013 : *RJS* 07/2013, p. 442 ; note ss CEDH, 15 janv. 2013 : *RJS* 05/2013, p. 285 ; note ss CJUE, 6 déc. 2012 : *RJS* 03/2013, p. 161 ; obs. ss Cass. soc., 2 juin 2010 : *LPA* 9 juin 2011, n° 114, p. 7 ; obs. ss Cass. soc., 4 juin 2009 : *LPA* 10 mai 2010, n° 92, p. 6 ; note ss CJUE, 16 sept. 2010 : *RJS* 01/2011, p. 6.
- B. GAURIAU, note ss Cass. soc., 14 nov. 2012 : *JCP S* 2013, 1062 ; note ss Cass. soc., 28 sept. 2011 : *JCP S* 2012, 1072 ; note ss Cass. soc., 18 mai 2011 : *JCP S* 2011, 1365 ; note ss Cass. soc., 3 mars 2010 : *JCP S* 2010, 1190 ; note ss Cass. soc., 14 avr. 2010 : *JCP S* 2010, 1269 ; note ss Cass. soc., 8 juill. 2009 : *JCP S* 2009, 1416 ; note ss Cass. soc., 16 janv. 2008 : *JCP S* 2008, 1599 ; note ss Cass. soc., 12 oct. 2006 : *JCP S* 2007, 1008 ; note ss CJCE, 18 janv. 2007 : *JCP S* 2007, 1082 ; obs. ss Cass. soc., 17 déc. 2004 : *Dr. soc.* 2005, p. 334 ; obs. ss Cass. soc., 18 mai 1999 : *Dr. soc.* 1999, p. 734 ; obs. ss Cass. soc., 4 mai 1999 : *Dr. soc.* 1999, p. 730.
- M. GAUTIER, note ss CE, ass., 11 avr. 2012 : *RFDA* 2012, p. 560 ; note ss CJCE, 3 sept. 2008 : *JCP G* 2008, II, 10186.
- P.-Y. GAUTIER, note ss Cass. ass. plén., 21 déc. 2007 : *RTD civ.* 2008, p. 317 ; note ss Cass. soc., 2 oct. 2001 : *D.* 2001, p. 3148 ; note ss Cass. 1^{re} civ., 20 janv. 1993 : *RTD civ.* 1993, p. 843.
- F. GÉA, obs. ss Cass. soc., 9 mars 2011 : *RDT* 2011, p. 244.
- E. GLASER, concl. ss CE, 22 oct. 2004 : *Dr. soc.* 2005, p. 43.
- G. GONZALEZ, note ss CEDH, 8 avr. 2014 : *JCP S* 2014, act. 176.
- H. GOSSELIN, rapp. ss Cass. soc., 26 mars 2008 : *RJS* 5/2008, p. 549.
- L. GRARD, note ss CE, 6 déc. 2012 : *RTDE* 2013, p. 384.
- G. GUILLAUME, avis ss CE, ass., 23 déc. 2011 : *RFDA* 2012, p. 19.
- M. GUYOMAR, concl. ss CE, ass., 30 oct. 2009 : *RFDA* 2009, p. 1125 ; concl. ss CE, ass., 8 févr. 2007 : *RFDA* 2007, p. 384.
- M. GUYOMAR et X. DOMINO, note ss T. confl., 17 oct. 2011 : *AJDA* 2012, p. 27.
- H. GUYOT, note ss Cass. soc., 24 sept. 2014 : *JCP S* 2014, 1476 ; note ss Cass. soc., 29 févr. 2012 : *JCP S* 2012, 1198.
- L. HAMON, note ss Cons. const., 15 janv. 1975 : *D.* 1975, jurispr. p. 529.
- M. HENRY, obs. ss Cass. soc., 20 janv. 1998 : *Dr. soc.* 1998, p. 1019.
- D. HOUTCIEFF, note ss Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008 : *JCP G* 2009, II, 10000.
- A. HUET, note ss CJCE, 10 avr. 2003 : *JDI* 2004, p. 632.
- J. ICARD, note ss Cass. soc., 18 déc. 2013 : *Cah. soc.* 2014, p. 117.
- L. IDOT, note ss CJCE, 22 mai 2008 : *Europe* 2008, comm. 250 ; note ss CJCE, 22 nov. 2005 : *Europe* 2006, comm. 18 ; note ss CJCE, 10 avr. 2003 : *Europe* 2003, comm. 226 ; note ss CJCE, 14 sept. 2000 : *Europe* 2000, comm. 349.
- B. INÈS, obs. ss CJUE, 15 janv. 2014 : *D. actualité* 21 févr. 2014 ; obs. ss Cass. soc., 9 oct. 2013 : *D. actualité* 29 oct. 2013.
- F. JAULT-SESEKE, obs. ss CJUE, 19 juill. 2012 : *RDT* 2012, n° 10, p. 588 ; note ss CJUE, 15 mars 2011 : *Rev. crit. DIP* 2011, p. 447 ; note ss CJCE, 22 mai 2008 : *Rev. crit. DIP* 2008, p. 847 ; obs. ss Cass. soc., 19 juin 2007 : *RDT* 2007, p. 543.

- A. JEAMMAUD, note ss Cass. soc., 18 janv. 1989 : *D.* 1989, p. 320.
- A. JEAMMAUD et V. LE FRIANT, obs. ss Cass. ass. plén., 8 déc. 2000 : *Dr. soc.* 2001, p. 417.
- E. JEANSEN, note ss Cass. soc., 9 juill. 2014 : *JCP S* 2015, 1048 ; note ss Cass. soc., 26 mars 2014 : *JCP S* 2014, 1230 ; note ss Cass. soc., 26 nov. 2013 : *JCP S* 2014, 1200 ; note ss CJUE, 6 sept. 2011 : *JCP S* 2011, 1444 ; note ss Cass. soc., 24 nov. 2010 : *JCP S* 2011, 1078 ; note ss CJUE, 21 oct. 2010 : *JCP S* 2011, 1008 ; note ss CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-277/08 : *JCP S* 2009, 1492 ; note ss CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-44/08 : *JCP S* 2009, 1493 ; note ss CJCE, 12 févr. 2009 : *JCP S* 2009, 1252 ; note ss Cass. soc., 11 févr. 2009 : *JCP S* 2009, 1256.
- A. JOHANSSON, note ss Cass. soc., 28 sept. 2004 : *RJS* 2005, p. 823 ; note ss Cass. soc., 4 mai 1999 : *RPDS* 1999, p. 323.
- D. JONIN, obs. ss CA Paris, 28 janv. 2013 : *JCP E* 2013, 168.
- P. JOURDAIN, note ss Cass. 2^e civ., 13 janv. 2011 : *RTD civ.* 2011, p. 359.
- S. KEHRIG, concl. ss Cass. soc., 24 avr. 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 583.
- J.-Y. KERBOURC'H, note ss Cass. soc., 17 mai 2011 : *JCP S* 2011, 1419 ; note ss Cass. soc., 8 juill. 2009 : *JCP S* 2009, 1468.
- F. KESSLER, obs. ss CJUE, 15 juill. 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 1233 ; note ss CJCE, 10 sept. 2009 : *RJS* 12/2009, p. 789.
- R. KOVAR, note ss CE, 20 oct. 1989 : *D.* 1990, p. 57.
- E. LAFUMA, note ss CJCE, 18 déc. 2007 : *RJS* 3/2008, p. 179 ; note ss CJCE, 14 juin 2007 : *RJS* 10/2007, p. 783.
- X. LAGARDE, note ss Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009 : *JCP G* 2009, 237.
- M. LAGRANGE, note ss Cass. ch. mixte, 24 mai 1975 : *RTDE* 1975, p. 49.
- T. LAHALLE, note ss Cass. soc., 20 févr. 2013 : *JCP S* 2013, 1184.
- P. LAMBERT et F. RIGAUX, note ss CEDH, 16 déc. 1992 : *RTDH* 1993, p. 410.
- G. LAMOUR, note ss CE, ass., 8 févr. 2007 : *D.* 2007, p. 1214.
- C. LANDAIS et F. LENICA, note ss CE, 22 oct. 2004 : *AJDA* 2004, p. 2153.
- M.-T. LANQUETIN, obs. ss Cass. soc., 26 juin 2008 : *Dr. soc.* 2008, p. 1129 ; obs. ss CJCE, 30 juin 1988 : *Dr. soc.* 1989, p. 551.
- M.-T. LANQUETIN et H. MASSE-DESSEN, obs. ss CJCE, 30 juin 1988 : *Dr. soc.* 1989, p. 551.
- Ch. LARROUMET, obs. ss Cass. 3^e civ., 8 mai 1974 : *D.* 1975, jurispr. p. 305.
- S. LAULOM, note ss CJCE, 23 avr. 2009 : *Semaine sociale Lamy* 2010, suppl., n° 1444, p. 29 ; note ss CJCE, 3 avr. 2008 : *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1350, p. 12 ; note ss CJCE, 18 déc. 2007 : *Semaine sociale Lamy* 2008, n° 1335, p. 8 ; note ss CJCE, 18 janv. 2007 : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1292, p. 5.
- M. LE BARBIER-LE BRIS, note ss CJCE, 5 mars 2009 : *RJS* 06/2009, p. 443 ; note ss CJCE, 17 juill. 2008 : *RJS* 11/2008, p. 883.
- M. LEDOUX et F. QUINQUIS, note ss Cass. soc., 25 sept. 2013 : *JCP S* 2013, 1459.
- N. LÉGER, note ss Cass. soc., 23 janv. 2013 : *JCP S* 2013.
- M. LEMOINE, concl. ss Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954 : *JCP* 1954, II, 7958.
- L.-M. LE ROUZIC, note ss CEDH, 2 oct. 2014 : *AJDA* 2015, p. 204.
- A. LEVADE, note ss CE, ass., 11 avr. 2012 : *Constitutions* 2012, p. 297 ; note ss CE, sect., 23 mars 2012 : *Constitutions* 2012, p. 294 ; note ss CE, ass., 23 déc. 2011 : *Constitutions* 2012, p. 295 ; note ss T. confl., 17 oct. 2011 : *Constitutions* 2012, p. 294 ; note ss CE, 21 mars 2011 : *Constitutions* 2011, p. 328 ; note ss CE, ass., 8 févr. 2007 : *D.* 2007, p. 564.
- G. LEVASSEUR, note ss Cass. 2^e civ., 28 janv. 1954 : *D.* 1954, p. 17.

- P. LEVEL, note ss CJCE, 13 nov. 1990 : *JCP E* 1991, II, 156, p. 124.
- L. LEVENEUR, note ss Cass. 3^e civ., 13 juill. 2010 : *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 240 ; note ss Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009 : *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 240.
- J.-Ph. LHERNOULD, note. ss CJUE, 5 févr. 2015 : *RJS* 6/2015, p. 366 ; obs. ss CJUE, 15 janv. 2014 : *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 345, p. 2 ; obs. ss Cass. soc., 17 déc. 2013 : *Liaisons soc. Europe* 2014, n° 346, p. 5 ; obs. ss CEDH, 3 oct. 2013 : *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 342, p. 14 ; obs. ss CJUE, 28 févr. 2013 : *Liaisons soc. Europe* 2013, n° 324, p. 5 ; note ss CJCE, 25 nov. 2010 : *RJS* 2/2011, p. 99 ; obs. ss CJUE, 21 oct. 2010 : *Liaisons soc. Europe* 2010, n° 263, p. 5 ; obs. ss Comité européen des droits sociaux, 23 juin 2010 : *Liaisons soc. Europe* 2011, n° 279, p. 5 ; note ss CJCE, 27 nov. 2008 : *RJS* 3/2009, p. 193 ; note ss CJCE, 18 déc. 2007 : *RJS* 07/2008, p. 601 ; note ss CJCE, 18 déc. 2007 : *JSL* 2008, n° 228, p. 4 ; note ss Cass. soc., 25 avr. 2007 : *Semaine sociale Lamy* 2007, n° 1314, p. 12 ; note ss CJCE, 1^{er} déc. 2005 : *RJS* 2/2006, p. 89 ; note ss Comité européen des droits sociaux, 7 déc. 2004 : *RJS* 7/2005, p. 511 ; note ss CJCE, 11 nov. 2004 : *RJS* 3/2005, p. 184 ; note ss CJCE, 12 oct. 2004 : *RJS* 3/2005, p. 189 ; note ss CJCE, 5 oct. 2004 : *RJS* 12/2004, p. 871 ; note ss CJCE, 9 sept. 2003 : *RJS* 12/2003, p. 942 ; note ss CJCE, 24 janv. 2002 : *RJS* 4/2002, p. 302 ; obs. ss Cass. soc., 24 avr. 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 723 ; note ss CJCE, 15 mars 2001 : *RJS* 6/2001, p. 487.
- R. LIBCHABER, note ss Cass. ass. plén., 2 juin 2000 : *RTD civ.* 2000, p. 672.
- S.-J. LIEBER et D. BOTTEGHI, note ss CE, ass., 30 oct. 2009 : *AJDA* 2009, p. 2385 et 2391 ; note ss CE, 11 déc. 2008 : *AJDA* 2009, p. 149.
- H. LIFFRAN, obs. ss Cass. soc., 17 déc. 1998 : *Dr. soc.* 1999, p. 161.
- G. LOISEAU, note ss Cass. soc., 2 juill. 2014 : *JCP S* 2014, 1311 ; note ss CA Paris, 20 mars 2014 : *Cah. soc.* 2014, p. 222 ; note ss Cons. prud'h. Paris, 8 févr. 2013 : *Cah. soc.* 2013, p. 111 ; obs. ss Cass. soc., 9 mars 2011 : *Dr. soc.* 2011, p. 681 ; note ss Cass. ass. plén., 5 mars 2010 : *JCP G* 2010, 1040.
- P. LOKIEC et J. PORTA, note ss Cass. soc., 26 sept. 2012 : *D.* 2012, p. 1026 ; note ss Cass. soc., 31 janv. 2012 : *D.* 2012, p. 901 ; note ss Cass. soc., 29 juin 2011 : *D.* 2012, p. 901.
- M. LOMBARD, note ss CE, ass., 29 déc. 1978 : *AJDA* 1979, p. 45.
- A. LYON-CAEN, obs. ss Cass. soc., 29 juin 2011 : *Dr. ouvrier* 2012, p. 171 ; obs. ss Cass. soc., 29 oct. 1996 : *Dr. soc.* 1996, p. 1013 ; obs. ss CA Versailles, 7 mai 1997 : *Dr. soc.* 1997, p. 506 ; note ss Cass. ass. plén., 16 mars 1990 : *D.* 1990, p. 305.
- G. LYON-CAEN, obs. ss CA Riom, 2 mars 1987 : *Dr. ouvrier* 1987, p. 97 ; obs. ss Cass. ass. plén., 4 juill. 1986 : *Dr. soc.* 1986, p. 745 ; note ss CJCE, 28 oct. 1975 : *RTDE* 1976, p. 135.
- P. LYON-CAEN, concl. ss Cass. ass. plén., 22 déc. 2000 : *Dr. soc.* 2001, p. 282 ; concl. ss Cass. soc., 17 déc. 1998 : *Dr. ouvrier* 1999, p. 141.
- V. MANIGOT, note ss Cass. soc., 12 juin 2013 : *JCP S* 2013, 1397.
- J.-P. MARGUÉNAUD, note ss Cass. ass. plén., 15 avr. 2011 : *RTD civ.* 2011, p. 725 ; note ss CEDH, 28 oct. 1999 : *RTD civ.* 2000, p. 436 ; note ss CEDH, 9 déc. 1994 : *RTD civ.* 1996, p. 1019.
- J.-P. MARGUÉNAUD et J. MOULY, note ss CEDH, 3 févr. 2011 : *D.* 2011, p. 1637 ; note ss CEDH, 8 déc. 2009 : *D.* 2010, p. 1456 ; obs. ss CEDH, 12 nov. 2008 : *D.* 2009, p. 739 ; note ss Cass. soc., 13 juin 2007 : *JCP S* 2009, 1001 ; obs. ss CEDH, 11 janv. 2006 : *Dr. soc.* 2006, p. 1022 ; note ss CEDH, 27 juill. 2004 : *D.* 2006, p. 477 ; note ss Cass. 2^e civ., 10 juin 2004 : *D.* 2005, p. 469 ; note ss CEDH, 9 mars 2004 : *D.* 2005, jurispr. p. 36 ; note ss CEDH, 27 juin 2002 : *D.* 2003, p. 939 ; note ss CEDH, 29 févr. 2000 : *D.* 2001, p. 574 ; note ss Cass. soc., 12 janv. 1999 : *D.* 1999, p. 645 ; note ss CEDH, 16 sept. 1996 : *D.* 1998, p. 438.
- S. MARIETTE et Ph. FLORÈS, obs. ss Cass. soc., 17 févr. 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 581.
- L. MARINO, note ss Cass. soc., 17 mai 2005 : *D.* 2005, p. 2649.
- Ph. MARTIN, concl. ss T. confl., 25 mars 1996 : *AJDA* 1996, p. 555.
- A. MARTINON, note ss CA Versailles, ch. 11, 18 sept. 2014 : *Cah. soc.* 2015, p. 10 ; note ss Cass. soc., 10 nov. 2010 : *JCP S* 2011, 1108 ; note ss Cass. soc., 13 janv. 2009 : *JCP S* 2009, 1343 ; note ss Cass. soc., 23 nov. 2005 : *JCP S* 2006, 1315.

- J. MASSIP, note ss Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993 : *D.* 1993, p. 361.
- B. MATHIEU et M. VERPEAUX, note ss Cass. ass. plén., 2 juin 2000 : *D.* 2000, p. 865.
- C. MAUGÜE, concl. ss CE, 30 oct. 1998 : *RFDA* 1998, p. 1081.
- C. MAYEUR-CARPENTIER, L. CLÉMENT-WILZ et F. MARTUCCI, note ss CE, 6 déc. 2012 : *RFDA* 2013, p. 367.
- M.-F. MAZARS et Ph. FLORES, note ss Cass. soc., 29 juin 2011 : *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1499, p. 5.
- M.-F. MAZARS, S. LAULOM et C. DEJOURS, note ss Cass. soc., 29 juin 2011 : *RDT* 2011, p. 481.
- A. MAZEAUD, obs. ss Cass. soc., 18 oct. 2006 : *Dr. soc.* 2007, p. 108 ; obs. ss T. confl., 19 janv. 2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 433 ; obs. ss Cass. soc., 11 mars 2003 : *Dr. soc.* 2003, p. 482 ; obs. ss Cass. soc., 25 juin 2002 : *Dr. soc.* 2002, p. 1013 ; obs. ss Cass. soc., 20 mars 2002 : *Dr. soc.* 2002, p. 516.
- D. MAZEAUD, note ss Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2011 : *D.* 2012, p. 659 ; note ss Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2008 : *RDC* 2008, p. 49 ; note ss Cass. com., 8 févr. 2005 : *RDC* 2005, p. 684 ; note ss Cass. 2^e civ., 20 nov. 2003 : *D.* 2004, p. 1346.
- E. MAZUYER, note ss Cass. soc., 29 juin 2011 : *RDT* 2011, p. 486.
- M. MEKKI, note ss Cass. soc., 24 nov. 2010 : *JCP G* 2011, 63.
- J. MESTRE et B. FAGES, note ss Cass. soc., 25 nov. 2003 : *RTD civ.* 2004, p. 733.
- J. MESTRE, obs. ss Cass. 3^e civ., 28 oct. 1992 : *RTD civ.* 1993.
- V. MICHEL et M. MEISTER, note ss CJCE, 4 juin 2009 : *Europe* 2009, comm. 334.
- R. MILCHIOR et E. PUJOL, note ss CJUE, 15 janv. 2014 : *JCP S* 2014, 1140.
- S. MILLAN, note ss CEDH, 2 déc. 2008 : *JDI* 2009, chron. 6, n° 16.
- E. MILLARD, obs. ss CA Aix-en-Provence, 1^{er} ch., 21 mars 2006 : *Dr. ouvrier* 2006, p. 430.
- M. MINÉ, obs. ss CEDH, 3 oct. 2013 : *RDT* 2014, p. 120 ; note ss CJCE, 1^{er} déc. 2005 : *D.* 2006, p. 1722.
- A. MINET, note ss CE, ass., 11 avr. 2012 : *JCP A* 2012, n° 2171.
- Ch.-E. MINET, concl. ss TA Lille, 10 nov. 2009 : *AJDA* 2010, 515.
- F. MODERNE, obs. ss CE, ass., 29 déc. 1978 : *D.* 1979, p. 155.
- N. MOIZARD, note ss CJCE, 23 avr. 2009 : *RJS* 8-9/2009, p. 609 ; note ss CJCE, 24 janv. 2002 : *RJS* 4/2002, p. 300.
- N. MOLFESSIS, note ss Cass. 1^{re} civ., 11 juin 2009 : *D.* 2009, p. 2567 ; note ss CE, 3 juill. 1996 : *RTD civ.* 1997, p. 787.
- M. MORAND, note ss Cass. soc., 7 juill. 2015 : *JCP S* 2015, 1364 ; note ss Cass. soc., 25 sept. 2013 : *JCP S* 2013, 1464 ; note ss Cass. soc., 24 avr. 2013 : *JCP S* 2013, 1240 ; note ss Cass. soc., 21 nov. 2012 : *JCP S* 2013, 1069 ; note ss Cass. soc., 13 juin 2012 : *JCP S* 2012, 1370 ; note Cass. soc., 31 janv. 2012 : *JCP S* 2012, 1120 ; note ss Cass. soc., 3 nov. 2011 : *JCP S* 2011, 1462 ; note ss CE, 10 oct. 2011 : *JCP S* 2011, 1568 ; note ss Cass. soc., 29 juin 2011 : *JCP S* 2011, 1333 ; obs. ss CJCE, 9 sept. 2003 : *Semaine sociale Lamy* 2003, n° 1138, p. 6 ; note ss Cass. soc., 10 juill. 2002 : *Semaine sociale Lamy* 2002, n° 1086, p. 13.
- M.-A. MOREAU, note ss CJCE, 25 oct. 2001 : *RJS* 3/2002, p. 207 ; obs. ss TPICE, 17 juin 1998 : *Dr. soc.* 1999, p. 53 et 60 ; obs. ss CA Versailles, 7 mai 1997 : *Dr. soc.* 1997, p. 506 ; obs. ss CJCE, 25 juill. 1991 : *Dr. soc.* 1992, p. 174.
- F. MOREL, obs. ss CJCE, 9 sept. 2003 : *Dr. soc.* 2004, p. 142.
- P. MORVAN, note ss Cass. soc., 17 déc. 2013 : *JCP S* 2014, 1151 ; note ss Cass. soc., 30 nov. 2011 : *JCP S* 2012, 1052 ; note ss Cass. soc., 2 déc. 2009 : *JCP S* 2009, 1036 ; note ss Cass. soc., 18 nov. 2009 : *JCP S* 2009, 1047 ; note ss CE, avis, 21 mai 2007 : *JCP S* 2007, 1982 ; note ss Cass. soc., 15 févr. 2006 : *JCP S* 2006, 1583 ; note ss Cass. soc., 23 nov. 2005 : *JCP S* 2006, 1144 ; obs. ss Cass. soc., 19 déc. 2003 : *JCP G* 2004, act. 88 ; note ss Cass. soc., 20 mars 2002 : *JCP E* 2002, I, 1764, n° 3.

- A. MOULINIER, note ss Cass. soc., 11 janv. 2012 : *RDT* 2012, p. 71.
- J. MOULY, obs. ss Cass. ass. plén., 25 juin 2014 : *Dr. soc.* 2014, p. 811 ; obs. ss Cass. soc., 14 nov. 2013 : *Dr. soc.* 2014, p. 94 ; obs. ss Cass. soc., 9 oct. 2013 : *Dr. soc.* 2013, p. 1055 ; obs. ss Cass. soc., 6 févr. 2013 : *Dr. soc.* 2013, p. 415 ; obs. ss Cass. soc., 11 janv. 2012 : *Dr. soc.* 2012, p. 321 ; note ss Cass. soc., 3 févr. 2010 : *JCP G* 2010, 321 ; note ss Cass. soc., 4 juin 2009 : *JCP S* 2009, 1335 ; obs. ss Cass. soc., 16 déc. 2008 : *Dr. soc.* 2009, p. 236 ; note ss Cass. soc., 24 janv. 2007 : *JCP G* 2007, II, 10110 ; note ss Cass. soc., 28 mars 2006 : *JCP G* 2006, II, 10209.
- A. MOURY, note ss CE, 25 juill. 2007 : *JCP S* 2008, 1065.
- P. MOUSSERON, note ss Cass. 3^e civ., 13 juill. 2010 : *JCP E* 2010, 31.
- H. MUIR WATT, note ss Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1991 : *Rev. crit. DIP* 1992, p. 314.
- Ch. NEAU-LEDUC, note ss Cass. soc., 12 sept. 2007 : *JCP S* 2008, 1325.
- C. NEIRINCK et P.-M. MARTIN, note ss Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993 : *JCP G* 1993, I, 3677.
- C. NOURISSAT, note ss CJCE, 21 nov. 2002 : *D.* 2003, p. 486.
- J.-M. OLIVIER, note ss Cass. soc., 19 oct. 2005 : *JCP S* 2006, 1051.
- I. OMARJEE, note ss Cass. soc., 25 nov. 2003 : *D.* 2004, p. 2395.
- V. ORIF, obs. ss Cass. soc., 6 févr. 2013 : *RDT* 2014, p. 58.
- Y. PAGNERRE, note ss Cons. prud'h. Évreux, 26 mai 2015 : *Cah. soc.* 2015, p. 367 ; note ss Cass. soc., 9 juill. 2014 : *JCP S* 2014, 1429 ; note ss CEDH, 21 sept. 2011 : *JCP S* 2011, 1560 ; note ss Cass. crim., 23 juin 2009 : *JCP S* 2009, 1502.
- G. PAISANT, note ss CJCE, 4 oct. 2007 : *JCP G* 2008, II, 10031.
- S. PARICARD-PIOUX, note ss Cass. ass. plén., 24 janv. 2003 : *D.* 2003, p. 1648.
- L. PÉCAUT-RIVOLIER, obs. ss Cass. soc., 14 déc. 2011 : *Dr. soc.* 2012, p. 211.
- B. PÉLISSIER, obs. ss Cass. soc., 13 mars 2013 : *RDT* 2013, p. 328.
- R. PELLOUX, note ss CEDH, 9 oct. 1979 : *AFDI* 1980, p. 323 ; note ss CEDH, 23 juill. 1968 : *AFDI* 1968, p. 201.
- C. PÉRÈS, note ss Cass. soc., 13 juin 2007 : *D.* 2007, p. 2439.
- S. PEREZ, obs. ss CEDH, 23 mars 1995 : *D.* 1996, somm. 2 ; obs. ss CEDH, 6 nov. 1980 : *D.* 1996, somm. 2.
- C. PETIT, avis ss Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005 : *JCP G* 2005, II, 10115.
- D. PHILIPPE, note ss Cass. (belge), 26 mars 1992 : *JLMB* 1994, p. 38.
- S. PICARD-PIOUX, note ss Cass. ass. plén., 24 janv. 2003 : *D.* 2003, p. 1648.
- G. PICCA, concl. ss Cass. soc., 18 janv. 1989 : *Dr. soc.* 1989, p. 249 ; concl. ss Cass. soc., 12 juin 1986 : *Dr. soc.* 1986, p. 608 ; concl. ss Cass. ass. plén., 15 nov. 1985 : *Dr. soc.* 1986, p. 1.
- D. PICQUE, note ss Cass. soc., 12 juin 2013 : *JCP S* 2014, 1202.
- B. PLESSIX, note ss T. confl., 17 oct. 2011 : *JCP G* 2011, 1423.
- G. POISSONNIER, note ss CEDH, 2 oct. 2014 : *D.* 2014, p. 2560 ; note ss CJCE, 4 juin 2009 : *D.* 2009, 2312.
- X. PRÉTOT, note ss Cass. ass. plén., 2 juin 2000 : *RDP* 2000, p. 1037 ; obs. ss Cass. ass. plén., 16 mars 1990 : *Dr. soc.* 1990, p. 416.
- C. PUIGELIER, note ss Cass. soc., 18 mai 1999 : *JCP E* 2000, p. 40.
- Ch. RADÉ, obs. ss Cass. soc., 20 févr. 2008 : *Dr. soc.* 2008, p. 530 ; obs. ss Cass. soc., 31 mars 2004 : *Dr. soc.* 2004, p. 666.
- J.-E. RAY, obs. ss Cass. soc., 17 mai 2005 : *Dr. soc.* 2007, p. 789.
- J. RAYNARD, note ss CEDH, 9 mars 2004 : *JCP E* 2004, 1859 ; note ss CEDH, 7 nov. 2002 : *JCP E* 2004, 334 ; note ss CJCE, 27 juin 2000 : *RTD civ.* 2000, p. 939.

- P. RÉMY, obs. ss CJCE, 18 juill. 2013 : *RDT* 2013, p. 785.
- P. RÉMY et H. TISSANDIER, note ss Cass. soc., 18 nov. 2009 : *D.* 2010, p. 1266.
- P. RÉMY-CORLAY, note ss CJCE, 6 oct. 2009 : *RTD civ.* 2009, p. 684.
- J.-F. RENUCCI, note ss CEDH, 13 oct. 2009 : *D.* 2009, p. 2897.
- T. REVET, note ss CEDH, Gde ch., 6 oct. 2005 : *RTD civ.* 2005, p. 798.
- A. RIGAUX et D. SIMON, note ss Cass. ass. plén., 2 juin 2000 : *Europe* 2000, chron. 8 ; note ss CJCE, 14 juill. 1994 : *Europe* 1994, comm. 358.
- A. RIGAUX, obs. ss CJCE, 25 nov. 2008 : *Europe* 2009, comm. 6 ; obs. ss CJCE, 14 sept. 2000 : *Europe* 2000, comm. 341.
- D. RITLENG, note ss CE, sect., 23 mars 2012 : *RTDE* 2012, p. 926 ; note ss CE, ass., 23 déc. 2011 : *RTDE* 2012, p. 929 ; note ss T. confl., 17 oct. 2011 : *RTDE* 2012, p. 135 ; note ss CE, 21 mars 2011 : *RTDE* 2011, p. 885 ; note ss CE, ass., 30 oct. 2009 : *RTDE* 2010, p. 223.
- J. RIVERO, note ss Cass. ch. mixte, 24 mai 1975 : *AJDA* 1975, p. 134 ; note ss Cons. const., 15 janv. 1975 : *AJDA* 1975, p. 134.
- S. ROBIN-OLIVIER, note ss CJCE, 10 sept. 2009 : *RTDE* 2010, p. 673.
- P. RODIÈRE, obs. ss CJUE, 15 janv. 2014 : *Semaine sociale Lamy* 2014, n° 1618, p. 11 ; note ss CJCE, 18 déc. 2007 : *RTDE* 2008, p. 47 ; note ss CJCE, 10 avr. 2003 : *RTDE* 2003, p. 532 ; note ss CJCE, 10 févr. 1988 : *RTDE* 1988, p. 715 ; obs. ss CJCE, 30 juin 1988 : *RTDE* 1989, p. 359.
- P. ROLLAND, note ss CEDH, 9 oct. 1979 : *JDI* 1982, p. 187 ; note ss CEDH, 7 déc. 1976 : *JDI* 1978, p. 706.
- M.-Ch. ROUAULT, note ss CE, ass., 8 févr. 2007 : *JCP G* 2007, II, 10045.
- C. ROY-LOUSTAUNAU, obs. ss Cass. soc., 13 mars 2001 : *Dr. soc.* 2001, p. 1117.
- Ph. ROZEC et V. MANIGOT, note ss Cass. soc., 6 juin 2012 : *JCP S* 2012, 1375.
- D. RUZIE, note ss Cons. const., 15 janv. 1975 : *JDI* 1975, p. 349.
- P. SABOURIN, note ss CE, 20 oct. 1989 : *D.* 1990, p. 135.
- Y. SAINT-JOURS, note ss T. confl., 25 mars 1996 : *D.* 1996, jurispr. 598.
- P. SARGOS, note ss Cass. soc., 28 févr. 2006 : *JCP S* 2006, 1278.
- J. SAVATIER, obs. ss Cass. soc., 19 déc. 2007 : *Dr. soc.* 2008, p. 388 ; obs. ss Cass. soc., 25 nov. 2003 : *Dr. soc.* 2004, p. 166 ; obs. ss Cass. soc., 24 mars 1998 : *Dr. soc.* 1998 ; obs. ss Cass. soc., 23 janv. 1990 : *Dr. soc.* 1990, p. 326 ; obs. ss Cass. soc., 22 janv. 1992 : *Dr. soc.* 1992, p. 329 ; obs. ss Cass. soc., 7 mai 1987 : *Dr. soc.* 1989, p. 307.
- M. SCHMITT, note ss CEDH, 21 avr. 2009 : *RJS* 11/2009, p. 736 ; note ss CJCE, 5 mars 2009 : *RDT* 2009, p. 385.
- L. SEBILLE, note ss Cass. soc., 15 déc. 2010 : *JCP S* 2011, 1130.
- F. SERRAS, note ss CJCE, 13 nov. 1990 : *JCP E* 1991, I, p. 321.
- D. SIMON, note ss CJUE, 15 janv. 2014 : *Europe* 2014, comm. 112 ; note ss CJCE, 24 janv. 2012 : *Europe* 2012, comm. 115 ; note ss CJCE, 14 sept. 2000 : *Europe* 2000, comm. 328 ; note ss CJCE, 19 avr. 2007 : *Europe* 2007, comm. 155 ; note ss CE, ass., 8 févr. 2007 : *Europe* 2007, étude 3 ; note ss CJCE, 5 févr. 2004 : *Europe* 2004, comm. 93 ; note ss CJCE, 26 sept. 2000 : *Europe* 2000, comm. 343 ; note ss CJCE, 30 avr. 1996 : *Europe* 1996, comm. 245.
- D. SIMON et A. RIGAUX, note ss CJCE, 14 déc. 1995 : *Europe* 1996, comm. 37.
- M. SIMON-DEPITRE, note ss Cass. soc., 29 mai 1963 : *JCP* 1964, II, 13523.
- B. STARK, note ss Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1973 : *JCP G* 1973, II, 17450.
- Ph. STOFFEL-MUNCK, note ss Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2007 : *JCP G* 2008, I, 125 ; note ss Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2007 : *JCP G* 2007, I, 185, n° 2.

- F. SUDRE, note ss CEDH, 21 avr. 2009 : *JCP G* 2009, doctr. 143, n° 25 ; note ss CEDH, 18 déc. 2008 : *JCP G* 2009, 143 ; note ss CEDH, Gde ch., 12 nov. 2008 : *JCP G* 2009, II, 10018 ; note ss CEDH, 3 avr. 2007 : *JCP G* 2007, I, 182 ; note ss CEDH, 30 juin 2005 : *JCP G* 2005, I, 10128 ; note ss CEDH, 22 juin 2004 : *JCP G* 2004, I, p. 161 ; note ss CEDH, 28 oct. 1999 : *JCP G* 2000, I, 202.
- Th. TAURAN, note ss CEDH, 27 mars 2012 : *JCP S* 2012, 1266.
- B. TEYSSIÉ, note ss Cass. soc., 16 janv. 2008 : *JCP S* 2008, 1155 ; note ss Cass. soc., 3 déc. 1996 : *TPS* 1997, comm. 53 ; note ss TGI Paris, 1^{re} ch., 18 juin 1996 : *JCP E* 1996, II, 894 ; note ss CA Paris, 3 févr. 1988 : *JCP E* 1988, II, 15140 ; note ss Cass. ass. plén., 4 juill. 1986 : *JCP G* 1986, II, 20694.
- D. THARAUD, obs. ss CEDH, 7 juill. 2011 : *RD sanit. soc.* 2012, p. 684.
- H. TISSANDIER, obs. ss CE, sect., 23 mars 2012 : *RDT* 2012, p. 376 ; note ss CJUE, 20 janv. 2011 : *RJS* 5/2011, p. 358 ; obs. ss CJUE, 21 oct. 2010 : *RDT* 2011, p. 35 ; obs. ss CJCE, 16 sept. 2010 : *Liaisons soc. Europe* 2010, n° 261, p. 3 ; note ss CJCE, 11 déc. 2007 : *RJS* 3/2008, p. 182 ; obs. ss Cass. soc., 12 juill. 2006 : *RDT* 2007, p. 48.
- A. TOUFFAIT, concl. ss Cass. ch. mixte, 24 mai 1975 : *D.* 1975, p. 497.
- E. TRAVERSA, note ss CJCE, 25 juill. 1991 : *RTDE* 1993, p. 81.
- J.-Ph. TRICOIT, note ss Cass. soc., 26 mars 2013 : *JCP S* 2013, 1292 ; note ss Cass. soc., 3 juill. 2012 : *JCP S* 2012, 1490 ; note ss Cass. soc., 21 mars 2012 : *JCP S* 2012, 127 ; note ss Cass. soc., 25 janv. 2012 : *JCP S* 2012, 1231.
- G. VACHET, note ss Cass. soc., 14 nov. 2013 : *JCP S* 2014, 1111 ; note ss Cass. soc., 17 mai 2006 : *JCP S* 2006, 1538 ; note ss Cass. soc., 31 oct. 2007 : *JCP S* 2008, 1004 ; note ss Cass. soc., 10 juill. 2002 : *D.* 2003, p. 936.
- M. VASSEUR, obs. ss CE, ass., 29 déc. 1978 : *D.* 1979, 278.
- R. VATINET, note ss Cass. soc., 17 déc. 2013 : *JCP S* 2014, 1117 ; note ss Cass. soc., 8 avr. 2009 : *JCP S* 2009, 1458 ; note ss Cass. soc., 3 mai 2007 : *JCP S* 2007, 1918 ; note ss Cass. soc., 29 mars 2006 : *JCP S* 2006, 1427 ; note ss CE, 19 oct. 2005 : *JCP S* 2005, 1317 ; obs. ss Cass. soc., 20 janv. 1998 : *Dr. soc.* 1998, p. 297.
- M. VÉRICEL, obs. ss Cass. soc., 24 avr. 2013 : *RDT* 2013, p. 493 ; obs. ss Cass. soc., 13 mars 2013 : *RDT* 2013, p. 341 ; obs. ss Cass. soc., 3 juill. 2012 : *RDT* 2012, p. 567 ; obs. ss CJCE, 10 sept. 2009 : *RDT* 2009, p. 725 ; obs. ss Cass. soc., 24 févr. 2009 : *RDT* 2009, p. 241 ; obs. ss CJCE, 1^{er} déc. 2005 : *RDT* 2006, p. 33.
- P.-Y. VERKINDT, note ss Cass. soc., 6 oct. 2010 : *JCP S* 2010, 1043 ; note ss Cass. soc., 14 oct. 2009 : *JCP S* 2010, 1009 ; note ss Cass. soc., 28 janv. 2009 : *JCP S* 2009, 1226 ; note ss Cass. soc., 21 déc. 2006 : *JCP S* 2007, 1172 ; note ss Cass. soc., 28 mars 2006 : *JCP S* 2006, 1382.
- M. VERPEAUX, note ss T. confl., 19 mars 2007 : *AJDA* 2007, 1537.
- J.-Ch. VIDELIN, note ss CEDH, 2 oct. 2014 : *Dr. adm.* 2015, comm. 8.
- C. VIGNEAU, obs. ss CJCE, 22 nov. 2005 : *Dr. ouvrier* 2006, p. 521 ; note ss CJCE, 9 nov. 1999 : *JCP E* 2001, 1032.
- G. VINEY, note ss CE, 11 juill. 2011 : *D.* 2012, p. 653 ; note ss Cass. ass. plén., 6 oct. 2006 : *D.* 2006, p. 825 ; note ss Cass. soc., 25 nov. 2003 : *JCP G* 2004, I, p. 163, n° 6 ; note ss Cass. 2^e civ., 20 nov. 2003 : *JCP G* 2004, I, 163.
- E. WAGNER, note ss Cass. soc., 28 avr. 1988 : *D.* 1988, p. 437.
- Ph. WAQUET, rapp. ss Cass. soc., 20 janv. 1998 : *JCP G* 1998, 564.
- L. WEILLER, note ss Cass. ass. plén., 21 déc. 2007 : *JCP G* 2008, II, 10006.
- C. WOLMARK, obs. ss Cons. const., 14 juin 2013 : *RDT* 2013, p. 565.
- F. ZENATI, note ss CEDH, 9 déc. 1994 : *RTD civ.* 1995, p. 652.
- S. ZIENTARA-LOGEAY, avis ss Cass. soc., 6 juill. 2010 : *Dr. soc.* 2010, p. 1076.

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Accident de trajet, 136, 172.

Accident du travail :

- congés payés, 79, 173.
- enquête, 6.
- obligation de sécurité, 333.

Accord collectif, *V. Accord signé entre organisations syndicales européennes, Accord signé entre organisations syndicales internationales, Accord conclu par des groupes transnationaux.*

Accord conclu par des groupes transnationaux :

- arbitrage, 237, 259 et s.
- cadre optionnel européen, 262 et s.
- contractualisation, 254.
- effet relatif, 249.
- généralités, 234 et s.
- *lex socialia*, 257 et s.
- loi applicable, 243 et s.
- qualification d'accord collectif de travail, 246 et s.
- qualification de contrat, 248.
- qualification d'engagement unilatéral, 250 et s.
- qualification de règlement intérieur, 252.
- qualification européenne, 242.
- qualification *lege fori*, 239.
- qualification préalable, 239 et s.
- responsabilité sociale d'entreprise, 234.
- rôle, 13, 234.
- thème, 234.
- transposition, 255.

Accord de maintien de l'emploi :

- licenciement, 20, 39.
- rémunération équitable, 352.

Accord signé entre organisations syndicales européennes :

- effet relatif, 217 et s.
- généralités, 208 et s.
- interprétation de l'accord de transposition, 227, 228.
- loi applicable, 215 et s.
- négociation intersectorielle, 208.
- négociation sectorielle, 208.
- qualification, 214.
- transposition autonome, 211 et s.
- transposition institutionnelle, 229 et s.

Accord signé entre organisations syndicales internationales :

- effet relatif, 217 et s.
- généralités, 208 et s.

- interprétation de l'accord de transposition, 227, 228.
- loi applicable, 215 et s.
- qualification, 214.
- transposition, 211 et s.

Action positive en faveur des femmes, 326 et s.

Adages :

- nul n'a droit à une jurisprudence supranationale figée, 121.
- nul n'est censé ignorer la loi supranationale, 122 et s.

Âge :

- discrimination, 307 et s.
- principe général du droit de l'Union européenne, 313.

Aménagement raisonnable en faveur des personnes handicapées, 328 et s.

Ancienneté :

- préavis, 353.
- représentativité, 166, 290.
- sanction disciplinaire, 383.
- travail temporaire, 88.

Applicabilité :

- applicabilité directe, 152 et s.
- applicabilité indirecte, 169 et s.
- généralités, 152 et s.
- *V. aussi, Effet direct, Interprétation conforme.*

Arbitrage :

- accord-cadre transnational, 237, 259 et s.
- effet relatif, 259 et s.
- OIT, 260.

Armée, *V. Militaires.*

Articulation des normes :

- *via* l'outil hiérarchique, 150 et s.
- *via* l'outil interprétatif, 268 et s.
- *V. aussi, Hiérarchie des normes.*

Astreinte :

- Charte sociale européenne, 76, 179, 336.
- droit de l'Union européenne, 70, 336, 339 et s.
- temps intermédiaire, 77.

B

Biens :

- allocation, 39.
- espérance légitime, 39, 343.
- droit à un procès équitable, 43, 343.
- droit de propriété, 39.

- licenciement, 379.
- non-discrimination, 39.
- salaire, 39.

C

Catégorie professionnelle, 384.

Cession d'entreprise, *V. Transfert d'entreprise*.

Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs :

- force contraignante, 7.
- interprétation conforme, 163.

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne :

- applicabilité, 7, 158.
- conditions de travail justes et équitables, 63.
- défaut de mise en place des institutions représentatives du personnel, 174.
- effet direct, 158.
- information et consultation des travailleurs, 158, 161, 242.
- interprétation conforme, 163, 174.
- *lock-out*, 85.
- non-discrimination, 158.
- portée des droits garantis, 183.
- valeur juridique, 133.
- vie privée et familiale, 63.

Charte sociale européenne :

- articulation avec les autres traités, 186, 199.
- astreinte, 76, 179, 336.
- droit à des conditions de travail justes et équitables, 179.
- droit au travail, 158.
- effet direct, 52, 158.
- forfait jours, 70, 77, 336.
- généralités, 6.
- grève, 180, 198, 295.
- hygiène et sécurité, 158.
- information et consultation, 158.
- *lock-out*, 85.
- négociation collective, 158.
- non-régression, 91.
- orientation et formation professionnelle, 158.

Clause de domiciliation, 56.

Clause de non-concurrence, 158, 159.

Clause de non-régression :

- Constitution de l'OIT, 91.
- directives, 92.

Comité de la liberté syndicale, 290.

Comité d'entreprise européen :

- accord collectif, 264.
- circonstances exceptionnelles, 359.
- consultation, 353, 357 et s., 365 et s.
- expert, 358.
- information, 359, 366.
- personnalité civile, 248.

Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, 170.

Comité européen des droits sociaux :

- astreinte, 70.
- autorité, 76.
- flexibilité, 179, 198.
- forfait jours, 70.
- généralités, 6.
- grève, 180, 198, 295.
- non-régression, 91.

Comités des ministres du Conseil de l'Europe, 76.

Commission (européenne) :

- conflit avec le Conseil, 7.
- conflit avec les États, 7.
- conflit avec les partenaires sociaux, 7.
- création d'un cadre optionnel européen, 263.
- « transposition » d'accords collectifs, 7, 229.

Conditions de travail :

- compétence de l'OIT, 5.
- conditions de travail justes et équitables, 351.

Confédération européenne des syndicats :

- caractère intercatégoriel, 208.
- proposition de cadre optionnel européen, 274.
- proposition de protocole social, 44.

Conflit collectif, *V. Grève, Lock-out*.

Conflit de juridictions, *V. Jurisdiction compétente*.

Conflit de lois, *V. Loi applicable*.

Congé de maternité, 338.

Congés payés :

- accident, 121, 172 et s., 338.
- conditions d'ouverture, 79, 172 et s., 338.
- généralités, 337 et s.
- indemnités, 93, 338.
- maladie, 79, 172 et s., 338.
- principe de droit social communautaire, 161.
- report, 79, 121, 338.

Conseil constitutionnel :

- contrat « nouvelles embauches », 35.
- contrats aidés, 35.
- discrimination positive, 317.
- forfait jours, 35.
- refus du contrôle de conventionnalité, 32.
- transposition des directives, 200.

Conseil de l'Europe :

- développement des droits de l'homme, 40.
- généralités, 6.
- hiérarchie des normes, 184 et s.
- *V. aussi, Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Cour européenne des droits de l'homme, Charte sociale européenne, Comité européen des droits sociaux, Comité des ministres du Conseil de l'Europe.*

Conseil de prud'hommes (impartialité), 352.

Constitution :

- dualisme, 9.
- hiérarchie, 34, 200.
- interprétation des traités, 191.
- monisme, 9.
- obligation constitutionnelle de transposition des directives, 200.

- participation au droit de l'Union européenne, 34, 200 et s.
 - primauté des traités sur les lois, 32 et s., 152, 177, 200.
 - question prioritaire de constitutionnalité, 34.
 - Consultation des partenaires sociaux européens**, 208.
 - Consultation des représentants du personnel** :
 - Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 158, 161, 242.
 - Charte sociale européenne, 158.
 - comité d'entreprise européen, 354, 358 et s., 365 et s.
 - licenciement collectif, 364, 367, 369.
 - transfert d'entreprise, 364.
 - Consultation du comité d'entreprise européen** :
 - articulation avec la consultation des instances nationales, 365.
 - articulation avec la prise de décision, 367.
 - délai pour formuler un avis, 354, 358, 366.
 - Contrat de travail** :
 - information sur les aspects essentiels, 351.
 - juridiction compétente, 272 et s.
 - période d'essai, 137, 356.
 - Contrat « nouvelles embauches »** :
 - application dans le temps, 122 et s.
 - Commission d'experts de l'OIT, 156, 354.
 - conformité à la Constitution, 35.
 - Conseil d'État, 35, 354.
 - responsabilité de l'État, 133.
 - violation de la convention n° 158 de l'OIT, 35, 122, 354.
 - Contrôle de conventionnalité** :
 - Conseil constitutionnel, 32 et s.
 - juge ordinaire, 32 et s.
 - lien avec l'effet direct, 166 et s.
 - multiplication des sources de contrôle, 158.
 - *V. aussi, Applicabilité, Effet direct, Interprétation conforme.*
 - Convention collective** :
 - discrimination, 314 et s.
 - équivalence, 78.
 - forfait jours, 76, 115.
 - mise en cause, 8, 84, 280.
 - respect des normes supranationales, 87, 137.
 - respect du droit de l'Union européenne, 315.
 - Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** :
 - articulation avec les autres traités, 185.
 - Cour européenne des droits de l'homme, 6.
 - diffusion horizontale, 374.
 - droit à la vie, 6.
 - droit à un procès équitable, 110, 341 et s.
 - droit au respect de la vie privée, 40, 376, 389.
 - effet direct, 47, 374 et s.
 - généralités, 6.
 - indivisibilité des droits de l'homme, 6.
 - interprétation évolutive, 6, 40.
 - liberté de pensée, de conscience, de religion, 121, 376, 381, 389.
 - liberté d'expression, 376, 390.
 - liberté syndicale, 40, 288 et s., 376, 390.
 - marge d'appréciation, 91.
 - non-discrimination, 323, 376.
 - non-régression, 91.
 - preuve des atteintes, 70, 126 et s., 376, 389.
 - proportionnalité, 374.
 - proportionnalité privatisée, 127, 376.
 - société démocratique, 121.
 - substance des droits protégés, 91, 291, 390.
 - Convention de Vienne sur le droit des traités**, 192, 202.
 - « Conventionnalisation »**, 93.
 - Conventions de l'OIT** :
 - adhésion à un syndicat, 288.
 - dénonciation, 1, 87.
 - domaine, 5.
 - effet direct, 122, 165, 168.
 - *lex socialia*, 258.
 - liberté syndicale, 290.
 - maladie, 55.
 - motif valable de licenciement, 35, 122.
 - négociation collective, 242.
 - période d'essai, 137, 356.
 - possibilité pour le salarié de se défendre, 344.
 - préavis, 165.
 - santé et sécurité des travailleurs, 354.
 - travail de nuit des femmes, 87, 335.
 - Cour de justice de l'Union européenne** :
 - effet *erga omnes* des arrêts, 47, 121.
 - effet relatif des arrêts, 46.
 - généralité, 7.
 - interprétation téléologique, 303, 371.
 - positionnement, 386.
 - recours en manquement, 72.
 - renvoi préjudiciel, 195 et s.
 - renvoi préjudiciel en interprétation, 125, 197, 273.
 - renvoi préjudiciel en validité, 196.
 - volonté d'infléchir la jurisprudence, 44.
 - Cour européenne des droits de l'homme** :
 - arrêts rendus *in concreto*, 72.
 - contrôle de proportionnalité « vertical », 374.
 - contrôle de proportionnalité « privatisée », 376.
 - effet *erga omnes* des arrêts, 47, 121.
 - effet relatif des arrêts, 46.
 - interprétation évolutive, 6, 40.
 - positionnement, 387.
 - Crise économique** :
 - harmonisation, 7.
 - régression des législations, 91.
- ## D
- Décision** :
 - accord collectif de dimension européenne, 229.
 - Déclaration universelle des droits de l'homme** :
 - articulation avec les autres traités, 323.
 - effet direct, 161, 168, 323.
 - égalité de rémunération, 323.

Délai raisonnable :

- avis du comité d'entreprise européen, 358.
- durée du contentieux, 358.
- recours à un expert comptable, 358.

Délocalisation, 70.**Déplacement professionnel,** 39.**Détachement,** 1, 89, 296.**Dialogue social européen,** 7, 208 et s.**Différence de traitement :**

- application des directives, 102.
- discrimination, *V. ce mot.*
- égalité, *V. ce mot.*

Dignité, 350.**Dimanche,** 335.**Directive :**

- articulation avec les principes généraux du droit de l'Union, 79, 100, 161, 313.
- clause de non-régression, 92.
- délai de transposition, 75.
- dommages-intérêts, 133.
- effet direct, 79, 100 et s., 282 et s.
- effet utile, 275, 284, 363 et s.
- généralités, 7.
- hiérarchie, 386.
- identité constitutionnelle de la France, 200.
- inopposabilité, 134.
- interprétation conforme, *V. ce mot.*
- manquement, 75, 133.
- mise en œuvre, 92, 93.
- recours en manquement, 72.
- transposition, 75, 104, 170.
- transposition d'un accord-cadre européen, 229 et s.

Discrimination :

- action en justice, 110.
- âge, 307 et s.
- convention collective, 137, 314 et s.
- effet direct, 313.
- égalité de traitement, *V. ce mot.*
- exigence professionnelle, 308.
- discrimination « par association », 306, 364.
- discrimination « sans comparaison », 304.
- discrimination « sans victime », 305.
- généralités, 300 et s.
- handicap, 306, 328, 370.
- maladie, 328.
- nationalité, 39, 89.
- obésité, 328.
- orientation sexuelle, 313.
- preuve, 129, 302, 303 et s.
- race, 56.
- religion, 72.
- sanction, 106, 141.
- sexe, 312, 327.

Discrimination indirecte :

- généralités, 321 et s.
- handicap, 329.

Discrimination positive :

- égalité hommes-femmes, 327.

- généralités, 325 et s.
- handicap, 328, 391.

Doctrine Matter, 10, 32, 356.**Domicile :**

- clauses de domiciliation, 56.
- déplacement professionnel, 339.
- locaux professionnels, 40.

Droit à un procès équitable, *V. Procès équitable.***Droit comparé :**

- effet direct, 11.
- grève, 180, 291, 295 et s.
- intérêt, 72.
- obligation de sécurité, 333.

Droit de grève, *V. Grève.***Droit de lock-out,** *V. Lock-out.***Droit de l'Union européenne :**

- adhésion à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 183.
- articulation avec les autres traités, 183, 194 et s.
- cadre optionnel européen, 262 et s.
- Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, *V. ce mot.*
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *V. ce mot.*
- directive, *V. ce mot.*
- généralités, 6.
- immédiateté, 47.
- non-régression, 92 et s.
- notions autonomes, 39.
- ordre juridique propre et intégré, 183, 194.
- primauté, 47.
- principes généraux du droit de l'Union européenne, *V. ce mot.*
- règlement, *V. ce mot.*
- relevé d'office, 71, 292.
- *V. aussi, Union européenne.*

Droit de retrait, 354, 357.**Droits de la défense,** *V. Procès équitable.***Droits de l'homme,** *V. Droits fondamentaux.***Droits fondamentaux :**

- droit à l'emploi (non), 113.
- effet direct, 160.
- éloge, 31.
- nullité, 109 et s.

Dualisme, 9.**Durée du travail :**

- assimilation, 77.
- astreintes, *V. ce mot.*
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 334.
- Charte sociale européenne, 334.
- compte épargne temps, 338.
- congés payés, *V. ce mot.*
- définition du temps de travail, 39, 88.
- directive, 334.
- durée minimale de repos.
- durée maximale de travail, 101.

- durée raisonnable, 76, 101, 334.
- équivalence, *V. ce mot.*
- forfait jours, *V. ce mot.*
- généralités, 334 et s.
- pause, 284.
- repos, *V. ce mot.*
- révision de la directive n° 2003/88, 7, 340.
- temps de déplacement, 39.
- temps de garde, 339 et s.
- temps de travail (notion), 39, 88.
- transport routier, 92.
- travail de nuit, 87, 335.

E

Effectifs :

- contrats aidés, 35, 75, 364.
- travailleurs de moins de 26 ans, 364.

Effet direct :

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 158.
- Charte sociale européenne, 52, 158.
- conflits entre traités, 178, 190.
- convention de l'OIT, 122, 165, 168.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme, 47, 374 et s.
- critères, 155 et s.
- Déclaration universelle des droits de l'homme, 161, 168, 323.
- directive, 79, 100 et s., 282 et s.
- droits et obligations, 161.
- droits fondamentaux, 160.
- effet direct horizontal, 100 et s., 161.
- effet direct vertical, 161.
- généralités, 153 et s.
- identification, 162 et s.
- invocabilité de substitution, 102, 103 et s.
- invocabilité d'exclusion, 99 et s.
- lien avec le contrôle de conventionnalité, 166 et s.
- Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 158, 159.
- Principes généraux du droit de l'Union européenne, 133, 161.
- traité de Rome, 100, 155, 313.
- visa, 162 et s.

Effet utile :

- invocabilité des directives, 100 et s., 284.
- substance des directives, 275, 359, 363 et s.

Égalité des chances, 326 et s.

Égalité de traitement (hommes-femmes) :

- discrimination positive, 327.
- effet direct, 313.
- preuve des discriminations, 129.
- travail de nuit, 87, 335.

Égalité de traitement (nationaux-non nationaux), 87.

Égalité de traitement (non discriminatoire) :

- égalité de rémunération, 324.
- égalité hommes-femmes, 324.
- preuve, 324.

Employeur :

- applicabilité des directives, 79, 100 et s., 282 et s.
- application d'une convention collective irrégulière, 137 et s.
- application d'une loi irrégulière, 122, 133 et s., 147.
- coemploi, 272 et s.
- définition, 272 et s.
- détermination de la juridiction compétente, 272 et s.
- généralités, 270 et s.
- liberté de gestion, 379.
- maîtrise des normes supranationales, 121, 122, 133.
- nature de l'employeur, 277 et s.
- non contractuel, 275 et s.
- pouvoir de contrôle, 378.
- pouvoir de direction, 379.
- pouvoir de sanction, 110, 345, 380 et s.
- preuve des atteintes portées à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, 70, 126 et s., 376, 389.
- qualité de l'employeur, 270 et s.
- recours contre les partenaires sociaux, 137 et s.
- recours contre l'État, 133 et s.
- transfert d'entreprise, 275 et s.

Engagement unilatéral de l'employeur :

- qualification de l'accord-cadre international, 241, 250 et s.

Entrave à la libre circulation, 295.

Entreprise de dimension communautaire, 262 et s.

Équivalence :

- contentieux relatif à l'application de la loi dans le temps, 39, 93.
- contentieux relatif au temps de travail, 43, 78.
- survie du dispositif, 93, 339.

Espérance légitime, *V. Biens.*

Établissement :

- liberté d'établissement, *V. ce mot.*
- notion, 128.

État :

- démembrement de l'État, 283.
- État employeur, 283.
- irrégulières, 142.
- marge d'appréciation, 106, 311, 318, 376.
- protection nationale renforcée, 82 et s., 86 et s.
- responsabilité du fait de l'adoption de lois irrégulières, 133 et s., 203.
- responsabilité du fait de l'extension et de l'élargissement de conventions régression du niveau de protection, 91.
- subsidiarité, 7, 37.

État de santé, *V. Santé.*

F

Fichiers et messages personnels, 53, 84.

Fonctionnaire :

- grève, 291.

Forfait-jours :

- accord collectif, 141, 336.
- Comité européen des droits sociaux, 35, 70, 179, 336.
- Conseil constitutionnel, 35.
- interprétation conforme, 52, 71, 179, 336.
- nullité, 71, 115.
- privation d'effet, 114 et s.
- rémunération équitable, 352.

G

Garde :

- temps de travail, 339 et s.

Grève :

- Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 288.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme, 295.
- fonctions d'autorité, 291.
- forces armées, 291.
- généralités, 294 et s.
- libertés économiques, 70, 296, 386.
- *lock-out*, 297 et s.
- motifs d'intérêt général, 296.
- preuve, 296.
- principe général du droit de l'Union européenne, 297.
- proportionnalité, 295 et s., 386.
- proposition de règlement, 44.
- revendications, 294 et s., 359.
- sécurité, 333.
- traité de Rome, 38.

Grossesse, 337.

Groupe de dimension communautaire, 262 et s.

Groupe de dimension transnationale, 234 et s.

- *V. aussi*, *Accord conclu par des groupes transnationaux*.

H

Handicap :

- aménagement raisonnable, 328.
- discrimination par association, 306.
- effet direct (non), 313.
- maladie, 328, 370.
- obésité, 328, 370.

Harcèlement :

- preuve, 129.

Harmonisation :

- par le biais d'accords-cadres transnationaux, 14, 235.
- par le biais du droit de l'Union européenne, 7, 37, 39.

Hiérarchie des normes :

- conflit entre la Constitution et le traité, 34, 35.
- conflit entre la loi et le droit de l'Union européenne, 105.

- conflit entre la loi et le traité, 32 et s.
- conflit entre traités, 70, 178 et s., 335 et s.
- conflit entre traités dans l'ordre juridique français, 188 et s.
- conflit entre traités dans l'ordre juridique international, 182 et s.
- *V. aussi*, *Contrôle de conventionnalité*, *Primauté*.

Hygiène, *V. Sécurité*.

I

Impartialité :

- impartialité objective, 341.
- impartialité subjective, 341, 352.

Indemnité :

- de congés payés, 93, 337.
- de préavis, 165.

Influence :

- définition, 8.
- groupes transnationaux, 255.
- influence « dialectique », 11 et s.
- influence « éthique », 13 et s.
- influence « juridique », 9 et s, 272 et s.
- organisations syndicales transnationales, 226.

Information :

- comité d'entreprise européen, 359, 366.
- salariés individuellement, 75, 104.

Institutions représentatives du personnel, *V.*

Représentation du personnel, *Consultation des représentants du personnel*.

Intérêt général :

- grève, 296.
- libre prestation de services, 89.
- preuve des atteintes portées à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, 376.
- rétroactivité, 43, 78, 343.

Intérim, *V. Travail temporaire*.

Interprétation conforme, 104, 169 et s.

Interprétation évolutive, 6, 40.

Interprétation téléologique, 303, 371.

Invocabilité :

- de réparation, 100, 133.
- de substitution, 102.
- d'exclusion, 99 et s.
- d'interprétation conforme, 100.
- *V. aussi*, *Applicabilité*, *Effet direct*, *Interprétation conforme*.

J

Journée de solidarité, 352.

Juge :

- bouche de la loi supranationale, 12, 21, 60.
- contrôle de conventionnalité, 32 et s.
- émancipation, 33, 56, 110.
- relevé d'office, 71, 292.

- résistance, 60, 77.
- respect de l'œuvre du législateur, 173, 292.

Juridiction compétente :

- contrat de travail, 272 et s.
- responsabilité de la société mère, 274.

Jurisprudence :

- rétroactivité, 121, 171.
- rôle, 15, 51.

« **Justiciabilité minimale** », 100, 163.

L

Lex socialia, 257 et s.

Liberté de religion, *V. Religion*.

Liberté d'établissement, 70, 131.

Liberté d'expression, 376, 390.

Liberté syndicale :

- généralités, 288 et s.
- loi du 20 août 2008, 290.
- militaires, 291.
- obligation d'adhérer à un syndicat, 375.
- preuve des restrictions, 390.

Libertés fondamentales, *V. Droits fondamentaux*.

Libre circulation des travailleurs, 87.

Libre prestation de services, 70, 89, 131.

Licenciement :

- accord de maintien de l'emploi, 20, 39.
- coemploi, 272 et s.
- consultation des représentants du personnel, 364, 367, 369.
- directive, 39, 367, 369.
- griefs, 344.
- indemnité de congés, 93, 338.
- indemnité de préavis, 165.
- motif économique, 20, 39.
- motif valable, 122.
- notion, 39.
- nullité, 107 et s.
- préavis, 351, 354.
- privation d'effet, 84, 113.
- procès équitable, 110.
- proportionnalité, 379 et s.
- remboursement des allocations de chômage, 342.
- résiliation conventionnelle, 172.
- seuil d'effectifs, 364.
- transfert d'entreprise, 113, 281.

Lock-out :

- Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, 298.
- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 85.
- Charte sociale européenne, 85, 297.
- généralités, 297 et s.
- preuve, 299.
- traité de Rome, 297.
- valeur, 85.

Loi :

- critique, 30.
- rétroactivité, 43, 78, 343.
- supranationale, 122.

Loi applicable :

- accord-cadre européen, 214 et s.
- accord-cadre transnational, 237 et s.
- contrat de travail, 272.
- responsabilité de la société mère, 274.
- responsabilité des signataires de l'accord-cadre vis-à-vis des tiers, 249.

M**Maladie :**

- congés, 79, 172 et s., 338.
- discrimination, 328.
- licenciement, 55.
- lien avec le handicap, 328, 370.

Manquement, *V. Recours en manquement*.

Maternité :

- congés, 338.
- discrimination, 327.

Militaires, 291.

Monisme, 9.

N**Négociation collective :**

- Charte sociale européenne, 158.
- Convention de l'OIT, 242.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 288.
- égalité de traitement, 137, 318.
- traité de Rome, 242.

Normes supranationales :

- définition, 3, 4.
- identification, 5 et s.

Notions autonomes :

- autonomie de l'entité économique, 39.
- domicile, 40.
- droit de propriété, 39.
- droits et obligations de caractère civil, 39.
- employeur, 273.
- généralités, 39.
- licenciement, 39.
- temps de travail, 39, 52, 88.
- vie privée, 40.

Nullité :

- accord signé entre organisations syndicales transnationales, 218.
- accord signé par des groupes transnationaux, 248.
- causes, 113.
- forfait-jours, 71, 115.
- généralités, 106 et s.
- licenciement, 107 et s.
- virtuelle, 107 et s.

O

Obésité, 328, 370.

Ordre juridique :

- dualisme, 9.
- indépendance des ordres juridiques supranationaux, 70, 182 et s.
- monisme, 9.
- ordre juridique propre et intégré de l'Union, 183, 194, 201.

Ordre public :

- atteinte à la libre circulation, 43.
- européen, 264.
- international, 109.
- licenciement, 108 et s.

Organisation internationale du travail :

- articulation avec les autres traités, 187.
- Comité de la liberté syndicale, 290.
- Commission d'experts, 354.
- compétences, 5.
- convention de l'OIT, *V. ce mot*.
- convention n° 158, 55.
- convention n° 89, 87.
- généralités, 5.
- *lex socialia*, 258 et s.
- régression, 91.

Organisations syndicales transnationales :

- accord signé entre organisations syndicales européennes, *V. ce mot*.
- accord signé entre organisations syndicales internationales, *V. ce mot*.
- généralités, 208 et s.
- négociation intersectorielle, 208.
- négociation sectorielle, 208.
- organisations syndicales d'employeurs, 208.
- organisations syndicales de salariés, 208.
- personnalité civile, 218, 248.
- représentativité, 208.
- statuts, 222 et s.

Orientation sexuelle, 87, 113.

Origine (égalité de traitement), 87.

P

Pacte international relatif aux droits civils et politiques :

- effet direct, 168.
- non-discrimination, 168.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels :

- droit de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté, 158, 159.
- effet direct, 158 et s.

Partenaires sociaux nationaux :

- respect du droit de l'Union européenne, 314 et s.
- responsabilité, 137 et s.
- éventuellement : distinguer entre :
1) employeur tiers fautif, et 2) employeur contractant fautif, 143 et s.

Partenaires sociaux transnationaux, V. Organisations syndicales transnationales, Consultation des partenaires sociaux européens.

Pause, 284.

Période d'essai, 137, 356.

Personnalité civile :

- comité d'entreprise européen, 248.
- organisations syndicales transnationales, 218, 248.

Plan de sauvegarde de l'emploi :

- égalité, 308, 309, 317.
- licenciement, 172.

Précédent (jurisprudentiel), 45 et s., 355.

Preuve :

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme, 70, 126 et s., 376, 389.
- discrimination, 129, 302, 303 et s.
- égalité de traitement (non discriminatoire), 324.
- grève, 296.
- harcèlement, 129.
- liberté syndicale, 390.
- *lock-out*, 299.
- loyauté, 341.
- section syndicale, 342.

Primauté :

- applicabilité des directives, 102.
- effectivité, 161.
- jurisprudence, 59.
- traités, 32 et s.
- *V. aussi, Hiérarchie des normes*.

Principe de droit social communautaire, 161.

Principes généraux du droit de l'Union européenne :

- articulation avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 161.
- articulation avec les directives, 79, 100, 161, 313.
- effet direct, 133, 161.
- grève, 297.
- identification, 161.
- non-discrimination en fonction de l'âge, 100, 158, 312.
- valeur, 183.

Procès équitable :

- accès au juge, 124, 341, 343.
- action en justice, 110, 130, 345.
- durée de la procédure, 358.
- égalité des armes, 110, 341, 344, 345.
- entretien préalable, 344.
- généralités, 341 et s.
- impartialité objective, 341.
- impartialité subjective, 341, 352.
- loyauté de la preuve, 341.
- respect du contradictoire, 342.
- rétroactivité, 43, 124.

Proportionnalité :

- contrôle de proportionnalité privatisée, 127, 374, 376.
- contrôle de proportionnalité « vertical », 374, 375.

- discrimination, 311 et s.
- généralités, 372 et s.
- grève, 295 et s., 386.
- mise en balance des intérêts, 126 et s.
- pouvoir de contrôle, 378.
- pouvoir de direction, 379.
- pouvoir de sanction, 380 et s.

Protection nationale renforcée, 82 et s., 86 et s.

Q

Question préjudicielle, *V. Recours en interprétation*.

Question prioritaire de constitutionnalité, 34.

R

Race, 56.

Rapport annuel de la Cour de cassation :

- faute lourde privative des droits à congés payés, 93, 337.
- forfait jours, 114.
- information directe des salariés sur le transfert d'entreprise, 75.
- rôle de la Cour de cassation, 21, 46.
- technique de l'effet direct, 168.

Réclamations collectives, 6.

Recommandation de l'OIT, 55.

Recours en appréciation de validité :

- articulation des normes, 183, 196.
- portée, 47.

Recours en interprétation :

- articulation des normes, 197.
- portée, 47.

Recours en manquement, 72.

Règlement :

- effet direct, 133, 384.

Régression (du niveau de protection), 91 et s.

Religion :

- activité de l'entreprise, 381.
- discrimination, 72.
- nature des fonctions, 381.
- restrictions, 388.
- tenue vestimentaire, 121.

Rémunération, *V. Salaire*.

Rémunération équitable :

- accord de maintien de l'emploi, 352.
- forfait jours, 352.
- journée de solidarité, 352.
- niveau de vie décent, 351.
- préavis, 351.
- travail en prison, 352.

Repos :

- astreintes, *V. ce mot*.
- compte épargne-temps, 338.
- définition, 340.
- forfait jours, *V. ce mot*.

- repos dominical, 336.
- repos hebdomadaire, 76.

Représentation collective, *V. Représentation du personnel, Syndicat*.

Représentation du personnel :

- comité d'entreprise européen, 264.
- consultation, 364, 369.
- défaut de mise en place, 174.
- information individuelle des salariés, 35, 75.
- licenciement collectif, 364.
- seuil d'effectif, 35, 75.
- transfert d'entreprise, 170.

Représentativité syndicale, *V. Syndicat*.

Respect des biens, *V. Biens*.

Responsabilité :

- employeur, 118 et s.
- État, 133 et s., 203.
- partenaires sociaux, 137 et s.

Responsabilité sociale d'entreprise, 234.

Retraite :

- convention collective, 314 et s.
- loi, 310 et s.

Rétroactivité :

- généralités, 343.
- jurisprudence, 121, 343.
- loi, 43, 78, 343.

S

Salaire :

- bien, 39.
- égalité, 351.
- heures supplémentaires, 351.
- rémunération équitable, 351.
- retenues, 351.

Sanction :

- effectivité, 106.
- proportionnalité, 380 et s.

Santé :

- discrimination, 55.
- discrimination indirecte, 321.
- forfait jours, 114.
- généralités, 332 et s.
- justification des atteintes portées à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, 376, 389.
- mesures positives, 328.

Sécurité :

- conditions de travail équitables, 351.
- droit de retrait, 357.
- généralités, 332 et s.
- justification des atteintes portées à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, 376, 389.
- obligation de sécurité de résultat, 21, 333.
- rayonnements ionisants, 354.
- travail de nuit, 87.
- travail temporaire, 332.

Sécurité juridique :

- frontières de l'interprétation conforme, 121, 173.
- loi inConventionnelle, 66, 122, 133.
- objective, 122.
- rétroactivité, 124, 343.
- subjective, 122.
- *V. aussi, Procès équitable.*

Séparation des pouvoirs :

- applicabilité directe, 156.
- censure, 43.

Sexe, *V. Égalité de traitement, Discrimination.*

Subsidiarité, 7, 37.

Syllogisme :

- contrôle de conventionnalité, 168.
- justification des atteintes par l'employeur, 127, 128.
- nullité du forfait-jours, 114.

Syndicat :

- adhérents, 342.
- liberté syndicale, *V. ce mot.*
- militaires, 291.
- personnalité civile, 218, 248.
- représentativité dans l'ordre européen, 208.
- représentativité dans l'ordre interne, 166, 290.
- responsabilité, 137, 218.
- *V. aussi, Accord signé entre organisations syndicales européennes, Accord signé entre organisations syndicales internationales, Organisations syndicales transnationales.*

T

Temps de travail, *V. Durée du travail.*

Traité :

- conflits, 176 et s.
- effet direct, 133, 155.
- primauté, 32.

Transfert d'entreprise :

- consultation des représentants du personnel, 364.
- contrat de bail, 367.
- convention collective, 84, 280.
- directive, 371.
- employeur non contractuel, 275.
- entité économique autonome, 39, 60.

- entreprise publique, 278 et s., 371.
- identité, 367.
- information directe des salariés, 75.
- licenciement, 113.
- lien de droit, 171.
- opposition des salariés, 367.
- perte de marché, 77, 371.
- prestation de services, 60, 77.
- représentants des travailleurs, 170.

Transposition, *V. Directives.*

Travail de nuit, 87, 335.

Travail forcé, 6, 352.

Travail pénitentiaire, 352.

Travail temporaire :

- sécurité, 332.
- temps de travail, 88.

Travailleur :

- libre circulation, 87.

U

Union européenne :

- adhésion à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, 183.
- baromètre, 1.
- compétences, 38.
- construction, 7.
- directive, *V. ce mot.*
- ordre juridique propre et intégré, 183, 194.
- règlement, *V. ce mot.*
- *V. aussi, Droit de l'Union européenne.*

V

Vie privée :

- adhérents d'un syndicat, 341.
- clause de domiciliation, 56.
- fichiers et messages personnels, 53, 84.
- restrictions, 389.
- vie privée sociale, 62, 379.

Visa (arrêts de la Cour de cassation) :

- effet direct, 162 et s.
- fonction, 58 et s.

Visite médicale, 55.

Voies de recours, 342.

Table des matières

Remerciements.....	IX
Liste des abréviations.....	XI
Préface.....	XV
Introduction.....	1
I. – Des normes supranationales.....	1
A. – Définition des normes supranationales.....	1
B. – Identification des normes supranationales.....	2
II. – L'influence des normes supranationales.....	5
A. – L'influence « juridique ».....	6
B. – L'influence « dialectique ».....	7
C. – L'influence « éthique ».....	7
III. – L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail.....	8
A. – L'influence sur les notions.....	8
B. – L'influence sur les méthodes.....	9
C. – L'influence sur les comportements.....	10

PREMIÈRE PARTIE

LA DÉSORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL

Titre 1 : LA DÉSORGANISATION DU MODÈLE FRANÇAIS DU TRAVAIL

Chapitre 1 : LE DÉCLIN DE L'AUTORITÉ DE LA LOI EN DROIT DU TRAVAIL.....	17
Section 1 : L'AFFAIBLISSEMENT DE L'AUTORITÉ DE LA LOI.....	17
§ 1. – Consentement à l'affaiblissement de l'autorité de la loi.....	17
I. – La doctrine.....	17
II. – Le juge.....	18
III. – Le constituant.....	20
§ 2. – Encouragement à l'affaiblissement de l'autorité de la loi.....	22
Section 2 : L'ALTÉRATION DE L'AUTORITÉ DE LA LOI.....	27
§ 1. – Recul de la loi.....	27
§ 2. – Promotion de la jurisprudence.....	30
Chapitre 2 : LE DÉCLIN DE LA STABILITÉ DE LA LOI EN DROIT DU TRAVAIL.....	35
Section 1 : L'INTERPRÉTATION DE LA LOI.....	35
§ 1. – Caractères de l'interprétation.....	36
§ 2. – Conséquences de l'interprétation.....	37
Section 2 : L'INSTRUMENTALISATION DE LA LOI.....	39
§ 1. – Instrumentalisation offensive.....	39
§ 2. – Instrumentalisation défensive.....	40

Titre 2 : LA DÉSORGANISATION DE LA NORME FRANÇAISE DU TRAVAIL

Chapitre 1 : L'ORIGINE DE LA DÉSORGANISATION DE LA NORME FRANÇAISE DU TRAVAIL.....	47
Section 1 : LE RETARD DU DROIT FRANÇAIS.....	47

§ 1. – Manifestations du retard.....	47
§ 2. – Appréhension du retard.....	52
I. – Retard choisi.....	52
A. – Choix de l'inaction.....	52
B. – Choix de l'action.....	54
II. – Retard subi.....	55
Section 2 : L'AVANCE DU DROIT FRANÇAIS.....	58
§ 1. – Vues de l'avance.....	58
I. – Intérêt du salarié.....	58
II. – Intérêt du marché.....	60
§ 2. – Suites de l'avance.....	62
Chapitre 2 : LE TRAITEMENT DE LA DÉSORGANISATION DE LA NORME FRANÇAISE DU TRAVAIL.....	67
Section 1 : LE SORT DE LA NORME FRANÇAISE IRRÉGULIÈRE.....	67
§ 1. – Sort de la norme étatique.....	67
I. – Exclusion de la norme étatique par la norme supranationale.....	68
II. – Substitution de la norme supranationale à la norme étatique.....	72
§ 2. – Sort de la norme privée.....	75
I. – Développement de la nullité.....	76
II. – Refoulement de la nullité.....	81
A. – Contournement de la nullité.....	81
B. – Exclusion de la nullité.....	87
Section 2 : LE SORT DE L'UTILISATEUR DE LA NORME FRANÇAISE IRRÉGULIÈRE.....	89
§ 1. – Un engagement de responsabilité ?.....	89
I. – Droit transitoire.....	90
II. – Droit probatoire.....	94
§ 2. – Un partage de responsabilité ?.....	100
I. – Partage de la responsabilité avec l'État.....	100
II. – Partage de la responsabilité avec les partenaires sociaux.....	104
A. – L'employeur tiers fautif.....	105
B. – L'employeur contractant fautif.....	109

DEUXIÈME PARTIE

LA RÉORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL**Titre 1 : LA RÉORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL
PAR LA HIÉRARCHISATION DES NORMES**

Chapitre 1 : LA PLACE DE LA LOI SUPRANATIONALE DANS LA HIÉRARCHIE.....	115
Section 1 : L'APPLICABILITÉ DE LA LOI SUPRANATIONALE, ADJUVANT DE LA HIÉRARCHIE.....	115
§ 1. – Dérives de l'applicabilité directe.....	116
§ 2. – Dérives de l'applicabilité indirecte.....	130
Section 2 : LE CONFLIT ENTRE LOIS SUPRANATIONALES, EXPRESSION DE L'ABSENCE DE HIÉRARCHIE ...	136
§ 1. – Représentation du conflit.....	136
§ 2. – Résolution du conflit.....	139
I. – Résolution du conflit dans l'ordre juridique supranational.....	139
II. – Résolution du conflit dans l'ordre juridique national.....	143

A. – Méthode générale.....	143
B. – Méthode spéciale.....	144
Chapitre 2 : LA PLACE DU CONTRAT SUPRANATIONAL DANS LA HIÉRARCHIE.....	151
Section 1 : LA PLACE DU CONTRAT SIGNÉ ENTRE ORGANISATIONS SYNDICALES TRANSNATIONALES.....	152
§ 1. – Transposition autonome du contrat.....	155
I. – Conduite du processus de transposition.....	155
A. – <i>Hard law</i>	155
B. – <i>Soft law</i>	161
II. – Résultat du processus de transposition.....	162
§ 2. – Transposition institutionnelle du contrat.....	163
Section 2 : LA PLACE DU CONTRAT SIGNÉ PAR DES GROUPES TRANSNATIONAUX.....	164
§ 1. – Loi nationale.....	166
I. – Une loi nationale.....	166
A. – Détermination de la loi nationale.....	166
B. – Application de la loi nationale.....	170
II. – Des lois nationales.....	176
§ 2. – Loi transnationale.....	177
I. – Loi sociale internationale.....	177
II. – Loi sociale européenne.....	180
 Titre 2 : LA RÉORGANISATION DU DROIT FRANÇAIS DU TRAVAIL PAR L'INTERPRÉTATION DES NORMES 	
Chapitre 1 : LA DÉFINITION DES NORMES, INSTRUMENT DE L'INTERPRÉTATION.....	187
Section 1 : L'EMPLOYEUR.....	187
§ 1. – Qualité d'employeur.....	188
I. – Droit processuel.....	188
II. – Droit substantiel.....	190
§ 2. – Nature de l'employeur.....	192
I. – Application des normes.....	192
II. – Applicabilité des normes.....	195
Section 2 : L'EMPLOI.....	197
§ 1. – Liberté.....	198
I. – Consolidation.....	198
II. – Restauration.....	201
§ 2. – Égalité.....	206
I. – Protection de l'égalité.....	207
A. – Identification des différences de traitement.....	208
B. – Justification des différences de traitement.....	210
II. – Promotion de l'égalité.....	218
A. – Promotion passive.....	218
B. – Promotion active.....	221
§ 3. – Sécurité.....	226
I. – Sécurité du corps.....	226
A. – Espace.....	226
B. – Temps.....	229

II. – Sécurité de l'âme.....	236
Chapitre 2 : LA CONCILIATION DES NORMES, MOTEUR DE L'INTERPRÉTATION.....	243
Section 1 : LES OUTILS PHILOSOPHIQUES DE LA CONCILIATION.....	243
§ 1. – L'équitable.....	243
§ 2. – Le raisonnable.....	246
I. – Nature du raisonnable.....	246
II. – Portée du raisonnable.....	250
Section 2 : LES OUTILS INFRA-PHILOSOPHIQUES DE LA CONCILIATION.....	252
§ 1. – L'utile.....	252
I. – Vues de l'utile.....	252
II. – Limites de l'utile.....	257
§ 2. – Le proportionnel.....	259
I. – Le proportionnel, outil de régulation des comportements.....	259
A. – Figures de la proportionnalité.....	259
B. – Emplois de la proportionnalité.....	263
II. – Le proportionnel, outil de diffusion des valeurs.....	266
A. – Inclination ?.....	266
B. – Hiérarchisation.....	268
Conclusion générale.....	273
Bibliographie.....	275
Index alphabétique.....	303

L'influence des normes supranationales sur le droit français du travail

Nul n'est censé ignorer la loi... même supranationale. La « censure » des dispositions relatives au contrat « nouvelles embauches » l'a vigoureusement démontré. Des normes supranationales, l'influence n'a jamais été aussi forte : elles couvrent progressivement l'ensemble des compartiments du droit français du travail. Tous les acteurs, publics et privés, doivent porter leur regard au-delà du cadre hexagonal. Un but est affiché : maîtriser la diffusion des normes supranationales, sans laquelle il n'est point d'adhésion de leurs destinataires, et appréhender les transformations du droit français du travail auxquelles elles conduisent. De nouveaux instruments doivent, à cet effet, être forgés.

Cet ouvrage permet un examen minutieux des techniques d'articulation entre le droit français du travail et les normes européennes et internationales concernant cette discipline. Il propose également une approche critique de l'utilisation des normes européennes et internationales en matière de droit du travail. L'auteur, Charles Guyon, présente des outils permettant de maîtriser, voire d'anticiper, les évolutions du droit français du travail sous influence des normes supranationales.

L'auteur

CHARLES GUYON, docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

***Planète Social** est un fonds de dotation qui a pour objet principal, d'une part, de promouvoir les bonnes pratiques sociales pour favoriser le développement économique, social et de l'emploi des entreprises industrielles de toutes tailles au niveau national et international, d'autre part, de favoriser en partenariat avec l'Université, les Grandes Écoles et la recherche, le développement d'une culture managériale qui intègre la dimension humaine et sociale au cœur de la stratégie des entreprises.*

VB400601
Prix : 42 €
EAN : 978-27110-2477-3
www.lexisnexis.fr



Couverture : LCG Concepts

