

UNIVERSITE DE PARIS OUEST - NANTERRE - LA DEFENSE

UFR DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES – ED 141



**L'EUROPÉANISATION DU DROIT NATIONAL.
LE CAS DES CONTRATS CONCLUS PAR LE CONSOMMATEUR
ET LE TRAVAILLEUR**

Thèse pour le doctorat en Droit

présentée et soutenue publiquement le 3 décembre 2014

par

Madame Eva THÉOCHARIDI

Membres du jury

Monsieur Jean-Sylvestre BERGE (directeur de recherche)
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

Monsieur Pascal LOKIEC
Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Madame Elise POILLOT
Professeur à l'Université du Luxembourg

Madame Sophie ROBIN-OLIVIER (rapporteur)
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Paris I)

Madame Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (rapporteur)
Professeur à l'Université Saint-Quentin-en-Yvelines

L'Université de Paris Ouest - Nanterre – La Défense n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

REMERCIEMENTS

Au moment où ce travail s'achève, je ne peux qu'adresser mes remerciements les plus sincères à tous ceux qui m'ont accompagnée tout au long de ce périple. Si la préparation d'une thèse est censée être un travail austère et solitaire, c'est grâce à leur présence, leur soutien et leurs conseils que j'ai pu la mener à terme.

Mes remerciements vont tout d'abord au Professeur Jean-Sylvestre Bergé, qui a dirigé mes recherches pendant toutes ces années avec patience, rigueur et enthousiasme. Il a su me soutenir et être constamment présent par ses conseils et sa confiance malgré les distances géographiques.

Ce travail n'aurait pu voir le jour sans l'amitié et l'indéfectible soutien des enseignants nanterrois –au sens large du terme– qui, à l'UFR de droit comme au CEJEC, ont nourri mes réflexions, apporté leurs jugements, m'ont soutenue lors des moments de frustration et de déception et ont eu le courage et la gentillesse de relire et corriger les premières versions de mon texte : Jérôme Porta, Laurence Sinopoli, Marjolaine Roccati, Myriam Benlolo-Carabot, Augustin Boujeka, Ismaël Omarjee et Josépha Dirringer.

Je tiens également à remercier toutes les institutions –directions et personnels- qui ont apporté leur concours à cette entreprise. Il faut à cet égard mentionner avant tout le soutien financier substantiel de l'Académie d'Athènes et de la Fondation des bourses d'Etat en Grèce qui fut fondamental pour ne pas interrompre la recherche. L'Institut suisse de droit comparé à Lausanne ainsi que les Archives historiques du Conseil et de la Commission européens à Bruxelles, et notamment de la DG Transparence, m'ont permis d'effectuer des recherches qui ont nourri cette étude. Je suis tout autant reconnaissante aux membres de l'Unité « Droit de la consommation et du marketing » de la DG SANCO qui m'ont donné l'occasion de suivre de l'intérieur le processus décisionnel européen.

Il serait impossible de ne pas mentionner mes amies doctorantes Laila Chemam, Anne-Céline Roque, Lola Isidro, Constantina Chatzilaou, Barbara Gomes, Léonor Jandard et Constantina Masgala qui, à Nanterre ou ailleurs, m'ont précieusement épaulée, notamment pendant la difficile période de la fin de la rédaction.

Ma gratitude, enfin, s'adresse à ma famille et, surtout, à Constantin pour son affection et son amour quasi-inconditionnels.

Puissent-ils tous trouver à travers ces lignes la marque de mon infinie reconnaissance.

Paris, le 22 octobre 2014

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>A.J.D.A.</i>	<i>L'actualité juridique Droit administratif</i>
<i>ALD</i>	<i>Actualité législative Dalloz</i>
<i>art.</i>	<i>article</i>
<i>Ass. Plén.</i>	<i>Assemblée Plénière de la Cour de Cassation</i>
<i>Cass. civ. 1^{ère}</i>	<i>Première chambre civile de la Cour de cassation</i>
<i>Cass. civ. 2^{ème}</i>	<i>Deuxième chambre civile de la Cour de cassation</i>
<i>Cass. civ. 3^{ème}</i>	<i>Troisième chambre civile de la Cour de cassation</i>
<i>Cass..</i>	<i>Section civile de la Cour de cassation</i>
<i>Cass. com.</i>	<i>Chambre commerciale de la Cour de cassation</i>
<i>Cass. crim.</i>	<i>Chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>Cass. soc.</i>	<i>Chambre sociale de la Cour de cassation</i>
<i>CCC</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>
<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
<i>CE</i>	<i>Conseil d'État</i>
<i>Chron.</i>	<i>Chronique</i>
<i>CMLR</i>	<i>Common Market Law Review</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D.H.</i>	<i>Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (avant 1941)</i>
<i>dir.</i>	<i>Sous la direction de</i>
<i>D.P.</i>	<i>Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (avant 1941)</i>
<i>Dr. ouvr.</i>	<i>Droit ouvrier</i>
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>éd.</i>	<i>Edition</i>
<i>ed</i>	<i>Editor</i>
<i>eds</i>	<i>Editors</i>
<i>EErgD</i>	<i>Revue de droit social (périodique hellénique)</i>
<i>ELJ</i>	<i>European Law Journal</i>
<i>ELR</i>	<i>European Law Review</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>La Gazette du Palais</i>
<i>ICLQ</i>	<i>International & Comparative Law Quarterly</i>
<i>IJLLIR</i>	<i>International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations</i>
<i>JCI</i>	<i>JurisClasseur</i>
<i>JCP E</i>	<i>La Semaine Juridique édition Entreprise et Affaires</i>
<i>JCP G</i>	<i>La Semaine Juridique édition Générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>La Semaine Juridique édition Notariale et Immobilière</i>
<i>JCP S</i>	<i>La Semaine Juridique édition Sociale</i>
<i>JO</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JOCE</i>	<i>Journal officiel des Communautés Européennes</i>
<i>JOUE</i>	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
<i>JZ</i>	<i>JuristenZeitung</i>
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
<i>JTT</i>	<i>Journal des tribunaux du travail</i>
<i>not.</i>	<i>notamment</i>
<i>NZA</i>	<i>Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht</i>
<i>op.cit.</i>	<i>opera citata</i>
<i>p.</i>	<i>page</i>
<i>RAE</i>	<i>Revue des affaires européennes / Law and European Affairs</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil de jurisprudence de la Cour de Justice</i>
<i>Rev. droit de l'U.E.</i>	<i>Revue du droit de l'Union européenne</i>

<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDT</i>	<i>Revue de droit du travail</i>
<i>RJS</i>	<i>Revue de jurisprudence sociale</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RMC</i>	<i>Revue du Marché Commun et de l'Union européenne</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de sciences criminelles</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>s.</i>	<i>suivants</i>
<i>TCE</i>	<i>Traité instituant la Communauté Européenne</i>
<i>TCEE</i>	<i>Traité instituant la Communauté Economique Européenne</i>
<i>TFUE</i>	<i>Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne</i>
<i>TUE</i>	<i>Traité sur l'Union Européenne</i>
<i>v.</i>	<i>voir</i>

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	5
TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.....	7
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	13
PARTIE I: LA PARTICIPATION DU DROIT NATIONAL A L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN	35
TITRE I: RETOUR SUR LA CONCEPTION DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR EN DROIT NATIONAL.....	37
CHAPITRE I : LA PROTECTION DES CONTRACTANTS FAIBLES.....	41
CHAPITRE II : L'ELABORATION DE MECANISMES DIFFERENTS DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE.....	85
CONCLUSION DU TITRE I.....	127
TITRE II: L'INFLUENCE NATIONALE SUR L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN....	131
CHAPITRE I : LES MODES D'INFLUENCE NATIONALE : UN PROCESSUS INHERENT AU SYSTEME DECISIONNEL EUROPÉEN	135
CHAPITRE II : LES MARQUES DE LA PARTICIPATION DU DROIT NATIONAL À L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN.....	199
CONCLUSION DU TITRE II	239
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	241
PARTIE II: LA MISE EN OEUVRE DU DROIT EUROPÉEN DANS LE CONTEXTE NATIONAL.....	243
TITRE I: L'EMERGENCE DU MODELE EUROPEEN DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR	245
CHAPITRE I : L'ELABORATION D'UN MODELE DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR PROPRE AU DROIT EUROPEEN	249
CHAPITRE II : LES MECANISMES DE REALISATION DU MODELE EUROPEEN	319
CONCLUSION DU TITRE I.....	389
TITRE II: LA RECEPTION DU MODELE EUROPEEN DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL	391
CHAPITRE I : LES INFLUENCES EUROPEENNES SUR LE MODELE NATIONAL.....	395
CHAPITRE II : LES ACTEURS DE LA RECEPTION DU DROIT EUROPEEN	463
CONCLUSION DU TITRE II	553
CONCLUSION DE LA PARTIE II	555
CONCLUSION GENERALE.....	557
BIBLIOGRAPHIE.....	561
INDEX.....	641
TABLE DES MATIERES.....	647

*« L'Union n'est pas naturelle aux hommes.
La nécessité les y pousse, les règles les y maintiennent ».*
Jean MONNET

INTRODUCTION

« L'intrication du droit communautaire et du droit national est telle que l'on ne saurait connaître l'un sans l'autre ; qu'il n'est plus possible d'étudier tel droit national ou telle partie d'un droit national dans l'ignorance du droit communautaire. Autrement dit, méconnaître le droit communautaire revient à mal connaître son droit national »¹. Se pencher sur le processus d'eupéanisation du droit national, sur les mutations qu'il subit en devenant le point à la fois d'arrivée et de départ des normes européennes incite en effet à mieux comprendre, voire à revoir son propre droit. Sans prétendre à l'exhaustivité, cette entreprise a pour principal objectif de donner une proposition de lecture tant du droit français à travers le rôle que celui-ci joue dans la grande aventure européenne, que du droit européen à travers ses interactions avec les droits nationaux.

Il convient ainsi de cerner le cadre général de réflexion, à savoir l'eupéanisation du droit national (I), avant d'expliquer les raisons justifiant le champ matériel choisi que constituent les contrats conclus par le consommateur et le travailleur (II).

I. Le cadre général : de l'eupéanisation du droit national et des interactions avec le droit européen

1. L'eupéanisation en tant que mécanisme de transformation du droit national- Admettre que le droit européen, entendu pour la présente étude en tant que « l'ensemble des règles qui régissent la structure, les compétences et l'activité » de l'Union européenne², exerce une influence sur le droit national constitue un lieu commun, près de soixante ans après la signature du Traité de Rome. L'Union européenne a, en effet, mis progressivement en place un système juridique qui lui est propre et qui, renforcé par les principes de primauté et d'effet direct, amène les Etats

¹ Gérard SOULIER, «Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun?» in Denys SIMON (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2003, p. 57-80, not. p. 80.

² André-Jean ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, not. p. 213.

membres à repenser leurs droits nationaux. L'affirmation de la Cour de Justice des Communautés européennes dans le célèbre arrêt *Costa c/ Enel*³ en 1964 reflète la place que le droit européen entend occuper au sein du droit national.

Le terme « européanisation » du droit national désigne ainsi le phénomène juridique de révision, de transformation, voire de « métamorphose »⁴ du droit national sous l'effet du droit européen. Cette transformation peut revêtir différentes formes qui sont désormais bien connues: éviction de la règle nationale lorsque celle-ci est incompatible avec la lettre, l'esprit ou les finalités du droit de l'Union, adaptation des règles déjà existantes afin qu'elles deviennent compatibles avec les exigences européennes, ou encore interprétation du droit national, même si celui-ci est antérieur à l'adoption des règles européennes, conformément à ces dernières. Elle comprend également l'obligation des Etats membres de s'abstenir de prendre des mesures contraires au droit européen, même lorsqu'ils agissent dans des domaines qui relèvent de leur compétence exclusive.

Toutefois, la transformation du droit national ne se limite pas à cela. Les effets du processus protéiforme⁵ d'européanisation dépassent la primauté accordée à la norme européenne face à une norme nationale contraire ainsi que son effet direct. Pour reprendre les propos de Monsieur Denys Simon, « le phénomène de « communautarisation » ne se limite pas à une intensification des « rapports de systèmes », comme aurait dit Kelsen, entre le droit communautaire et les droits internes des Etats membres, mais à une interpénétration normative sans précédent qui affecte en profondeur les ordres juridiques nationaux »⁶. Il s'agit, en effet, d'une véritable osmose et d'une symbiose entre les deux sphères juridiques⁷ qui conduit à

³ « A la différence des traités internationaux ordinaires, le Traité de la Communauté Economique Européenne a institué un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres lors de l'entrée en vigueur du Traité et qui s'impose à leurs juridictions ». CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ E.N.E.L.*, Aff. 6/64, Rec. 01141, not. p. 01158 ; Michaël KARPENSCHIF & Cyril NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2010, n° 3.

⁴ Denys SIMON, « Préface » in Denys SIMON (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003, p. 5-7, not. p. 6.

⁵ Jean-Sylvestre BERGE, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *RDC* 2012, p. 569-573, not. p. 569.

⁶ *Ibidem*.

⁷ PIERRE PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union Européenne, 2005 (réimpression de l'ouvrage publié chez Aw Sijthoff-Leiden en 1972), not. p. 59.

des altérations beaucoup plus profondes : elle imprègne le raisonnement juridique, les méthodes, la logique même du droit national, à tel point que certains auteurs parlent désormais d'une « culture juridique européenne »⁸.

Les effets de ces transformations sont sans doute, en tout cas dans un premier temps, déstabilisants pour le juriste national. Celui-ci se voit obligé de repenser son droit, à travers des notions qui reçoivent un sens qui est propre au droit européen mais qui ne coïncide pas nécessairement avec celui conféré par le droit national ; il se voit également obligé d'employer des outils et des mécanismes juridiques dont il n'a pas l'habitude : tel peut paraître, par exemple, le contrôle de proportionnalité, pierre angulaire du raisonnement juridique mené par la Cour de Justice, aux yeux du juriste français ; il se voit, enfin, obligé de jongler avec des articulations à plusieurs niveaux, étant donné qu'en dépit du principe de primauté, les règles européennes ne viennent pas, le plus souvent, se substituer aux règles nationales existantes mais cohabiter avec elles⁹. Une distinction est souvent opérée par les auteurs entre européanisation directe, lorsque l'intervention du droit européen se réalise par voie législative, et européanisation indirecte lorsque l'influence européenne a lieu par d'autres biais, tels que les principes généraux¹⁰.

En même temps, la doctrine tente de cerner les impacts directs et indirects, en termes tant de théorie et de méthodologie du droit plus généralement que d'influences sur des branches spécifiques du droit national¹¹. Une littérature très

⁸ V. not. Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Vers une culture juridique européenne?*, Paris, Montchrestien, 1998.

⁹ Jean-Sylvestre BERGE, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013, not. p. 20-25.

¹⁰ V. Laurence IDOT, «Rapport introductif» in Jean-Sylvestre BERGE & Marie-Laure NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 17-38, not. p. 21 et 28. Nous maintenons, ne serait-ce qu'en partie, cette distinction pour aborder la réception du droit européen dans les ordres juridiques nationaux. V. *infra*, sous n° 270 et s.

¹¹ Outre les ouvrages déjà cités, v. not. des ouvrages adoptant une approche pluridisciplinaire ou plus théorique, Bruno de WITTE & Caroline FORDER (dir.), *The common law of Europe and the future of legal education. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Maastricht, Kluwer, 1992; Pierre Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996 ; Stephen WEATHERILL, *Law and integration in the European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1996 ; Pascal de VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998 ; Francis SNYDER (ed.), *The Europeanisation of law : the legal effects of european integration*, Oxford-Portland, Hart publishing, 2000 ; Ben ROSAMOND, *Theories of european integration*, New York, Macmillan press, 2000 ; Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, 2004 ; Gerda FALKNER, Oliver TREIB, Miriam HARTLAPP & Simone LEIBER, *Complying with Europe. EU Harmonisation and Soft Law in the*

abondante voit ainsi le jour, embrassant quasiment tous les champs matériels du droit, même ceux qui pourraient initialement paraître épargnés de toute influence européenne, comme le droit administratif¹² ou le droit pénal¹³.

2. Le rôle des interactions dans le processus d'eupéanisation du droit national- Les travaux doctrinaux se limitent le plus souvent à l'étude du processus de mise en oeuvre du droit de l'Union dans les systèmes juridiques nationaux. En dépit de l'importance des mutations du droit national du fait de la réception du droit européen, cette démarche¹⁴ n'offre qu'une vision elliptique de l'eupéanisation du droit national. En effet, les échanges entre les deux ordres juridiques ne sont pas unidirectionnels. Ils commencent bien avant l'application des règles européennes, au moment de leur élaboration. Le droit national devient alors le point de départ, la source dans laquelle le droit européen puise ses éléments « qui sont érigés en règles ou principes de droit communautaire et ont ensuite, en retour, une incidence sur les droits nationaux »¹⁵. La place du droit national à l'origine du droit de l'Union fait alors

Member States, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 ; Fabrizio CAFAGGI (ed.), *The institutional framework of european private law*, Oxford, Oxford University Press, 2006 ; Sophie ROBIN-OLIVIER & Daniel FASQUELLE (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, Fondation de Varenne, LGDJ, 2008. Pour des ouvrages spécifiques au champ matériel du présent travail, v. *infra*, not. sous 157 et s.

¹² V. par exemple Jürgen SCHWARZE, *Le droit administratif européen*, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2009; Jean SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit communautaire: une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, 2011.

¹³ V. à titre indicatif Mireille DELMAS-MARTY, Mark PIETH, & Ulrich SIEBER (dir.), *Les Chemins de l'harmonisation pénale. Harmonizing Criminal Law*, Paris, Société de Législation Comparée, 2008; Daniel FLORE, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009; Panagiotis NICOLOPOULOS, *Le droit communautaire devant le juge répressif national*, thèse dactyl., Université Nancy II, 1985; Stefano MANACORDA, « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal: neutralisation et obligation d'incrimination », *RSC* 2006, p. 245-274.

¹⁴ V. par exemple Francis Snyder qui contraint le champ de l'étude de l'eupéanisation du droit aux effets du processus de l'intégration du droit européen dans les ordres juridiques nationaux. Il remarque ainsi: «in addressing the issue of the Europeanisation of law, contributors to the book are asked to focus on a single question: what have been the principal legal effects of European integration?» («en traitant de la question de l'eupéanisation du droit, les co-auteurs du présent ouvrage sont invités à se focaliser sur une seule question: quels ont été les effets principaux de l'intégration européenne?») Francis SNYDER, « The EUI Law Department and the Europeanisation of law: an introduction » in Francis SNYDER (ed.), *The Europeanisation of law: the legal effects of european integration*, *op. cit.*, p. 1-11, not. p. 3.

¹⁵ Pierre RODIERE, « Construction européenne et droit du travail », *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 33-49, not. p. 33. V. également Brian BERCUSSON, « Le concept de droit du travail » in Alain SUPLOT (dir.), *Le travail en perspectives*, Paris, LGDJ, p. 603-631, not. p. 603 : « de par leur nature, ces dernières (les normes communautaires) reflètent la législation nationale des Etats membres. Ainsi, de façon indirecte, chaque législation nationale du travail subit l'influence des autres ».

partie de son européanisation. Les échanges se poursuivent même après la réception du droit européen dans l'ordre juridique interne, dans la mesure où sa mise en œuvre par les Etats membres implique nécessairement, même pour des règles qui n'ont pas besoin de transposition, une influence nationale qui s'exerce parallèlement à l'influence, plus évidente, européenne. Ce « voyage » national, autrement dit l'appropriation des règles européennes par les systèmes juridiques nationaux, peut alors, à son tour, déclencher et nourrir de nouveaux échanges.

C'est pour mettre l'accent sur cette dimension pluri-directionnelle des échanges entre les deux ordres juridiques que nous abordons l'européanisation du droit national à travers ses interactions avec le droit européen. Notion emportée, initialement employée par les sociologues américains¹⁶, l'interaction a su obtenir une dimension pluridisciplinaire. Elle se trouve ainsi au cœur de la communication verbale¹⁷ pour signifier que les « participants exercent en permanence les uns sur les autres un réseau d'influences mutuelles : parler, c'est échanger, et c'est changer en échangeant »¹⁸. Re transcrites dans le contexte juridique, ces idées peuvent être d'une grande utilité dans l'étude des relations du droit européen et du droit national et notamment de l'européanisation de ce dernier. Vu sous cet angle, un dialogue permanent existe entre les deux ordres juridiques, dialogue qui, à l'instar de la communication verbale, implique des échanges mutuels et, partant, des changements réciproques¹⁹.

¹⁶ V. notamment Robert PARK & Ernest BURGESS, *Introduction to the science of sociology*, Chicago, The University of Chicago Press, 1921, not. p. 339-434 sur l'interaction sociale. Selon ces auteurs, considérés comme les premiers à utiliser la notion de l'interaction en sociologie, « *The idea of interaction is not a notion of common sense. It represents the culmination of long-continued reflection by human beings in their ceaseless effort to resolve the ancient paradox of unity in diversity, the "one" and the "many," to find law and order in the apparent chaos of physical changes and social events; and thus to find explanations for the behavior of the universe, of society, and of man* » (« L'idée d'interaction n'est pas une notion de sens commun. Elle représente l'aboutissement d'une réflexion longuement développée par les êtres humains, dans leur inlassable effort pour résoudre l'antique paradoxe de l'unité dans la diversité, de l'« un » et du « multiple », pour trouver loi et ordre dans le chaos apparent des changements physiques et des événements sociaux; et pour découvrir ainsi des explications au comportement de l'univers, de la société et de l'homme »), *idem*, p. 339.

¹⁷ V. Catherine KERBRAT-ORECCHIONI, *Les interactions verbales*, t. 1, 2 et 3, Paris, Armand Colin, 1990, 1992 et 1994.

¹⁸ Catherine KERBRAT-ORECCHIONI, « La notion d'interaction en linguistique : origine, apports, bilan » in *Langue française*, vol. 117, n°1, *La linguistique comme discipline en France*, p. 51-67, not. p. 55.

¹⁹ Monsieur Denys Simon remarque à propos de l'émergence d'une culture juridique européenne que « le contact de deux cultures produit un mécanisme d'interaction, dont le plus souvent aucune des deux ne sort indemne ». Denys SIMON, « Rapport introductif », in Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Vers une culture juridique européenne?*, *op. cit.*, not. p. 3.

On pourrait alors considérer que les interactions consistent en des influences descendantes, à savoir du droit européen vers le droit national, et ascendantes, lorsque c'est le droit national qui est utilisé comme point de départ. Cette terminologie se justifie, en effet, notamment par le principe de primauté du droit de l'Union. Toutefois, on lui préférera le concept des influences pluridirectionnelles sans connotation hiérarchique, étant donné que la primauté ne concerne qu'une partie du processus, à savoir le moment de l'application des règles européennes. Malgré le principe de primauté, outil nécessaire pour la survie –au moins initialement– du droit de l'Union dans un contexte national pas toujours bienveillant, l'étude actuelle de la dialectique entre les systèmes juridiques nationaux et l'ordre européen ne passe pas nécessairement par une optique hiérarchisée²⁰ : « nous apprenons lentement à vivre dans un système de cercles concentriques plutôt que dans un système pyramidal et fortement hiérarchisé »²¹.

3. Européanisation du droit national ou nationalisation du droit européen ? – Suivant cette logique, serait-il pertinent de parler de nationalisation du droit européen plutôt que d'européanisation du droit national²² ? Nonobstant l'intérêt que présente cette réflexion, les deux notions ne sont pas, à notre sens, équivalentes. En effet, même lorsqu'il est reçu par les ordres juridiques nationaux, le droit de l'Union ne devient pas national au sens classique du terme. Outre le fait qu'elles n'ont pas nécessairement, comme nous avons déjà exposé, vocation à remplacer les dispositions nationales existantes, les règles européennes ont un champ d'application limité par les compétences de l'Union et les finalités poursuivies. Ainsi, lorsqu'une règle européenne est transposée dans l'ordre juridique national, elle n'a pas

²⁰ V. également Jean-Sylvestre BERGE & Sophie ROBIN-OLIVIER, «La généalogie des rapports entre le droit communautaire et le droit privé», in Florence CHALTIEL (dir.), « Les 50 ans du Traité de Rome », *LPA* 2007 n° 79 (n° spécial), p. 46-53, not. p. 52: «Le droit privé communautaire n'est pas prêt d'exister comme une matière juridique autonome, totalement affranchie des traditions juridiques nationales. Ces dernières interagissent avec le droit communautaire dans un mouvement qui n'est pas seulement descendant (*top-down*) mais aussi ascendant (*bottom-up*): la hiérarchie existe et fonctionne mais elle ne règne pas sans partage, comme le montrent, par exemple, les rapports des droits constitutionnels nationaux avec le droit communautaire ou la démarche comparative menant à l'élaboration des textes communautaires».

²¹ André-Jean ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, *op.cit.*, not. p. 17.

²² Madame Sylvaine Poillot-Peruzzetto remarque à ce titre qu'« on pourrait aussi parler de la nationalisation du droit européen et de son internationalisation». Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, note de lecture sur l'ouvrage de Jean-Sylvestre BERGE & Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, *RTD civ.* 2009, p. 397-401, not. p.397.

nécessairement la même portée que les dispositions nationales sans source européenne (dans le sens d'une application générale et abstraite dans toute situation juridique relevant de son champ d'application), mais elle est cantonnée aux situations présentant un rapport avec le droit de l'Union, les situations purement internes étant, en principe, exclues du champ d'application du droit de l'Union²³. Il s'agit plutôt, pour reprendre les termes du président de la Cour de Justice M. Mertens de Wilmars²⁴, d'un « droit interne embryonnaire ». Par ailleurs, la nationalisation du droit européen met l'accent sur ce dernier, alors que c'est plutôt le droit national qui est émetteur et destinataire des normes européennes. Par conséquent, le concept de l'eupéanisation du droit national s'avère plus adéquat pour aborder les problématiques du présent travail.

4. La définition retenue de l'eupéanisation du droit national- Au vu de ces réflexions, nous abordons l'eupéanisation du droit national en tant que phénomène juridique global, réalisé par le biais des interactions du droit européen et du droit national. Il désigne ainsi « tantôt une appropriation de la règle juridique par

²³ Cette notion vise, en effet, les situations qui sont dépourvues d'élément d'extranéité dans le sens d'un facteur de rattachement avec les situations visées par la réglementation européenne et se trouvent, en principe, hors du champ d'application du droit de l'Union. Selon la jurisprudence constante de la Cour de Justice, rendue notamment en matière de libertés de circulation, « les règles du traité en matière de libre circulation des personnes et les actes pris en exécution de celles-ci ne peuvent être appliqués à des activités qui ne présentent aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire et dont l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre » (CJCE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, Aff. C-212/06, Rec. I-1683, not. point 33). Néanmoins, le juge européen a tendance à interpréter les situations purement internes très strictement. Il se considère ainsi compétent à statuer sur une question préjudicielle lorsque le droit européen devient applicable soit en vertu d'une disposition du droit national soit par renvoi contractuel. (V. par exemple CJCE, 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi c/ Etat belge*, Aff. C-297/88 et C-197/89, Rec. I-03763, not. points 23-28 et 33-43. Par ailleurs, la consécration, par le Traité de Maastricht, de la citoyenneté européenne a davantage réduit le champ des situations purement internes, étant donné que, selon le juge européen « la situation du ressortissant d'un État membre qui [...] n'a pas fait usage du droit à la libre circulation ne saurait, de ce seul fait, être assimilée à une situation purement interne » (V. not. CJCE, 12 juillet 2005, *Egon Schempp c/ Finanzamt München V*, Aff. 403/03, Rec. I-06421, not. point 22)). La Cour de Justice affirme, par ailleurs, que « le fait qu'une matière ressortit à la compétence des États membres n'empêche pas que, dans des situations relevant du droit de l'Union, les règles nationales concernées doivent respecter ce dernier » (CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c/ Freistaat Bayern*, Aff. C-135/08, Rec. I-01449, not. point 41). Suivant ce raisonnement, le juge européen estime que « l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union » (CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi (ONEm)*, Aff. C-34/09, Rec. I-01177, not. point 42. Pour une interprétation plus restrictive v. CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy c/ Secretary of State for the Home Department*, Aff. C-434/09, Rec. I-03375, not. points 44-56).

²⁴ Cité par André-Jean ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, op.cit, not. p. 227.

le système juridique communautaire, tantôt une influence exercée par le système juridique communautaire sur la règle juridique de source nationale ou internationale »²⁵.

Concernant le droit national, nous nous limitons à l'examen du droit français, dans la mesure où, bien qu'enrichissante, une démarche comparative avec des droits d'autres Etats membres compliquerait la réflexion, en ajoutant un niveau supplémentaire d'articulation et de comparaison, et nuirait, par conséquent, à l'étude du processus d'europanisation. Néanmoins, certaines références aux droits d'autres pays de l'Union sont apportées à titre d'illustration, lorsque cela est jugé pertinent. Quant au champ matériel du droit national et du droit européen, il est déterminé par le domaine d'étude choisi, à savoir les contrats conclus par le consommateur et le travailleur.

II. Le terrain d'observation choisi: les contrats conclus par le consommateur et le travailleur

5. Le terrain d'observation– Compte tenu de l'ampleur ainsi que du caractère transversal et pluridisciplinaire de l'europanisation du droit national, une étude de ce phénomène sans délimitation du champ matériel s'avère impossible. Il a ainsi fallu choisir un domaine d'étude en tant que terrain d'observation du processus de l'europanisation.

Le domaine des relations entre personnes privées, correspondant à ce que certains droits nationaux qualifient de « droit privé »²⁶, constitue, depuis les

²⁵ Jean-Sylvestre BERGE & Sophie ROBIN-OLIVIER, *Droit européen. Union Européenne, Conseil de l'Europe*, Paris, PUF, Thémis, 2011, not. p. 18, n° 22.

²⁶ Nous éviterons le terme « droit privé européen », largement utilisé en doctrine (V. à titre indicatif, Pascal de VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *Le droit privé européen, op. cit.*; Guillaume BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Paris, LGDJ, 2009; Mark VAN HOECKE & François OST (eds), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart publishing, 2000 ; Jürgen BASEDOW (ed), *European Private Law, Sources*, t. II, La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, 2000), étant donné que si la notion de « droit privé » constitue, notamment par le biais du clivage avec le « droit public », un des repères fondamentaux du juriste habitué aux droits dits de la famille romano-germanique, elle dépayse, en revanche, le juriste de *common law*. L'appellation « droit privé européen » serait ainsi une projection sur le droit européen de concepts juridiques développés uniquement dans une partie des droits nationaux. Monsieur Pierre Legrand émet, à cet égard, un avis beaucoup plus radical: « le recours à une catégorisation typiquement romaniste nous replonge dans notre

premières années de la construction de l'ordre juridique européen, le théâtre d'interventions de plus en plus importantes de la part de l'Union et, partant, d'interactions avec les droits nationaux. Ces interventions ont commencé par toucher de manière sectorielle des branches spécifiques du droit, comme le droit des sociétés, le droit du travail ou le droit de la concurrence, correspondant souvent à des domaines contractuels spécifiques du droit national. Au fur et à mesure, ont été soulevées des problématiques plus globales, notamment avec les initiatives, émanant de la doctrine dans un premier temps²⁷, puis des instances européennes²⁸,

contradiction: comment demander à des juristes de *common law* de s'engager pour la cause de l'intégration du droit privé à l'échelle de l'Union européenne alors que l'expression même de «droit privé», avec ce qu'elle connote en France ou en Belgique, par exemple, leur demeure parfaitement étrangère et relève, donc, pour eux, de l'anatopisme». Pierre LEGRAND, « Le primat de la culture », in Pascal de VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *Le droit privé européen, op. cit.*, p. 1-19, not. p. 18. Il faut noter, toutefois, que cet avis n'est pas partagé par la majorité de la doctrine. V. par exemple Monsieur Guillaume Busseuil qui considère qu'il s'agit d'« une distinction pragmatique ou didactique entre le droit privé et le droit public dont la fonction de structuration du système juridique a été éprouvée ». V. Guillaume BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen, op. cit.*, not. p. 24-29 ainsi que les références citées par l'auteur.

²⁷ On pense notamment aux principes du droit européen du contrat, élaborés par la Commission dirigée par le Professeur Lando (Ole LANDO & Hugh BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, La Haye-Londres-New York, Kluwer Law International, 2000) ainsi qu'à un certain nombre de projets qui ont suivi la publication des principes Lando, tels que le projet mis en place par des professeurs de l'Université de Trento (Mauro BUSSANI & Ugo MATTEI (eds.), *Common Core of European Private Law: essays on the project*, La Haye-Londres-New York, Kluwer Law International 2002) et le projet de Code européen des contrats du groupe de Pavie (ACADEMY OF EUROPEAN PRIVATE LAWYERS, *European Contract Code, Preliminary draft*, Pavia, Università di Pavia, 2001). Les derniers en date, soumis à la Commission européenne, sont le projet sur le Cadre commun de référence, publié conjointement par le Groupe de travail sur le Code civil européen et le Groupe acquis communautaire (STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2008) et les deux projets de l'Association Henri Capitant (ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Terminologie contractuelle commune*, Paris, Société de législation comparée, 2008 ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE, *Principes contractuels communs*, Paris, Société de législation comparée, 2008).

²⁸ On se réfère notamment à une série de Communications de la Commission européenne relatives à la réflexion autour d'un droit européen des contrats: Communication concernant le droit européen des contrats, COM(2001) 0398 final du 11 juillet 2001; Communication sur « Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action », COM(2003) 0068 final du 12 février 2003; Communication: « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM(2004) 0651 final du 11 octobre 2004; Communication intitulée « Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis », COM(2005) 456 final du 23 septembre 2005 ; Communication intitulée « Deuxième Rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence » COM(2007) 447 final du 25 juillet 2007 ; Communication sur le « Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises » COM(2010) 348 final du 1^{er} juillet 2010. Le Parlement européen a également émis, depuis 1989, un certain nombre de Résolutions sur la question. V. not. Résolution du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres (JOCE C 158 du 26.6.1989, p. 400); Résolution du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres (JOCE C 205 du 25.7.1994, p. 518); Résolution du 15 novembre 2001 sur le

concernant la mise en place d'un droit harmonisé des contrats. Les initiatives autour d'un droit européen des contrats, et notamment celles portant sur la création d'un Code civil européen, ont suscité des réactions parfois très virulentes dans les Etats membres. Tel était le cas d'une notamment au sein de la doctrine française qui les a perçues comme une sorte d'invasion brutale dans un domaine portant une forte empreinte nationale²⁹. « Un code civil européen [...] serait comme un acte de spoliation, un empiétement, en chaque Etat, sur le domaine de la société civile, en violation du pacte de non-ingérence qui, dans la construction de l'Europe, garantit à chaque cité la jouissance de sa constitution civile » affirme Gérard Cornu, en considérant qu'il s'agirait d'une sorte de « confiscation » du patrimoine juridique national³⁰. En dépit de l'intérêt de ces problématiques, nous ne poursuivrons pas davantage la réflexion sur l'adoption d'un régime harmonisé de droit des contrats au niveau européen, dans la mesure où il s'agit, à notre avis, d'une question plutôt politique que juridique. Outre le questionnement sur la compétence de l'Union à légiférer en la matière, il semble que le manque de consensus politique est tel que toute adoption de dispositions contraignantes soit, pour l'instant, exclue. Par conséquent, nous nous contentons de l'examen du régime optionnel de règles en

rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres (*JOCE C 140 E* du 13.6.2002, p. 538); Résolution du 2 septembre 2003 sur la Communication de la Commission sur « Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action » (*JOCE C 76 E* du 25.3.2004, p. 95); Résolution du 23 mars 2006 sur le droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre (*JOCE C 292 E* du 1.12.2006, p. 109); Résolution du 7 septembre 2006 sur le droit européen des contrats (*JOCE C 305 E* du 14.12.2006, p. 247); Résolution du 12 décembre 2007 sur le droit européen des contrats (*JOCE C 323 E* du 18.12.2008, p. 364.); Résolution du 3 septembre 2008 sur le cadre commun de référence pour le droit européen des contrats (*JOUE C 295 E* du 4.12.2009, p. 31); Résolution du 8 juin 2011 sur les actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (2011/2013(INI)).

²⁹ De la très abondante doctrine en la matière, v. à titre indicatif des réactions émettant des critiques plus ou moins modérées, Pierre LEGRAND, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC* 1996, p. 779-812; Gérard CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351-352; Philippe MALAURIE, « Le code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », colloque de Leuven, 30 novembre 1er décembre 2001, *JCP G* 2002, I, 110, p. 281-285; Jérôme HUET, « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002, p. 2611-2614; Yves LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, p. 2202-2214; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463-480; Vincent HEUZE, « A propos d'une « initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP G* 2002, I, 152, p. 1314-1345.

³⁰ Gérard CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *op. cit.*, not. p. 351.

matière contractuelle prévu par la proposition de Règlement sur le droit européen de la vente³¹.

En écartant les questions relatives au droit commun des contrats, nous nous limiterons aux échanges entre les deux ordres juridiques portant sur des branches de droit spécifiques qui, en droit des Etats membres, se sont émancipées de l'emprise du droit civil. Cette démarche va, d'ailleurs, dans le sens du mode de création du droit européen. N'ayant pas le parcours historico-politique qui a façonné le droit national, celui-ci se construit –le plus souvent de manière parcellaire– sur la base des objectifs poursuivis plutôt que des catégories juridiques nationales. Les propos de Madame Laurence Idot reflètent cette logique dans la création du droit de l'Union : « le droit communautaire raisonne toujours en termes d'objectifs à atteindre : réalisation du marché intérieur, protection du travailleur, protection du consommateur [...]. Exceptionnellement, ces objectifs peuvent coïncider avec certaines branches spécifiques du droit privé qui se sont détachées progressivement du droit civil, comme précisément le droit social ou le droit de la consommation. Toutefois, le droit communautaire est très largement indifférent aux grandes classifications du droit privé. Il ignore le droit civil en tant que tel »³². En observant l'acquis européen, force est de constater que les règles relatives à la protection du consommateur et du travailleur –correspondant, ne serait-ce que partiellement, à ce que le droit national considère comme droit de la consommation et droit du travail– se trouvent au cœur des interventions européennes. En effet, en raison de leur lien avec les finalités de l'Union et notamment l'accomplissement du marché intérieur, le consommateur et le travailleur ont très tôt fait l'objet de réglementations européennes qui se sont multipliées au fur et à mesure qu'avancait la construction européenne³³. Nous

³¹ Proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final du 11 octobre 2011. Néanmoins, nous examinerons cette proposition uniquement sous l'optique de la réglementation de la protection du consommateur sans la traiter en tant que précurseur éventuel d'un droit européen des contrats.

³² Laurence IDOT, «Rapport introductif» in Jean-Sylvestre BERGE & Marie-Laure NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003, op. cit.*, not. p. 23-24.

³³ V. Judith ROCHFELD & Emmanuel JEULAND, « Introduction » in Judith ROCHFELD & Emmanuel JEULAND (dir.), *Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe*, Paris, Editions Juridiques et Techniques, Droit et Procédures, 2005, not. p. 4 : « Le cœur du droit communautaire réside dans le droit de la consommation, aux côtés des droits du travail et de la concurrence ».

décidons ainsi d'en faire notre terrain d'observation de l'eupéanisation du droit national.

6. Les contrats conclus par le consommateur et le travailleur: penser les acteurs plutôt que l'activité contractuelle– En droit national, les dispositions juridiques régissant l'action du consommateur et du travailleur font partie des branches spécifiques de droit, à savoir du droit de la consommation et le droit du travail. Il s'agit, dans les deux cas de figure, de relations contractuelles qui ont progressivement obtenu – notamment pour des raisons économiques et sociales– une autonomie par rapport au droit commun des contrats. Toutefois, cette autonomie n'empêche pas le travailleur et le consommateur d'être avant tout des contractants. C'est dans ce contexte que l'on se réfère au contrat ou au rapport de travail³⁴ et au contrat de consommation³⁵. L'accent est alors mis sur l'activité contractuelle (travail ou consommation) plutôt que sur l'acteur de cette dernière qui est, en même temps, le destinataire des mesures de protection (travailleur ou consommateur) notamment en raison de sa qualité de partie faible du contrat.

En revanche, le droit européen ne possède pas de passé civiliste qui pourrait constituer le point de départ de son intervention. Qui plus est, les systèmes juridiques des Etats membres présentent une diversité très importante en matière de droit civil, qui est, d'ailleurs, considéré comme faisant partie du noyau dur des identités juridiques nationales. Vient s'ajouter un manque de compétence, voire, initialement, une indifférence de l'Union pour les questions de droit civil qui ne paraissent pas intimement liées aux objectifs poursuivis par cette dernière. L'intérêt du droit européen pour le droit des contrats – au sens du droit des obligations connu par les systèmes des Etats membres – ne vient qu'après trente ans d'interventions européennes sectorielles. Par conséquent, le droit européen s'intéresse au consommateur et au travailleur en tant qu'acteurs : acteurs du marché dans un

³⁴ Selon la doctrine classique «il y a contrat de travail quand une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la subordination d'une autre personne, moyennant une rémunération». V. Gérard COUTURIER, *Droit du travail, 1) Les relations individuelles de travail*, 3^e éd., Paris, PUF, Droit Fondamental, 1996, not. p. 101-102, n° 44-3. Plus récemment, la doctrine emploie également le terme «rapport de travail». V. par exemple Pascal LOKIEC, *Droit du travail, t. I, Les relations individuelles de travail*, Paris, PUF, Thémis, 2011, p. 3, not. n° 4.

³⁵ Natalie SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, not. p.41-43, n°55.

premier temps, censés en constituer des moteurs mais dont la protection est susceptible de constituer une entrave ; puis, dans un second temps, acteurs en tant que citoyens de l'Union³⁶. Certes, le cadre contractuel reste la toile de fond, notamment parce que les règles créées doivent s'intégrer aux régimes contractuels des Etats membres. C'est pour cette raison que la Cour de Justice prend le soin de définir la relation de travail³⁷. Il n'en demeure pas moins que cette approche contractuelle n'est faite qu'à titre subsidiaire, l'objet principal étant, en l'occurrence, l'application des dispositions de droit primaire et de droit dérivé concernant la libre circulation des travailleurs. De la même manière, la doctrine a le plus souvent recours à la notion de « droit de la consommation »³⁸ et « droit du travail »³⁹ ou « droit social »⁴⁰, même dans les cas où elle se penche sur l'étude des règles européennes de protection du consommateur et du travailleur. On remarquera, toutefois, à l'instar de Madame Elise Poillot, que s'il s'agit en grande partie de démarches de systématisation

³⁶ V. Hélène GAUDEMET-TALLON, «Droit privé et droit communautaire: quelques réflexions», *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 2000, p. 228-242, not. p. 230: «Mais il est un autre phénomène qui doit retenir notre attention: l'évolution importante de la «philosophie» du droit communautaire de ses origines à nos jours. Conçu d'abord dans une perspective exclusivement économique et destiné à la réalisation d'un «marché commun», le droit communautaire a peu à peu élargi ses domaines de compétence et, ce faisant, a tout naturellement été amené à prendre en considération non plus seulement «l'opérateur économique» ou le «travailleur» mais de façon plus globale la personne».

³⁷ «La caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération». CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum c/ Land Baden-Württemberg*, Aff. 66/85, Rec. 02121, not. point 17.

³⁸ V. à titre d'exemple Sandie CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, Louvain-La-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1999; Daniel FASQUELLE & Patrick MEUNIER (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, Paris, La documentation française, 2002 ; Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit.

³⁹ V. à titre d'exemple Bernard TEYSSIE, *Droit européen du travail*, Paris, Lexisnexis, 2013; Catherine BASSOMPIERRE & Gabriel GUERY, *Droit européen et international du travail: la dimension sociale de l'Union européenne et l'essor d'un droit du travail européen, la gestion de la mobilité européenne et internationale des salariés*, Paris, Montchrestien-Gualino, 2002 ; Mélanie SCHMITT, *Droit du travail de l'Union Européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012; Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, Aix-Marseille, PUAM, 2000.

⁴⁰ V. par exemple Frédéric BARON, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, Aix-Marseille, PUAM, 1998 ; Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 2014 ; Sylvie HENNION, Muriel LE BARBIER-LE BRIS & Marion DEL SOL, *Droit social européen et international*, 2^{ème} édition, Paris, PUF, 2013 ; Jean-Michel SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011; Mehdi HAJI-CAUSSANEL, *Cour de Justice des Communautés européennes, droit social communautaire, droit social français : le jeu d'influence*, thèse dactyl., Université Montpellier I, Montpellier, 1998 ; Sylvaine LAULOM, *L'harmonisation en droit social européen: les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, thèse dactyl., Université Paris X Nanterre, 1996 ; Ismaël OMARJEE, *L'outre-mer français et le droit social communautaire*, Paris, LGDJ, 2000.

des dispositions parfois éparses dans différents instruments législatifs, « cette approche se fait selon une grille de lecture tirée des droits nationaux »⁴¹.

Ces réflexions motivent le choix opéré d'utiliser la notion de « contrats conclus par le consommateur et le travailleur » pour désigner notre terrain d'observation. Elle renvoie à la fois au cadre contractuel, point de repère du droit national, et à l'acteur, dont le droit européen poursuit la protection. Nous viserons, par cette terminologie, les dispositions du droit national et du droit européen substantiel touchant à la protection du consommateur et du travailleur dans le cadre de leurs relations contractuelles⁴².

7. Délimitation du terrain d'observation– En se référant à la protection du consommateur et du travailleur dans le cadre de leurs relations contractuelles, on vise les dispositions régissant leurs activités individuelles. Cette précision est surtout importante pour la protection du travailleur, domaine où le droit national suit traditionnellement la séparation entre les relations individuelles et les relations collectives de travail⁴³. Même le droit de la consommation connaît au niveau national une importante collectivisation, notamment grâce aux actions collectives des consommateurs en justice. Cette distinction ne revêt pas la même importance en droit européen. Il n'existe pas, à proprement parler, un droit européen des relations collectives de travail dans le sens qui lui est accordé au niveau national, d'autant plus que certains aspects importants des relations collectives, dont le droit de grève, sont exclus de la compétence du législateur européen⁴⁴. Pourtant, le droit de l'Union réserve une place de plus en plus significative aux partenaires sociaux et, dans une moindre mesure, aux associations de défense des consommateurs. Ces instances

⁴¹ Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit. not. n° 19.

⁴² Madame Elise Poillot retient cette même délimitation pour le droit européen de la consommation. V. Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., not. n° 29.

⁴³ On entend ainsi par relations individuelles de travail «celles établies entre chaque salarié et son employeur. Ce sont des relations contractuelles, elles ont pour cadre juridique le contrat individuel de travail». V. Gérard COUTURIER, *Droit du travail, 1) Les relations individuelles de travail*, op. cit., not. n° 7. On les distingue du volet collectif des relations de travail, dont «l'objet n'est pas seulement de compenser l'inégalité des parties au contrat de travail [...] mais plus fondamentalement de démocratiser le fonctionnement de l'entreprise, en accordant à la collectivité des salariés une «voix» qu'elle exprime elle-même [...] ou, le plus souvent, par l'intermédiaire de ses représentants» Pascal LOKIEC, *Droit du travail, t. II, Les relations collectives de travail*, Paris, PUF, Thémis 2011, not. p. 1, n° 1.

⁴⁴ Nous rappelons à cet égard que l'article 153 §3 TFUE exclue la politique sociale de l'Union les rémunérations, le droit d'association, le droit de grève ainsi que le droit de lock-out.

représentatives des deux acteurs jouent un rôle important aux stades tant de l'élaboration que de la mise en oeuvre du droit de l'Union et participent alors aux interactions entre droit national et droit européen. En même temps, la protection collective des intérêts des deux acteurs fait sans doute partie du modèle européen du consommateur et du travailleur. Ces aspects sont par conséquent traités, étant donné qu'ils rentrent dans le champ des problématiques déterminant notre étude. Cela ne signifie pas pour autant qu'ils coïncident avec le champ des relations collectives consacrées par le droit national.

Sont, par ailleurs, exclues les dispositions du droit européen portant sur la sécurité sociale des travailleurs. S'il est vrai qu'il s'agit d'un des tout premiers domaines de coordination des droits nationaux, ayant suscité un contentieux important devant la Cour de Justice, ces dispositions ne font pas partie de la relation contractuelle du travail au sens propre du terme. Par ailleurs, les interventions européennes visent « à établir des passerelles entre les systèmes nationaux afin d'assurer l'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants des autres États membres au sein d'un même pays, ainsi que le maintien d'un État membre à l'autre des droits acquis ou en cours d'acquisition »⁴⁵. Le droit de la sécurité sociale demeure, alors, essentiellement national et les règles européennes n'ont pas pour finalité le rapprochement des droits nationaux⁴⁶.

Enfin, en se focalisant sur le droit européen substantiel, on vise les dispositions matérielles tant de droit primaire que, surtout, de droit dérivé régissant le statut du consommateur et du travailleur européen. En revanche, sont, en principe, exclues les règles de droit international privé, notamment celles de droit international privé européen⁴⁷. Bien qu'il s'agisse d'une étude transversale du droit européen dont les

⁴⁵ Yves CHASSARD & Patrick VENTURINI, « La dimension européenne de la protection sociale », *Dr. soc.* 1995, p. 772-778, not. p. 773.

⁴⁶ Le droit européen a recours non seulement à la technique de l'assimilation de l'étranger au national mais aussi à celle de la totalisation des périodes d'assurance. V. à titre indicatif Gérard LYON-CAEN, « Les caractères originaux du droit social européen » in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 325-338, not. p. 330.

⁴⁷ On entend par droit international privé européen, l'ensemble des règles de conflit de lois issues, dans un premier temps des conventions internationales puis, après le Traité d'Amsterdam, des règlements adoptés par l'Union. V. à titre indicatif Philippe-Emmanuel PARTSCH, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Bruxelles, Larcier, 2003, not. p.1-17; Angelika FUCHS, Horatia MUIR WATT & Etienne PATAUT (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004, not. p. 1-2. V. également sur le domaine du consommateur Awnrumpa WAIYAMUK, *La protection du consommateur en droit international privé européen*, thèse dactyl., Université Paris II, 2013.

règles de droit international privé constituent un volet de plus en plus important, ces dernières ne font pas partie en tant que telles de l'objet de l'étude. Néanmoins, compte tenu de la porosité des différents domaines du droit européen, des références aux règles de droit international privé européen sont faites, à titre complémentaire, lorsque cela est jugé pertinent, notamment pour dresser le modèle européen du travailleur et du consommateur ou pour illustrer les interventions du juge européen.

8. Pertinence de la comparaison du travailleur et du consommateur du point de vue du droit européen- La comparaison des réglementations visant la protection des deux acteurs est motivée, d'un point de vue européen, par plusieurs raisons. Il s'agit dans un premier temps d'une démarche de systématisation. En effet, les interventions européennes dans les deux matières ont eu lieu au fur et à mesure de l'avancement de construction européenne et notamment de la réalisation du marché intérieur. Elles ont créé des règles par couches successives, donnant souvent l'impression d'un résultat très éparpillé dans un nombre important d'instruments législatifs, voire hasardeux⁴⁸. L'idée est ainsi d'essayer de systématiser ces interventions, en dressant leurs principaux traits et en tentant d'identifier la(es) logique(s) d'ensemble qui les motivent. En d'autres termes, il s'agit d'un raisonnement menant à une « modélisation ». Cela étant, cette préoccupation ne justifie pas à elle seule la démarche comparative, dans la mesure où une réflexion systématique peut être menée de manière autonome pour chaque acteur. Quelle serait alors l'utilité de la comparaison ? En opérant une systématisation comparée, on observe des similarités, des analogies ou des symétries entre les réglementations et, en fin de compte, entre les conceptions que le droit européen réserve aux deux acteurs. Cette constatation est un stade préalable à l'étape suivante de la réflexion, qui constitue la deuxième motivation de la comparaison.

C'est, en effet, une démarche de décloisonnement des domaines d'intervention du droit de l'Union. L'étude du droit européen a, pendant longtemps, constitué le théâtre d'une très importante spécialisation. Celle-ci s'explique, d'une part, par la

⁴⁸ Madame Elise Poillot remarque en ce qui concerne la protection du consommateur que « contrairement à ce que pourrait penser un observateur ignorant le fonctionnement du droit communautaire, la législation communautaire n'est pas le fruit d'interventions hasardeuses et éparpillées ». V. Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, not. n° 68. La même réflexion pourrait être menée pour la protection du travailleur.

nature des interventions européennes, dépourvues d'une vision d'ensemble et motivées par des objectifs à atteindre –qui semblent, d'ailleurs, souvent antinomiques⁴⁹– mais aussi, d'autre part, par une tendance naturelle de la doctrine d'examiner le droit européen par le biais des outils et sous des spectres ou des grilles de lecture qu'elle connaît du droit national. Etant donné que le droit national classe la plupart des interventions européennes en matière contractuelle dans des branches spécifiques du droit, la première réaction de la doctrine fut de chercher ses points de repère nationaux dans l'étude du droit européen. S'il s'agit d'une réaction prévisible, voire d'un passage obligé, pour appréhender un champ juridique qui constituait une *terra incognita* pour le juriste national, la doctrine a, pourtant, atteint là ses limites, appelant alors à des réflexions transversales. Monsieur Jean-Sylvestre Bergé met en avant ce besoin d'approche décloisonnée des interventions européennes dans le domaine des contrats: « dans la matière contractuelle, celle illustrée par l'actualité récente, cette tendance d'hyperspécialisation du droit européen peut conduire à des analyses parfaitement cloisonnées, selon que le juriste approche le droit européen à partir d'une grille de lecture propre au droit interne ou comparé (au sens classique) des contrats (« CCR » ou « Livre vert »), au droit de la consommation (« livre vert » et directive sur le contrat de crédit) ou au droit international privé (Règl. Rome I), etc. Le droit européen d'aujourd'hui, celui de troisième génération, appelle à une remise en cause de ces approches fragmentées »⁵⁰. L'étude comparée de la protection du travailleur et du consommateur européen s'inscrit, alors, dans le cadre de cette démarche de « de-spécification » de l'approche du droit de l'Union.

En même temps, cette remise en cause des approches fragmentées peut amener à une étape supplémentaire qui révélerait une troisième raison de légitimer la démarche de comparaison. L'idée serait, en effet, d'essayer de contribuer, ne serait-ce que dans une mesure limitée par le champ matériel et les contraintes du présent travail, à l'élaboration d'une « doctrine d'ensemble »⁵¹ de la protection des acteurs du

⁴⁹ On pense notamment, en ce qui concerne notre champ matériel d'étude, à l'objectif du libre fonctionnement du marché intérieur, d'une part, et à celui de la protection du consommateur et du travailleur, d'autre part.

⁵⁰ Jean-Sylvestre BERGÉ, « Question du vocabulaire : impact de la disparition du terme « Communauté » et de ses dérivés dans les traités sur l'Union européenne sur le droit des contrats », *RDC* 2008, n° 2, p. 523-526, not. p. 525-526.

⁵¹ Le terme est emprunté à Monsieur Ludovic Bernardeau qui l'emploie à propos de la démarche de la Cour de Justice en matière du droit de rétractation: « la décision du 13 décembre dernier participe

marché, citoyens de l'Union, par le droit européen. On pourrait, certes, alléguer que les différents projets visant la création d'un droit européen des contrats que nous avons déjà exposés⁵² sont également motivés par cette même préoccupation de vision d'ensemble. Il n'en demeure pas moins que ces projets se heurtent, pour l'instant, à un manque important de consensus politique ainsi qu'à une absence de préparation des droits nationaux à une telle entreprise.

Il faut également noter que les deux démarches ne sont pas exclusives l'une de l'autre. On peut même affirmer qu'elles sont complémentaires. En même temps que le travail sur des projets ayant une vocation globale et en attendant que les conditions politico-juridiques soient éventuellement réunies, il serait pertinent de repenser l'acquis européen déjà existant qui n'a pas, à notre sens, atteint ses limites. En identifiant des logiques communes dans les règles européennes déjà existantes, il serait possible de proposer une lecture différente qui, si elle n'a pas un caractère unificateur, peut constituer le point de départ d'une doctrine plus globale. Au-delà d'une meilleure compréhension du droit de l'Union, on pourrait penser à des applications par analogie entre les dispositions protectrices des deux acteurs. Etant donné que la réglementation européenne du consommateur est sans doute plus avancée que celle du travailleur, cette réflexion aboutirait à une application extensive de certaines dispositions protectrices du consommateur au travailleur. Loin d'être contradictoire avec les questionnements autour d'un projet de droit commun des contrats au niveau européen, cette démarche – sans doute beaucoup moins ambitieuse mais plus pragmatique – leur est complémentaire, dans la mesure où elle peut être considérée comme une étape préalable, comme un point de départ de ces derniers.

9. Pertinence de la comparaison du travailleur et du consommateur du point de vue du droit national– Proposer une lecture comparative de la protection du consommateur et du travailleur en droit national pourrait paraître déstabilisant, voire choquant pour le juriste national. La première objection se situe dans la

incontestablement à l'élaboration progressive d'une doctrine d'ensemble du droit de rétractation » V. Ludovic BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac*, aff. C-423/97 », *JCP G* 2000, I, 168, p.1719-1728, not. p 1719.

⁵² V. *supra*, sous n° 5.

conception même de la comparaison, à savoir la comparabilité des deux acteurs. S'il décèle une base civiliste commune ainsi qu'un objectif de protection de la partie faible justifiant un régime contractuel aménagé, en d'autres termes une relation contractuelle inégalitaire⁵³, le juriste national a souvent tendance à considérer que les aspirations sont différentes. Cette différence excluerait la comparaison, non seulement aux yeux des auteurs plus classiques mais également pour une partie de la doctrine plus récente. Les propos de Monsieur Frédéric Bérenger reflètent bien cette aporie : « malgré le même objectif de protection, il demeure possible d'entrevoir des aspirations différentes. B. Bonjean [...] a bien relevé à cet égard que le problème de l'ouvrier de 1870 (travaillant, dès l'âge de huit ans, une soixantaine d'heures par semaine) était de savoir s'il mangerait le lendemain. La préoccupation du consommateur, de nos jours, est de savoir si ce qu'il va manger le lendemain est sain ou non »⁵⁴. Cette objection est compréhensible, dans la mesure où elle s'inscrit dans une dogmatique juridique bien établie. Elle trouve ses racines dans les conditions historiques, sociales et politiques qui ont façonné le statut que le droit national accorde au travailleur et au consommateur, qui sont une sorte de contractants privilégiés. Toutefois, des auteurs ont remis progressivement en question cette approche parfaitement cloisonnée et, partant, à s'interroger sur le rôle de la branche dans la dogmatique juridique, en jetant des passerelles entre les différentes branches de droit⁵⁵. « Les branches du droit étudiées avaient souffert, dans un premier temps, d'une crise d'adolescence. A l'issue de cette période, ces branches se sont détachées du droit commun et ont acquis peu à peu une spécificité, une irréductibilité qui s'est achevée par l'acquisition d'un statut spécial » remarque à cet égard Madame Cécile Caseau-Roche⁵⁶. Si les liens entre le droit civil et les régimes contractuels spéciaux

⁵³ Terme emprunté à Madame Juliette Robichez. Juliette ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, thèse dactyl., Université Paris I, 1999, not. p. 483, n° 594..

⁵⁴ Frédéric BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Aix-Marseille, PUAM, 2007, not. p. 17.

⁵⁵ V. notamment une réflexion très intéressante menée par Madame Juliette Robichez qui se penche sur un examen comparé du droit du travail, du droit de la concurrence ainsi que du droit de la consommation. Juliette ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, op. cit.

⁵⁶ Cécile CASEAU-ROCHE, *Droit du travail et droit commun des obligations*, mémoire de DEA, Université Paris I, 1994, not. n° 52 et 53, cité par Juliette ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, op. cit., not. n° 594.

dont il est la terre natale et le socle communs sont plus facilement perceptibles⁵⁷, on peut également constater une dialectique entre les différents contrats spéciaux, dont le contrat de travail et le contrat de consommation. Madame Juliette Robichez souligne la perméabilité entre les différents régimes contractuels aménagés : « les différentes branches du droit se sont en effet influencées mutuellement et le fait d'avoir été nourries au même sein a sans aucun doute facilité la circulation des modèles »⁵⁸. Abordant la question du point de vue de la protection du contractant faible, Madame Audrey Combaluzier-Vaude aboutit à la même conclusion : « non seulement ces différents droits influencent le droit commun mais ils s'influencent également entre eux, en raison de la convergence d'objectif qui les anime parfois. Les techniques du droit de la consommation se propagent ainsi au droit de la concurrence ou au droit du travail »⁵⁹. Il convient alors de constater une certaine perméabilité des deux matières, qui incite à la comparaison⁶⁰, même si celle-ci n'est pas communément admise.

A supposer que le juriste national soit convaincu de l'existence d'une comparabilité du consommateur et du travailleur, il reste tout de même perplexe face à la pertinence d'une telle démarche. Celle-ci pourrait, en effet, être perçue comme une complexification inutile d'une dogmatique juridique bien ordonnée. Néanmoins, la lecture proposée invite à repenser des domaines du droit national que l'on considère bien établis mais qui, sous l'effet de l'influence du droit européen, subissent des mutations importantes. Il est, à ce titre, intéressant de signaler que d'autres droits nationaux ne connaissent pas cette étanchéité entre le régime de protection du consommateur et du travailleur⁶¹. Sans perdre de vue le contexte contractuel, la comparaison des deux domaines de protection permet, alors, de raisonner plutôt en

⁵⁷ V. parmi d'autres Denis MAZEAUD, «L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux» in Geneviève PIGNARRE (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005, p. 73-97, not. p. 76 : « le droit commun déborde le Code civil et se trouve parfois énoncé dans d'autres niches, de même que tous les droits spéciaux ne sont pas confinés dans les Codes spéciaux ».

⁵⁸ Juliette ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, op. cit., not. n° 595.

⁵⁹ Audrey COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, thèse dactyl., Université de Montpellier I, Montpellier, 2008, p. 23.

⁶⁰ Juliette ROBICHEZ, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, op. cit., not. n° 3: «des études croisées pourront être menées en vue de mettre au jour des éventuelles interférences qui existent entre ces branches».

⁶¹ Sur la conception du droit allemand, v. Klaus HÜMMERICH & Joachim HOLTHAUSEN, « Der Arbeitnehmer als Verbraucher », *NZA* 2002, p. 173-181.

termes d'acteurs qu'en termes de relations contractuelles, en d'autres termes de mener une réflexion « de-contractualisée » de la protection accordée. N'est-ce pas, d'ailleurs, une telle démarche qui se trouve derrière l'obligation de sécurité à la charge du fabricant, mise en place par la Cour de Cassation bien avant la transposition de la directive sur les produits défectueux, dont le champ de protection dépasse la personne qui a directement contracté avec lui⁶²?

10. Annonce du plan- Quelles sont alors les transformations que le droit national subit en tant que point de départ et d'arrivée du droit de l'Union ? Quel est le rôle de ce dernier ? Comment les interactions entre les deux ordres juridiques se réalisent-elles ? Quel est l'impact de ce processus d'eupéanisation sur la notion et le régime du consommateur et du travailleur tant en droit national qu'en droit européen ? Telles sont les interrogations qui ont motivé le choix et la délimitation de notre champ d'étude. Afin de le traiter, et compte tenu de la complexité qu'implique l'existence d'une lecture à deux niveaux, l'articulation de systèmes juridiques et l'articulation de champs matériels, nous avons opté pour un axe de répartition analytique, dans l'objectif de faciliter la démonstration. Cette lecture traite des deux facettes de l'eupéanisation du droit national dans les champs matériels de l'étude, en suivant des syllogismes symétriques.

Nous proposons ainsi d'examiner, dans un premier temps, la contribution du droit national à l'élaboration du droit européen. Il s'agit du volet le plus méconnu du processus de l'eupéanisation du droit national, son rôle en tant que source du droit de l'Union. Notre point de départ est la conception que le droit national réserve au consommateur et au travailleur avant toute intervention du droit européen. Il s'agit d'un retour sur le droit national qui s'avère nécessaire notamment pour le juriste européeniste qui n'est pas nécessairement spécialiste de l'état du droit national antérieur à l'intervention européenne en ce qui concerne les deux champs matériels considérés. Une fois ces modèles nationaux esquissés, nous pourrions examiner par quel biais et dans quelle mesure ils ont pu exercer une influence sur l'élaboration des normes européennes portant sur les deux acteurs, qui constituent notre point d'arrivée.

⁶² Sur cette question v. *infra* sous n° 307 et s.

Dans un second temps, nous nous pencherons sur l'autre facette de l'eupéanisation du droit national, à savoir l'influence que celui-ci exerce au stade de l'application des règles européennes. En effet, si le droit européen trouve ses racines dans les systèmes juridiques nationaux, il n'en demeure pas moins qu'il construit un système et des conceptions qui lui sont propres. Il convient alors de dresser les grandes lignes du modèle européen du consommateur et du travailleur. C'est l'étape préalable de l'étude de l'influence de ces conceptions sur le droit national. Ce dernier stade de la réflexion implique une interrogation tant sur l'ampleur que sur les acteurs de l'influence européenne.

Partie I : La participation du droit national à l'élaboration du droit européen

Partie II : La mise en oeuvre du droit européen dans le contexte national

PARTIE I : LA PARTICIPATION DU DROIT NATIONAL A L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN

11. La participation du droit national à l'élaboration du droit de l'Union, une étape méconnue du processus d'eupéanisation du droit national- La participation du droit national à l'élaboration du droit de l'Union constitue le premier volet, d'un point de vue chronologique, du processus d'eupéanisation du droit national. C'est également le volet le moins visible et accessible aux juristes, et, par conséquent, le plus souvent ignoré. Pourtant, cette étape est tout aussi importante que celle de l'application des règles européennes en droit national. Elle permet de saisir la notion des interactions entre les deux ordres juridiques et facilite la compréhension des règles européennes produites et, par voie de conséquence, leur application en droit national.

La participation du droit national à l'élaboration du droit européen ne se limite pas aux règles européennes créées *ab initio* mais concerne également la révision du droit européen déjà existant. En effet, chaque initiative législative européenne donne lieu à de nouvelles interactions du droit de l'Union et du droit national, qu'elle porte sur des parties du droit européen déjà existants ou sur des domaines sur lesquels l'Union légifère pour la première fois.

Afin d'aborder le droit national en tant que source du droit de l'Union dans les deux champs matériels considérés, il convient, d'abord, de déterminer le point de départ, à savoir les traits caractéristiques du droit national avant le processus d'eupéanisation (Titre I). Ce sont ces traits caractéristiques de la conception nationale, autrement dit les modèles nationaux des contrats conclus par le consommateur et le travailleur, qui détermineront le sens de l'influence nationale sur le droit européen, qui est notre point d'arrivée (Titre II)

TITRE I: RETOUR SUR LA CONCEPTION DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR EN DROIT NATIONAL

12. Dresser les modèles nationaux, une étape nécessaire à l'étude de l'eupéanisation du droit national– Dresser les principaux traits du droit national antérieur à l'intervention européenne est une étape nécessaire pour étudier le premier volet de l'eupéanisation du droit national, à savoir son rôle en tant que source du droit de l'Union. Cette démarche s'avère utile notamment pour l'eupéaniste, non spécialiste des matières considérées en droit national. L'objectif des deux chapitres qui suivent est d'esquisser la conception que le droit français consacre aux contrats conclus par le travailleur et le consommateur. Etant donné que pour le droit national les deux acteurs sont avant tout des contractants, leur conception passe, respectivement, par l'étude du contrat de travail et du contrat de consommation. Nous chercherons à dégager, pour chacun des deux contrats, l'élément notionnel principal qui nous permettra non seulement de confirmer ou d'infirmer leur similarité conceptuelle mais également d'identifier les sources d'inspiration du droit européen, dans un premier temps, puis l'influence que ce dernier a su exercer sur le droit national. Cette démarche nous oblige à remonter dans le temps. Pour que l'on puisse légitimement parler de « modèle national », il faudra, en effet, prouver que celui-ci est lié à la tradition juridique, la culture et l'histoire de chaque pays. Une simple position législative, jurisprudentielle ou doctrinale, susceptible d'être modifiée à n'importe quel moment, ne saurait donc décrire un « modèle » national. C'est pour cette raison que les développements présentent une forte dimension historique, parfois au détriment d'une analyse approfondie des enjeux plus contemporains, étant donné que ces derniers sont plus susceptibles d'être influencés par le droit de l'Union.

Cela étant, les deux contrats ayant une histoire et des origines différentes, la démarche varie en amplitude en fonction du contrat considéré. Alors que l'aménagement juridique particulier du contrat de consommation, émancipé du régime du Code civil, a une histoire relativement courte, le contrat de travail plonge

ses racines, ne serait-ce que sous un vocable différent⁶³, au moins dans le Code civil de 1804⁶⁴. Cette constatation révèle un certain nombre d'obstacles, en ce qui concerne notamment le contrat de travail. S'agissant d'une question qui a intéressé la jurisprudence et la doctrine depuis le 19^{ème} siècle (pour ne pas remonter plus loin) et qui demeure d'actualité, il faudra puiser dans une importante masse bibliographique portant notamment sur l'émergence du lien de subordination⁶⁵. Malgré son histoire relativement récente, le contrat de consommation a également fait l'objet d'une doctrine abondante⁶⁶.

En dépit d'évidentes difficultés pour synthétiser cette production, l'intérêt de l'entreprise demeure important. Il ne s'agit pas d'entrer dans les détails de la question ni d'en proposer une lecture nouvelle, mais d'en dégager l'élément fondamental qui nous permet d'identifier la conception française du contrat de travail et du contrat de consommation, puis de comparer les mécanismes de protection accordée à chacun de ces deux contractants.

13. Le modèle national du contrat de travail et du contrat de consommation– Par conséquent, l'étude consiste à présenter ce que le droit national, par l'intermédiaire de ses acteurs, à savoir principalement le législateur et le juge⁶⁷, reconnaît comme élément primordial de chaque contrat et, partant, de chacun des

⁶³ On pense notamment au terme « louage de service », V. *infra*, sous n° 17 et s.

⁶⁴ Certains auteurs remontent également à l'Ancien régime. Toutefois, nous considérons le Code civil comme point de départ, dans la mesure où les institutions du travail subordonné sous l'Ancien régime sont différentes. Le changement notionnel traduit certainement la transformation des rapports productifs. V. notamment Jacques LE GOFF, *Droit du travail et société – Les relations individuelles de travail*, Rennes, P.U.R., 2002 ; *Du silence à la parole – Une histoire du droit du travail*, Rennes, P.U.R., 2004 ; Robert CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995.

⁶⁵ V. *infra*, sous n° 17 et s.

⁶⁶ V. *infra*, sous n° 30 et s.

⁶⁷ On ne saurait, cependant, négliger la place prépondérante accordée en droit du travail aux accords collectifs, qui démontre que l'élaboration de cette matière est beaucoup plus complexe. En effet, les conventions collectives ont un effet impératif et *erga omnes* à l'égard des contrats de travail. En particulier, les conventions collectives de branche ont été conçues comme de véritables « lois de la profession » ayant pour objet de déterminer les conditions de travail et d'emploi des salariés. Ce sont elles qui définissent les grilles de classification (les différentes catégories d'emploi) et les salaires minimaux correspondant à chaque type d'emploi présent dans la profession. De même, en droit de la consommation, certains acteurs (comme par exemple la Commission des Clauses Abusives) ou encore les associations de défense des consommateurs jouent un rôle significatif. Cependant, notre intérêt se focalise sur l'action du législateur et du juge sur la relation individuelle du travail ainsi que sur le contrat conclu par le consommateur. C'est notamment de cette action que l'on dégagera les traits principaux de la conception nationale.

deux contractants. Les travaux doctrinaux viendront peaufiner le portrait esquissé. Si dans les deux cas de figure le législateur national cherche à protéger la partie faible au contrat (*Chapitre I*), les mécanismes mis en place ne sont pas de la même nature (*Chapitre II*).

14. Le consommateur et le travailleur en tant que contractants– Le contrat de travail est une « convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, et moyennant une rémunération »⁶⁸. Il est donc une convention et, à ce titre, *a priori* soumis au principe de la liberté contractuelle, exprimé dans l'art. 1134 al. 1 du Code civil⁶⁹. Même si, lors de la rédaction du Code civil, cet article reposait sur l'idée que le contrat, « émanation de la loi », oblige les parties à tenir leurs engagements plutôt que sur l'autonomie de la volonté⁷⁰, il ne s'agit pas moins que l'expression du libre jeu des volontés individuelles. Dans cette optique, l'employeur et le travailleur seraient considérés comme deux parties *a priori* égales, qui, ayant un consentement libre et éclairé, forment une convention de gré à gré, fondée sur l'autonomie de la volonté⁷¹. Toutefois, en raison des particularités du contrat de travail et notamment du lien de subordination, cette relation contractuelle est par nature inégalitaire⁷². Face à cette inégalité des parties, le droit commun s'avère insuffisant. Le même constat est également valable pour le contrat de consommation. En effet, en dépit des évolutions et encadrements législatifs actuels différents, le travailleur et le consommateur partagent un passé commun : à l'époque de la promulgation du Code civil, tous les deux sont considérés comme des parties qui concluent des contrats « comme les autres », ayant une volonté libre et un consentement éclairé, et qui ne méritent pas de traitement, voire même de terminologie, qui leur est propre. Ils partagent également un mouvement d'émancipation du tronc commun du droit des contrats.

⁶⁸ Guillaume Henri CAMERLYNCK, *Traité du droit du travail, t. 1, Contrat de travail*, 1^{re} éd., Paris, Dalloz, 1968, n° 28, p. 45.

⁶⁹ Selon cet alinéa « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». D'ailleurs, l'article L. 1221-1 du Code de travail renvoie aux dispositions du droit commun, en énonçant que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter ».

⁷⁰ Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^{ème} édition, Paris, PUF, 2012, p. 32.

⁷¹ Cependant, cette expression, attribuée à Kant, n'est véritablement imposée dans le langage juridique français qu'à la fin du 19^{ème} siècle. V. sur ce point, Jean-Louis HALPERIN, *idem*, p. 144 s.

⁷² Gérard LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. Ouvr.* 1951, p. 1-5 (réédité *Dr. Ouvr.* 2004, p. 52-56), not. p. 5 : « La notion de travail dépendant cache à peine le fait de l'exploitation de l'homme par l'homme ».

Ainsi, la multiplication des contrats de consommation, due principalement à l'évolution des contextes économique, technologique et social, révèle que ce contrat n'est pas comme les autres, conclu par des parties égales. Il s'agit d'un contrat inégalitaire, dans la mesure où les cocontractants n'ont ni le même pouvoir de négociation ni les mêmes moyens de défense de leurs intérêts⁷³.

Le terme « contrat de consommation » ne figure pas dans le Code de la consommation ou dans le Code civil et il n'est pas non plus couramment employé par la jurisprudence⁷⁴. D'ailleurs, un auteur le qualifie de « terme impropre », tout en le retenant⁷⁵. On lui préfère souvent le terme « contrat conclu entre un professionnel et un consommateur »⁷⁶. Toutefois, c'est un terme communément admis au sein de la doctrine pour désigner le « contrat conclu par un consommateur et soumis, de ce fait, aux dispositions spéciales du droit de la consommation »⁷⁷. D'ailleurs, certains auteurs ne manquent pas d'observer qu'en l'absence d'une prestation caractéristique commune à tous les contrats conclus par le consommateur, il existe en réalité plusieurs contrats de consommation⁷⁸.

15. Le travailleur et le consommateur en tant que parties faibles- Le consommateur et le travailleur sont alors considérés comme parties faibles⁷⁹ et les contrats qu'ils concluent se sont progressivement émancipés du droit commun.

⁷³ Sur la question de l'inégalité des parties v. Jean-Pascal CHAZAL, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse dactyl., Université Grenoble II, 1996.

⁷⁴ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAU, *Les contrats de consommation. Règles communes*, Paris, LGDJ, 2013, p. 11-13.

⁷⁵ Hélène BRICKS, *Les clauses abusives*, Paris, LGDJ, 1982, p. 3 qui, toutefois, retient une définition très restrictive du contrat de consommation : « tout contrat écrit, conclu par adhésion, entre un professionnel et un consommateur ». Il faut, cependant, prendre en considération que l'auteur écrit sa thèse avant même l'adoption de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, qui a marqué l'essor des mesures « horizontales » de protection du consommateur.

⁷⁶ V. par exemple la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 qui se réfère, dans son article 35, aux « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ». Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, *JO* du 11 janvier 1978, p. 301.

⁷⁷ Denise POMBIÉLH, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats*, thèse dactyl., Université de Pau, 2002, n°20; Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAU, *Les contrats de consommation. Règles communes*, op. cit., p. 14; Guy RAYMOND, « Les contrats de consommation », in Jean CALAIS-AULOY, Hervé CAUSSE (dir.), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Paris, Litec, 1995, p. 37-57.

⁷⁸ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAU, *Les contrats de consommation. Règles communes*, op. cit., not. p. 17 et s.

⁷⁹ Sur la notion de partie faible v. parmi d'autres : Audrey COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, thèse dactyl., Université de Montpellier I, 2008 ; Marcel FONTAINE, Jacques GHESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996.

Toutefois, les deux relations contractuelles n'étant pas de la même nature, les éléments caractéristiques de la conception nationale différent.

Il ne s'agit ni de présenter tout l'encadrement législatif des contrats conclus par le consommateur et le travailleur ni de résumer toutes leurs évolutions historiques. Cela serait d'ailleurs, une mission vouée à l'échec, dans la mesure où comme le remarque un auteur, à propos du contrat de consommation, « l'histoire du consommateur [...] se confondrait avec l'histoire des civilisations ; ce serait vouloir réécrire toute l'histoire en se plaçant d'un point de vue singulier»⁸⁰. Il s'agit simplement de poursuivre une démarche de modélisation permettant d'aborder le processus d'eupéanisation du droit national.

Parties à des contrats inégalitaires, le travailleur subordonné (*Section 1*) et le consommateur profane (*Section 2*) sont ainsi protégés par le législateur national en tant que contractants en situation de faiblesse.

⁸⁰ Yvan AUGUET (dir.), *Droit de la consommation*, Paris, Ellipses, 2008, p. 9.

SECTION 1 : LE TRAVAILLEUR PARTIE FAIBLE SUBORDONNÉE

16. La subordination, élément inhérent à la conception du contrat de travail- Les principales étapes de l'évolution de la conception du contrat de travail démontrent, d'une part, l'émancipation du contrat de travail de l'emprise du droit civil et, d'autre part, le rôle central du lien de subordination qui fait partie de la nature même du contrat et, partant, de la notion de travailleur. C'est, d'ailleurs, avec la reconnaissance du lien juridique de subordination qu'il est apparu indispensable d'établir une réglementation propre afin de saisir cette situation juridique particulière et, partant, de s'extraire d'une conception purement civiliste.

On entend, en effet, par le terme subordination l'obligation du travailleur de se soumettre aux ordres émis par son employeur. La subordination implique ainsi la notion de dépendance mais va aussi au-delà de celle-ci, dans la mesure où elle signifie la soumission du salarié à l'autorité de son employeur⁸¹.

Si on tente de tracer les grandes lignes de la naissance du contrat de travail, en fixant comme point de départ la mise en vigueur du Code civil, nous constatons que le juge, puis le législateur ont progressivement pris conscience de l'inadaptabilité du droit commun à régir cette relation contractuelle, fortement marquée par le lien de subordination (*Paragraphe I*). En l'absence d'une définition donnée par la loi, c'est la jurisprudence qui, appuyée par la doctrine, est venue préciser les contours de cette notion (*Paragraphe II*).

⁸¹ V. Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd. PUF, Paris, 2007 qui définit la subordination comme la « situation de dépendance du travailleur, placé, en droit, sous l'autorité de celui pour lequel il effectue une tâche ; dépendance plus précisément caractérisée par le pouvoir, pour l'employeur, de donner au travailleur des instructions, des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en vérifier les résultats ainsi que de sanctionner les manquements de son subordonné, à charge d'assurer les risques de son activité ». Sur la caractérisation du lien de subordination, v. également, parmi d'autres, Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004 ; Thomas PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, Paris, LGDJ, 2010 ; Thérèse AUBERT-MONTPEYSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, Paris, C.N.R.S, 1988 ; Alexandre FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Paris, LGDJ, 2010 ; Emmanuel DOCKES, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.* 2011, p. 546-557.

Paragraphe I : L'émancipation du contrat de travail du Code civil

17. Le contrat de louage d'ouvrage et d'industrie dans le Code civil

- Traité par le droit romain au même titre que le louage des choses⁸², le régime du rapport de travail a connu des mutations significatives suivant les évolutions de l'industrie, avant que sa contractualisation ne soit consacrée par le Code civil de 1804 qui qualifiait, dans son article 1779, la fourniture d'un travail contre rémunération de « contrat de louage d'ouvrage et d'industrie »⁸³.

Cette disposition s'inscrit dans la lignée de la Révolution de 1789 qui proclamait la liberté individuelle et la liberté de l'industrie et du commerce. La relation de travail était alors conçue comme un échange de la mise à disposition de la force ouvrière contre une rémunération. Il s'agissait d'une convention « comme les autres ».

A une époque où l'on ne soupçonnait pas l'essor que l'industrie et le commerce connaîtraient par la suite, ce qu'on appellera plus tard « le contrat de travail » relevait ainsi de la liberté contractuelle⁸⁴. En effet, le travail industriel étant quasiment inexistant en 1804, le groupe des travailleurs visé par le législateur était plutôt celui « des petits travailleurs indépendants et non pas celui du travail subordonné,

⁸² En effet, le droit romain soumettait la *locatio operarum*, à savoir le louage de service, au même régime que le louage des choses. V. Gérard AUBIN, Jacques BOUVERESSE, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, 1995, p. 9. Le droit romain opérait une distinction, que le Code civil de 1804 a d'ailleurs reprise, entre le louage de choses (*locatio rei*), le louage de service (*locatio operarum*) et le louage d'ouvrage (*locatio operis faciendi*). Cette trichotomie a été transcrite dans le Code civil par la création de trois contrats différents, sous le nom de louage de choses, de louage des gens de travail et de louage des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés. V. sur ce point, Alain SUPPIOT, *Droit du travail*, Paris, PUF, Collection « Que sais-je ? », 2004, p. 15 et aussi Paul VIRTON, *Histoire et politique du droit du travail*, Bibliothèque de la Recherche Sociale, Paris, 1968, p. 19. V. également Robert CASTEL, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, op. cit. ; Alain SUPPIOT, *Critique du droit du travail*, 2^{ème} édition, collection « Quadrige », Paris, PUF, 2007.

⁸³ Le travail subordonné comme le travail indépendant était régi par le Chapitre III, intitulé « du louage d'ouvrage et d'industrie », du Livre VIII du Code civil et plus précisément par les articles 1779 à 1781. L'article 1779 disposait qu'« il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1^o le louage de gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ». L'article 1780, appartenant à la section au titre révélateur de « Du louage des domestiques et ouvriers » disposait qu'« on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ». Enfin, l'article 1781 établissait une règle extrêmement favorable à l'employeur, qui n'a été abrogée qu'en 1868, en disposant que « le maître est cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le paiement du salaire de l'année échue et pour les acomptes donnés pour l'année courante ». V. la version officielle du Code civil de 1804 sur le site internet de l'Assemblée Nationale, <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-l3t08c3.pdf> (consulté le 20.09.2014).

⁸⁴ V. en ce sens, Emmanuel DOCKES, Gilles AUZERO, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, Précis, 29^{ème} édition, 201, p. 7-10.

contraire aux idéaux de liberté et d'égalité, défendus par la Révolution »⁸⁵. Ainsi, aucune limite concernant la durée⁸⁶, les engagements des parties, la rémunération ou la fin du contrat n'est prévue par le code. On peut remarquer le même laconisme concernant la relation de travail dans l'œuvre de Robert-Joseph Pothier, qui dans son *Contrat de louage* ne traite du le contrat de travail qu'il considère « comme en dehors des relations juridiques, comme une affaire de police qui n'a pas à prendre sa place dans des études de droit civil »⁸⁷.

18. L'existence de la subordination du salarié en dépit du dogme de l'autonomie de la volonté contractuelle– Les deux parties au contrat, employeur et salarié, sont *a priori* considérées comme égales. Dès lors que leur consentement est libre et éclairé, les stipulations contractuelles sont valables et aucune intervention du législateur ne semble s'imposer. « Qui dit contractuel dit juste », énonce la célèbre formule de Fouillée⁸⁸ ; les parties au contrat sont les meilleurs défenseurs de leurs propres intérêts : c'est le triomphe du dogme de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. C'est également l'époque où « les juristes ne voyaient plus [...] de réelle opposition entre la liberté contractuelle et l'ordre public », où il existait une sorte de « synonymie » entre ces deux notions⁸⁹.

Le modèle du rapport de travail visé par le Code civil de 1804 percevait le travailleur subordonné comme autrefois l'étaient les valets ou les domestiques. « Du louage des domestiques et ouvriers » : l'intitulé de la section du Code civil relative au louage d'ouvrage est à cet égard très significatif. Les termes utilisés par l'article 1779 du même code sont encore plus révélateurs de l'inégalité des parties : « le louage de *gens* de travail ». Ainsi distingue-t-on d'un côté le maître ou le patron et de l'autre « les gens de travail », dont la qualification ne semble pas très importante. On comprend ainsi rétrospectivement pourquoi le droit du travail subordonné s'est

⁸⁵ V. Alain SUPIOT, *Droit du travail, op. cit.*, p. 16.

⁸⁶ La première réglementation concernant la durée du travail fût établie par l'ordonnance du 26 septembre 1806, qui indiquait, uniquement pour certaines professions, des horaires de travail. V. Edouard DOLLEANS, Gérard DEHOVE, *Histoire du travail en France des origines à 1919*, Paris, éd. Domat Montchrestien, 1953, p. 159. V. également Jean-Pierre LE CROM (dir.), *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris, Les éditions de l'Atelier, Points d'Appui, 1998.

⁸⁷ Cité par Georges BRY, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 5^{ème} édition, 1912, p. 65.

⁸⁸ Alfred FOUILLEE, *L'idée moderne du droit*, 3^{ème} édition, Paris, Hachette, 1890, p. 187.

⁸⁹ Christophe JAMIN, «Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux», in Grégory LEWKOWICZ, Mikhaïl XIFARAS (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 175-220, not. p. 178-179.

émancipé de la conception civiliste. Sans doute, les auteurs du Code civil n'avaient pas encore véritablement perçu la transformation des rapports productifs et l'essor du salariat. Or, le salariat constitue une rupture, non seulement par le phénomène de masse qu'il constitue, mais encore par l'inscription essentielle de ce rapport de travail particulier dans le fonctionnement de l'économie, devenant à ce moment-là une économie capitaliste.

19. La reconnaissance de la subordination dans les travaux doctrinaux-

Si elle est sous-jacente aux premiers encadrements législatifs du contrat de travail, c'est au sein de la doctrine, dans un premier temps, puis dans la jurisprudence, que la subordination a émergé en tant que critère distinctif du contrat de travail, en même temps que l'essor du droit social. Le rôle de la doctrine s'avère d'autant plus important que celle-ci exerçait à l'époque, notamment à travers la Société d'études législatives, une influence significative sur le processus législatif.

Deux voies différentes ont été empruntées par la doctrine : en premier lieu, les auteurs ont effectué un travail théorique, qui s'est notamment exprimé dans les thèses soutenues dans les facultés de droit ainsi que dans les cours dispensés. En second lieu, un travail pour ainsi dire plus concret concerne l'interprétation des dispositions des textes législatifs ou de la jurisprudence.

20. La revendication de l'appellation « contrat de travail »- Reconnaître la particularité du rapport de travail signifie avant tout lui attribuer une appellation qui lui est propre, loin de la notion de « contrat de louage de service » consacrée par le Code civil. Jusqu'aux dernières décennies du 19^{ème} siècle, la doctrine s'est référée à la relation de travail en utilisant plutôt les termes de « législation industrielle » ou « ouvrière ». Les intitulés des manuels de l'époque sont significatifs⁹⁰. Néanmoins, influencée par l'essor du travail industriel, la doctrine revendiquera ensuite l'utilisation d'un terme plus approprié, celui de « contrat de travail⁹¹ »⁹².

⁹⁰ V. à titre d'exemple Paul PIC, *Traité élémentaire de la législation industrielle*, Paris, A. Rousseau, 1894 ; Jean-Maurice DUFOURMANTELLE, *Précis de législation industrielle*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1892 ; Georges BRY, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, Lerose, 1895 ; Louis COURCELLE, *Traité de législation ouvrière*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1902.

⁹¹ Le terme « travail » ne constitue pas une innovation en soi. Il était déjà utilisé par l'article 1711 du Code civil, disposant que « ces deux genres de louage se subdivisent encore en plusieurs espèces particulières : [...] loyer, le louage du travail ou du service ». En effet, à la suite de l'adoption de la loi du 28 décembre 1910 « portant codification des lois ouvrières », le « Code du travail » (Il s'agissait plutôt d'une compilation des différentes lois régissant le droit du travail, ce qu'on pourrait appeler une

codification à droit constant, sans modification sur le fond des dispositions reprises. V. sur ce point, Francis HORDERN, « Codification ou compilation ?, Autour de la naissance du Code du travail », in Jean LUCIANI (dir.), *Histoire de l'office du travail 1890-1914*, Paris, éd. Syros, 1992, p. 247-257) consacrait pour la première fois (le terme avait été utilisé pour la première fois par la loi du 18 juin 1901) le terme « contrat de travail ». Il en va de même des premiers congrès internationaux réunissant les spécialistes en la matière (V. par exemple le congrès de Bruxelles en 1897, de Paris en 1900 ou de Bâle en 1901, qui a fondé l'Association internationale pour la protection légale des travailleurs). Il n'en reste pas moins que la relation de travail est encore loin de son émancipation totale du droit civil et l'interventionnisme étatique n'est pas moins symptomatique. Avant la loi de 1910, un projet de loi du 2 juillet 1906 avait été déposé par le ministre Gaston Doumergue avec pour objet notamment d'établir le cadre juridique du contrat individuel de travail, de définir les conventions collectives, le règlement d'atelier, l'effet des obligations et la résolution du contrat⁹¹. Ce projet s'inspirait lui-même des travaux de la Société d'études législatives alors influente. Finalement, le projet n'a jamais été adopté et on lui a préféré une codification des lois ouvrières existantes. Toutefois, les débats autour de ce projet qui envisageait une définition légale du contrat de travail, demeurent intéressants, dans la mesure où ils démontrent que la notion de contrat de travail n'a pas toujours eu le même sens et qu'assurément l'histoire de cette reconnaissance n'est pas linéaire. Les travaux de la commission de travail de la Chambre en charge de la discussion du projet sont révélateurs de ces problématiques : « convenait-il d'adopter cette épithète nouvelle en droit civil de « contrat de travail » ou de conserver l'ancienne de « louage de service » ? Le terme louage de service, qui exclut d'ailleurs les employés, contient une idée de dépendance, de subordination qui s'accorde mal avec la conception que l'on se fait aujourd'hui, et avec les tendances du projet actuel. Il fallait choisir un mot qui pose, en principe, l'égalité des parties contractantes et l'expression plus large de contrat de travail qui est passé dans l'usage courant et dans la loi elle-même (loi du 18 juin 1901) répond admirablement à cette préoccupation » (V. le Rapport Charbon, présenté le 27 décembre 1907 à la commission de travail de la Chambre, cité par Francis HORDERN, « Du code spécifique à un droit spécifique », Comité d'histoire des administrations chargées du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle, *Cahier* n° 4, septembre 2000, p. 83-92, not. p. 86, note 25, disponible également sur le site internet <http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/cahier4.pdf> (consulté le 22.10.2014)).

⁹² Dans sa thèse intitulée *Du contrat de travail*, Charles Didion propose ainsi une définition du contrat de travail (« convention que font entre eux un patron ou un employeur qui s'engage à payer un salaire fixe à un ouvrier en échange de services que celui-ci doit lui rendre, ou d'un ouvrage qu'il doit exécuter »), sans pour autant se référer explicitement à la subordination. Charles DIDION, *Du contrat de travail spécialement aux points de vue historique et juridique*, Nancy, éd. Gérardin, Nicolle et Beugnies, 1897. De son côté, Paul Pic mentionnait que « nous tenons pour acquise la dénomination de contrat de travail qui tend de plus en plus à passer dans le langage courant, et que plusieurs législations étrangères ont consacré », Paul PIC, *Traité élémentaire de législation ouvrière. Les lois ouvrières, op. cit.*, not. p. 615, contra Marcel Planiol qui, dans son manuel de droit civil, a soutenu que la notion de contrat de travail était « vide de sens et injustifiable ». Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Paris, LGDJ, 1908, not. p. 597 : « On s'égare complètement sur le nom à appliquer à ce contrat. Les économistes se contentent presque tous de dénominations inutiles, ou fausses d'un point de vue juridique. C'est ainsi qu'ils se sont habitués à appeler le louage de travail « contrat de travail ». Cette expression a sans doute une vertu, car c'est d'elle qu'on se sert le plus volontiers dans le monde parlementaire. En droit, elle n'a pas plus de raison d'être que l'expression symétrique « contrat de maison », si on l'appliquait au louage de choses [...]. Il n'y a qu'une seule expression qui ait une valeur scientifique : c'est celle de *louage de travail* [...]. Il ressort avec évidence que l'expression contrat de travail est vide de sens et injustifiable. Le vrai motif qui porte les économistes à adopter la qualification de « contrat de travail », qui est vide de sens, est leur désir d'introduire dans la législation des règles spéciales en faveur des ouvriers. Le monde parlementaire tient à avoir l'air de faire une loi de droit civil, alors qu'on sacrifie toutes les notions juridiques pour établir une *législation de classes* » (italiques dans le texte d'origine).

En effet, à l'origine, ce sont les économistes et non les juristes qui ont employé la dénomination de « contrat de travail »⁹³. Celle-ci ne se répandra que plus tard dans le milieu doctrinal et dans le milieu parlementaire. « Le contrat qui l'unit au bailleur d'ouvrage peut donc, sans forcer le sens des mots, être qualifié de contrat de travail » remarque Paul Pic en 1912⁹⁴. La nouvelle dénomination du contrat marque sans aucun doute une rupture avec le Code civil, rupture qui ne se limite pas à la forme mais touche aussi le fond : elle signifie ainsi la mise en valeur « du caractère structurellement inégalitaire du rapport de travail »⁹⁵.

Employé pour désigner la relation entre le patron et l'ouvrier, ce nouveau terme ne fait pas encore référence, en tout cas formellement, au lien de subordination comme critère distinctif du contrat de travail. « On réserve souvent [...] ce mot pour désigner uniquement le louage de service, le louage de travail, c'est-à-dire le contrat par lequel l'ouvrier s'engage à travailler sous l'autorité, la direction et la surveillance du chef de l'industrie » remarque Georges Bry⁹⁶. Le lien de subordination sera expressément reconnu par la jurisprudence, comme on le constatera par la suite, à l'occasion de la question des accidents du travail. Cependant, certains auteurs le suggéraient déjà : Camille Perreau écrivait ainsi en 1907 que « pour qu'il y ait contrat de travail, il faut qu'il existe deux parties, sinon un rapport de dépendance et d'autorité, tout au moins une certaine continuité de rapports, d'où résulte que l'un est au service de l'autre »⁹⁷.

21. Les raisons justifiant l'émancipation du contrat de travail du régime général des obligations- Quelles sont les raisons qui expliquent ces positions doctrinales ? Pourquoi la doctrine et la jurisprudence ont-elles insisté sur la mise en valeur de la spécificité du contrat de travail, qui méritait un traitement différent des autres conventions ? Il s'agit d'une question dont les aspects sont assez complexes.

⁹³ C'est, en tout cas, ce que les auteurs de la fin du 19^{ème} siècle soutiennent. V. sur ce point, Francis HORDERN, « Du louage de service au contrat de travail ou de la police au droit (XVIII^e-XX^e siècle) », *Cahiers de l'Institut Régional du Travail*, n° 3, mars 1991, p. 1-127, not. p. 77, note 2.

⁹⁴ Paul PIC, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, Paris, éd. A. Rousseau, 1912, p. 720.

⁹⁵ Thierry REVET, *La force de travail*, Paris, Litec, 1992, p. 40.

⁹⁶ Georges BRY, *Cours élémentaire de législation industrielle, op. cit.*, p. 69.

⁹⁷ Cité par Francis HORDERN, « Du louage de service au contrat de travail ou de la police au droit (XVIII^e-XX^e siècle) », *op. cit.*, p. 79, note 4.

Deux types de raisons peuvent être avancés : d'une part, les raisons politiques et idéologiques et, d'autre part, des raisons plutôt pragmatiques.

On ne saurait, en effet, ignorer le caractère politiquement marqué du Code civil. Sous l'influence des doctrines sociales⁹⁸ qui fleurissent en Europe entre la fin du 19^{ème} siècle et la première moitié du 20^{ème} siècle, une grande partie des auteurs français conçoit le Code Napoléon comme un instrument de la bourgeoisie quelque peu inadapté, dans où ce type de relation ne faisait pas l'objet d'un encadrement juridique. Fondé comme toute la législation de la Révolution française sur le droit de propriété et la liberté individuelle, il néglige, comme le remarque Paul Virton, « le non-possédant »⁹⁹.

En 1904, la célébration du centenaire du Code civil fut une belle occasion pour dresser, en quelque sorte, le bilan et pour constater l'inadaptation du Code aux questions sociales. Nombreuses furent les voix critiques : le Code civil « était fait pour l'homme bourgeois et pour le paysan [...]. Aujourd'hui le citoyen-type ne répond plus à ce signalement. La Révolution s'est continuée avec des éléments nouveaux, avec un programme de réformes qu'on ne pouvait soupçonner il y a 100 ans. La population prise dans son ensemble tourne sur un autre pivot, l'axe s'est déplacé » remarque Edmond Thaller¹⁰⁰. D'autres auteurs comme François Larnaude¹⁰¹ ou Eustache Pilon¹⁰² se joignent à lui en mettant l'accent sur les insuffisances du Code civil concernant le droit ouvrier.

Indépendamment de la marque politique ou idéologique du Code civil, des raisons plus pratiques imposaient la révision des dispositions régissant le contrat de louage de service. La doctrine revendiquait dès les années 1830 un droit spécifique pour les relations entre les salariés et les employeurs, reprochant au Code civil de ne pas être adapté aux questions sociales.

⁹⁸ Sur la naissance et l'évolution des doctrines sociales en Europe, v. l'analyse très approfondie de Georges LEFRANC, *Histoire des doctrines sociales de l'Europe contemporaine*, t. 1. Avant 1914, t. 2. Après 1914, Paris, Aubier-Montaigne, 1966.

⁹⁹ Paul VIRTON, *Histoire et politique du droit du travail*, op. cit., p. 24.

¹⁰⁰ D., 1910, IV, p. 100, cité par Jacques LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours*, op. cit., p. 109.

¹⁰¹ François LARNAUDE, «Le Code civil et la nécessité de sa Révision», in Jean-Louis HALPERIN (dir.), *Le Code civil de 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 901-931.

¹⁰² Eustache PILON, «Réforme du Code civil par voie de Révision générale. Son utilité, son opportunité, les caractères qu'elle devrait avoir», in Jean-Louis HALPERIN (dir.), *Le Code civil de 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 935-951.

Ainsi, certains avaient déjà remarqué le déséquilibre des parties qui constituait la principale spécificité du contrat signé entre le patron et l'ouvrier et qui rendait le droit commun inadéquat. « Cette transaction est-elle libre de la part de l'ouvrier ? » se demandait dès 1829 Saint-Amand Bazard pour répondre ensuite par la négative « puisqu'il (l'ouvrier) ne peut subsister qu'aux conditions qui lui sont imposées par une classe peu nombreuse, celle des hommes qu'une législation, fille du droit de conquête, investit du monopole des richesses, c'est-à-dire du droit de disposer à son gré, et même dans l'oisiveté, des instruments de travail¹⁰³ ».

A plusieurs reprises, des auteurs renommés, comme les doyens de la faculté de droit de Paris Alfred Renouard et Ernest-Désiré Glasson, écrivirent des mémoires pour l'Académie des sciences morales et politiques sur le Code civil et les questions ouvrières¹⁰⁴ alors que d'autres publièrent des ouvrages dénonçant l'insuffisance du Code civil et réclamant sa révision pour qu'il puisse s'adapter aux problèmes posés par la relation de travail¹⁰⁵. Certains commençaient même à parler de droit social¹⁰⁶. La doctrine demandait ainsi une intervention étatique pour la création d'une nouvelle législation ouvrière. Plusieurs revues, comme les *Questions pratiques de législation ouvrière et d'économie sociale* furent créées à cette occasion et dans ce but¹⁰⁷. Tous ces travaux contribuent à une prise de conscience de l'insuffisance du droit commun pour régir un contrat qui, caractérisé par la subordination du salarié, est par nature déséquilibré.

¹⁰³ Saint-Amand BAZARD (dir.), *Doctrine de Saint-Simon, Exposition, Première année, 1828-1829*, Nouvelle édition publiée avec introduction et notes par C. Bouglé et Elie Halévy, Paris, éd. M. Rivière, 1924, p. 75.

¹⁰⁴ V. *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, publiés par l'Académie des sciences morales et politiques de France, Paris, éd. F. Alcan, 1837, 1854 et 1886.

¹⁰⁵ V. notamment, Eugène BURET, *De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France : de la nature de la misère, de son existence, de ses effets, de ses causes, et de l'insuffisance des remèdes qu'on lui a opposés jusqu'ici : avec l'indication des moyens propres à en affranchir les sociétés*, Paris, éd. Paulin, 1840 ; Louis BLANC, *Organisation du travail*, 9e éd. refondue et augmentée de chapitres nouveaux, Paris, éd. Au bureau du nouveau monde, 1850.

¹⁰⁶ V. par exemple, Etienne VACHEROT, *La Démocratie*, Bruxelles, A. Lacroix, Van Meenen et cie, Imprimeurs-Editeurs, 2^{ème} édition, 1860.

¹⁰⁷ Pour une présentation détaillée de ce mouvement, v. Francis HORDERN, « Du louage de service au contrat de travail ou de la police au droit (XVIIIe- XXe siècle) », *op. cit.*, p. 76.

Paragraphe II : La subordination critère distinctif du contrat de travail justifiant la protection de la partie faible

22. La reconnaissance du lien de subordination, en tant que critère distinctif– Le lien de subordination en tant qu'élément principal du contrat de travail est considéré comme acquis par la doctrine et la jurisprudence actuelles. Les définitions du contrat de travail retenues par les auteurs des manuels ou des traités suffisent pour s'en convaincre. Les auteurs affirment ainsi l'existence d'un contrat de travail à chaque fois qu' « une personne s'engage à travailler pour le compte et sous la subordination d'une autre, moyennant rémunération »¹⁰⁸. Ils reconnaissent l'existence d'un lien de subordination du salarié vis-à-vis de l'employeur comme « véritable critère » distinctif du rapport de travail¹⁰⁹, qui, bien évidemment, doit être complété par deux autres éléments, à savoir la prestation personnelle de travail et la rémunération¹¹⁰. D'ailleurs, le Code du travail, dans sa version actuelle, reconnaît expressément le lien de subordination en l'englobant dans les critères de qualification du contrat de travail, sans pour autant la définir. Ainsi, l'article L. 8221-6 II dispose que « l'existence d'un contrat de travail peut toutefois être établie lorsque les personnes [...] fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci »¹¹¹.

¹⁰⁸ V. Gérard COUTURIER, *Droit du travail, t. 1. Les relations individuelles de travail, op. cit.*, p. 101 et 102 ; Emmanuel DOCKES, Gilles AUZERO, *Droit du travail, op. cit.*, p. 227 ; François GAUDU, Raymond VATINET, (dirigé par) Jacques GHESTIN, *Traité des contrats. Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, Paris, LGDJ, 2001, p. 25-32 ; Thierry REVET, *La force de travail, op. cit.*, not. p. 231.

¹⁰⁹ V. également Guillaume BREDON, *L'évolution de la notion de subordination comme critère du contrat de travail*, thèse dactyl., Université Paris II, 1998, not. p. 12 et s.

¹¹⁰ V. sur ce point Antoine JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt *Labbane* », *Dr.soc.* 2001, p. 227-238, qui estime que « le critère de la qualification réside dans la réunion (la co-présence) de trois éléments » (p. 231).

¹¹¹ Certes, on ne saurait ignorer les critiques qui ont pu être adressées à l'encontre de ce critère. La notion de dépendance économique, que nous évoquerons par la suite, n'est pas la seule proposition doctrinale alternative au critère du lien de subordination. Ainsi, selon Madame Muriel Fabre-Magnan, l'élément le plus approprié pour qualifier le contrat de travail serait plutôt la mise à disposition de la force de travail du salarié (Muriel FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », *op.cit.*, not. p. 118-124). L'auteur procède ainsi à une analyse basée sur l'objet du contrat de travail et l'obligation de *praestare*, pour déduire que la subordination n'est plutôt qu' « une des conséquences nécessaires de l'objet spécifique du contrat de travail ». Sans remettre totalement en cause le critère de la subordination, Monsieur Christophe Radé considère que « si la subordination juridique est en effet

23. La dépendance économique, un critère écarté mais omniprésent – En retenant la notion de subordination juridique comme critère décisif de l'existence du contrat de travail, la jurisprudence rejette le critère de la dépendance économique, proposé par certains auteurs comme René Savatier, Paul Cuche ou encore André

souvent le révélateur d'une relation de travail salariée, elle ne constitue pas pour autant nécessairement le critère du contrat de travail, mais seulement un élément de qualification parmi d'autres» (Christophe RADÉ, « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc.* 2013, p. 202-209, not. p. 203). Il propose alors de prendre en considération l'intégration du salarié dans l'activité économique de son employeur comme critère distinctif. Là encore, la pertinence du critère de la subordination n'est pas niée mais n'est pas non plus considérée comme le seul élément susceptible de conduire à déterminer le salarié, notamment dans des cas qui se trouvent à la frontière de la subordination (L'auteur se réfère notamment aux arrêts *Ile de la tentation*, rendus par la Cour de cassation à propos des joueurs aux émissions de télé-réalité. V. Cass. soc. 3 juin 2009, *Bull. civ.* V, n° 141; *D.* 2009, p. 2517, note Bernard EDELMAN ; *RDT* 2009, p. 507, obs. Gilles AUZERO; *Dr. soc.* 2009, p. 930 obs. Christophe RADE ; *Dr. soc.* 2009, p. 780 obs. Jean-Jacques DUPEYROUX ; Jean-François CESARO, Pierre-Yves GAUTIER, « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009, chron., p. 2116-2120). La répartition des risques et des pouvoirs entre les parties pourrait être un autre critère alternatif à la subordination. L'idée serait alors de qualifier de travailleur celui qui exerce une activité dont les risques ne pèsent pas sur lui. Si la répartition des risques constitue en effet une conséquence du lien de subordination, elle peut constituer également un indice de l'état de subordination. Sur la base de cette idée, Monsieur Thomas Pasquier a évoqué la notion de « l'économie du contrat de travail », qui serait, selon l'auteur, l'élément distinctif du contrat de travail. Elle est conçue comme la « liaison structurante entre les risques et le pouvoir » (Thomas PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, not. p. 10). Il s'agit d'une conception intéressante qui tend de repenser l'ordonnement de la relation de travail et de faire rattacher à l'exercice du pouvoir une obligation de « prévenir la réalisation des risques ». Cette thèse ne supprime pas pour autant la centralité du lien de subordination. De son côté, Monsieur Guillaume Bredon constate un certain affaiblissement du rapport de subordination (Guillaume BREDON, *L'évolution de la notion de subordination comme critère du contrat de travail*, *op. cit.*, notamment la 1^{ère} partie de la thèse, p. 54-277). Cet affaiblissement serait dû notamment à l'émergence du rapport de participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise. Selon cet auteur l'accroissement de la liberté dont bénéficient les salariés atténuerait le lien de subordination. Il en arrive ainsi à conclure une certaine « dilution » de la notion de subordination qui « remet en cause sa pertinence en tant que critère du contrat de travail » (*Idem*, p. 54). Toutefois, cet avis ne trouve pas écho dans le reste de la doctrine. En effet, l'affirmation d'un droit des salariés à participer –par l'intermédiaire de leurs représentants– à la détermination collective de leurs conditions de travail et à la gestion de l'entreprise a précisément été justifiée par la subordination des salariés à l'égard de l'employeur. Il ne s'agit pas alors de remettre en cause par ce biais le pouvoir de direction du chef d'entreprise. Le ministre Auroux dont les lois ont largement renforcé l'effectivité de ce droit constitutionnel l'a, d'ailleurs, explicitement reconnu dans son rapport : « il n'est pas question de remettre en cause dans le secteur privé l'unité de direction et de décision dans l'entreprise» (Rapport Auroux, cité par Jacques LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours*, *op. cit.*, p. 469. V. également Jacques LE GOFF, *Droit du travail et société, Tome 2 Les relations collectives de travail*, Rennes, PUR, 2002, not. p. 14 : « A l'employeur, la direction de l'entreprise sur un mode monarchique ou oligarchique conformément au principe d'unité de direction tenu par tous les gouvernements pour irrécusable et intangible »). En effet, on ne peut contester que la notion de subordination, et plus largement la conception du contrat de travail, semble être aujourd'hui à l'épreuve de la modernisation des rapports de travail, ainsi qu'à la complexité et la multiplication croissantes tant des formes de travail salarié que des acteurs intervenant au contrat. Cette remarque ne saurait pour autant effacer le lien de subordination en tant que notion maîtresse de la conception du contrat de travail. Il est tout à fait logique qu'un critère formellement établi il y a presque cent ans et existant de fait pendant deux cents ans, ne reste pas intouchable et figé. En tant que partie de la vie politique, économique et sociale tant nationale qu'internationale, le contrat de travail a subi des transformations et des évolutions spectaculaires au fil des années.

Rouast au début du siècle dernier, de même que le critère de la durée déterminée ou indéterminée pour laquelle le contrat est conclu. Ces auteurs mettaient, en effet, en avant le fait que l'ouvrier « appuie sur son maître son travail et son existence »¹¹², dans la mesure où il a besoin de la rémunération pour qu'il puisse vivre. Ils optaient ainsi pour une approche du contrat de travail fortement inspirée par l'analyse économique, qui n'a pas été retenue par la Cour de cassation.

La Haute Juridiction a ainsi énoncé dans un arrêt de principe du 6 juillet 1931, connu sous le nom d'arrêt *Bardou*, que « la condition juridique d'un travailleur à l'égard de la personne pour laquelle il travaille ne saurait être déterminée par la faiblesse ou la dépendance économique dudit travailleur et ne peut résulter que du contrat conclu entre les parties [...] La qualité de salarié implique nécessairement l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie »¹¹³. Définitivement et jusqu'à aujourd'hui encore, la notion de dépendance économique est rejetée comme critère possible de l'existence d'un contrat de travail au moins en tant que telle par la doctrine contemporaine¹¹⁴. Elle est, ainsi, reléguée au rang de simple « indice de subordination ».

Malgré cet écartement formel, la notion de dépendance économique, faisant allusion à la situation de faiblesse du salarié, est toujours omniprésente, ne serait-ce qu'implicitement, dans la démarche de qualification du contrat de travail. En effet, l'opportunité de donner une place à la notion de dépendance économique est aujourd'hui encore discutée¹¹⁵. Elle peut être considérée comme un indice de la

¹¹² V. par exemple René SAVATIER, *D.P.* 1923, 1, p. 5, note sous Cass. crim., 13 janvier 1922, où l'auteur considérait qu'une évolution jurisprudentielle était en train de se produire dans le sens d'un élargissement de la notion de subordination. « *Peu importe le degré d'indépendance physique que gardent ces travailleurs. Leur dépendance économique suffit à faire d'eux les préposés de celui qui bénéficie de leur travail et en prend les risques à sa charge* » avait-il remarqué.

¹¹³ Cass. Civ., 6 juillet 1931, *D.P.*, 1931, I, p. 121-123, note Paul PIC ; Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD, Emmanuel DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition, 2008, n° 1-5.

¹¹⁴ V. à ce titre la thèse de Georges VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, 1986, qui traite des contrats comme celui de concession commerciale, de franchisage ou d'agence commerciale sans faire aucune référence au contrat de travail. Cet écartement doit néanmoins être nuancé. V. à cet égard, Emmanuel DOCKES, « Notion de contrat de travail », *op. cit.*, not. la deuxième partie de l'article (§§13-26) ; Thomas PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.* ; Olivier LECLERC, Thomas PASQUIER, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé. 1^{ère} partie : la tentation de la dépendance économique », *RDT* 2010, p. 83-90 ; Alain SUPPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p. 131-145.

¹¹⁵ Outre les références doctrinales ci-dessus mentionnées, v. le rapport publié en 2008 par le ministère du Travail qui démontre que le débat sur l'appréhension juridique de la dépendance

subordination afin de corroborer d'autres éléments susceptibles de former la conviction du juge. « La dépendance n'est pas la subordination mais elle s'accompagne *le plus souvent* d'une telle subordination »¹¹⁶. Elle peut également être conçue comme corollaire de la subordination, notamment pour inclure dans la notion de salarié subordonné les cas des travailleurs qui sont dépendants mais non subordonnés, ou l'inverse¹¹⁷. Elle explique ainsi le statut accordé à certaines activités professionnelles, telles que le voyageur, le représentant ou le placier, le travailleur à domicile ou le gérant de succursale qui sont assimilées au travail salarié alors que le lien de subordination n'est pas suffisamment caractérisé¹¹⁸.

24. Le lien de subordination, une notion à géométrie variable– Au fil de ces mutations, la notion de subordination change, évolue et s'adapte, au point de devenir une notion à géométrie variable. C'est justement cette souplesse qui a permis au lien de subordination de subsister¹¹⁹. Il serait, comme le remarque à juste titre Monsieur Antoine Jeammaud¹²⁰, « illusoire d'espérer l'invention d'un instrument beaucoup plus fiable », notamment dans un domaine en perpétuelle évolution. Il n'en demeure pas moins que le lien de subordination est intimement lié tant à la tradition juridique du droit français qu'à la réalité sociale, à tel point qu'on ne pourrait nier sa place prépondérante dans la conception des rapports du travail.

25. Le recours des juges à un faisceau d'indices– Afin d'affirmer l'existence d'une subordination, indispensable pour la qualification du contrat de travail, les juges ont recours à un faisceau d'indices. « Le lien de subordination [...] suppose essentiellement que ceux-ci [les employeurs] ont le droit de faire acte d'autorité en donnant à leurs préposés des ordres ou des instructions sur la manière de remplir, à titre temporaire ou permanent, avec ou sans rémunération, fut-ce en l'absence de

économique demeure d'actualité : Paul-Henri ANTONMATTEI & Jean-Christophe SCIBERRAS, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, Paris, novembre 2008, disponible sur le site du ministère <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport-Antonmattei-Sciberras-07NOV08.pdf> (consulté le 24.09.2014).

¹¹⁶ Emmanuel DOCKES, « Notion de contrat de travail », *op. cit.*, not. § 16.

¹¹⁷ *Idem*, not. §§ 19-26.

¹¹⁸ Sur cette question v. *infra* sous n° 26 et s.

¹¹⁹ V. Thérèse AUBERT-MONTPEYSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, *op. cit.*, p. 82.

¹²⁰ Antoine JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt *Labbane* », *op. cit.*, p. 237.

tout louage de service, les emplois qui leur ont été confiés pour un temps et un objet déterminés » : cet énoncé d'un arrêt rendu le 7 novembre 1968 par la Chambre Criminelle de la Cour de cassation¹²¹ est indicatif de la gamme d'indices auxquels les juges peuvent avoir recours afin de qualifier le contrat de travail. Il va de soi que la dénomination du contrat par les parties importe peu pour la qualification de la subordination¹²².

Avant le revirement opéré par l'arrêt *Société Générale*¹²³, une place prépondérante était accordée par la jurisprudence à des indices plus complexes mais éventuellement plus facilement adaptables aux besoins pratiques, comme l'exercice du travail dans « un service organisé ». Ce critère a été énoncé par l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 18 juin 1976¹²⁴ qui, à propos du régime d'affiliation à la sécurité sociale des distributeurs occasionnels travaillant pour un périodique publicitaire, a jugé que « les distributeurs ne travaillent pas pour leur propre compte, mais pour celui de la société Hebdo-Press, qui les employait dans le cadre d'un *service organisé* et selon des directives générales imposées par elle, qui assumait les risques et le profit de son entreprise, et sous la dépendance de laquelle il se trouvaient placés en fait ». La notion de service organisé met ainsi l'accent sur le profit que l'employeur tire du service salarial –et qui l'oblige à en assumer les risques– aussi bien que sur les instructions et les directions générales données à l'employé. Elle permet d'élargir le champ d'application de la subordination à des

¹²¹ Cass. crim., 7 novembre 1968, *Bull. crim.*, 1968, n° 291.

¹²² Sur l'indisponibilité de la qualification du contrat de travail v. not. l'arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de Cassation, connu comme *Ecole des Roches*, où la Haute juridiction a jugé qu' « il résulte des constatations des juges du fond que, bien qu'il fût qualifié à partir du 1er octobre 1970 de "conférencier extérieur" rémunéré par des "honoraires", M. X... continuait à assurer les tâches d'enseignement qui lui avaient été primitivement dévolues, suivant des programmes officiels, et au sein d'une organisation fonctionnant sous la direction et la responsabilité de l'Ecole des Roches, même s'il était tenu compte de ses convenances dans l'aménagement des horaires, en sorte que cette activité, exercée sous la dépendance d'un employeur, ne pouvait avoir un caractère libéral, *la seule volonté des parties étant impuissante à soustraire M. X... au statut social qui découlait nécessairement des conditions d'accomplissement de son travail* ». Ass. Plén., 4 mars 1983, *Bull. AP* n° 3 (nous soulignons).

¹²³ Cass. soc. 13 novembre 1996, *Bull. civ. V*, n° 386 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1067, note Jean-Jacques DUPEYROUX ; Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD, Emmanuel DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 1-5.

¹²⁴ Ass. Plén., 18 juin 1976, *Bull. AP*, n° 9, *D.* 1977, 173, note Antoine JEAMMAUD ; *JCP* 1977, éd. G, II ; 18659, note Yves SAINT-JOURS.

travailleurs bénéficiant d'une certaine autonomie dans l'exercice de leurs fonctions¹²⁵.

L'arrêt *Société Générale* du 13 novembre 1996¹²⁶ a réaffirmé ce critère tout en insistant sur le fait que le travail dans un service organisé ne constitue qu'un simple indice, insuffisant à lui seul pour établir la qualification de contrat de travail. C'est la première fois qu'une définition du lien de subordination juridique est donnée par la jurisprudence. Selon la Cour « le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné » pour préciser ensuite que « le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail ». Le pouvoir de l'employeur de donner des ordres, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner le non-respect par le salarié des ceux-ci se trouve au cœur de la qualification de la subordination.

Le faisceau d'indices proposé par cet arrêt a été complété par un certain « réalisme »¹²⁷ pris en considération par la Haute Juridiction, dont témoigne notamment l'arrêt *Labanne* du 19 décembre 2000¹²⁸. Les juges étaient invités à statuer sur la qualification d'un contrat liant un chauffeur de taxi à la société propriétaire du véhicule qui stipulait expressément qu'aucun lien de subordination n'existait entre les parties contractantes. La Cour a dans un premier temps rappelé que « l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs ». Dans un second temps, elle casse et annule l'arrêt des juges du fond, qui avaient refusé la qualification de contrat de travail. Elle se justifie en mettant l'accent sur « l'accomplissement effectif du travail dans les conditions [...] prévues par ledit

¹²⁵ V. sur ce point, François GAUDU, Raymond VATINET, (dirigé par) Jacques GHESTIN, *Traité des contrats. Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, op. cit., p. 29.

¹²⁶ Cass. soc. 13 novembre 1996, op. cit.

¹²⁷ Terme emprunté à Antoine JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt *Labanne* », op. cit., p. 237. V. également Benoît GENIAUT, « Le contrat de travail et la réalité », *RDT* 2013, p. 90-100 ; Thomas PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, op. cit. ; Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD, Emmanuel DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, op. cit., n° 3.

¹²⁸ Cass. soc., 19 décembre 2000, *Bull. civ. V*, n° 437 ; Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD, Emmanuel DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, op. cit., n° 1-5.

contrat et les conditions générales y annexées ». Selon la Cour de cassation, les conditions réelles d'exécution du contrat « plaça[en]t le " locataire " dans un état de subordination à l'égard du " loueur " et qu'en conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un " véhicule taxi ", était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail ». A travers la référence à « l'accomplissement effectif du travail », la Cour de cassation semble faire preuve d'un certain pragmatisme ; à tout le moins entend-elle le souci de saisir l'« état de subordination » du travailleur, se plaçant au plus près des évolutions et des exigences de la vie économique et sociale et délaissant aussi des données qui ne sont pas purement juridiques¹²⁹. Du lien de subordination on passe ainsi un « état de subordination » du travailleur.

26. La constante adaptation de la jurisprudence aux évolutions des situations salariales- Il n'en demeure pas moins que la qualification du lien de subordination demeure d'actualité et continue à faire couler beaucoup d'encre au sein de la doctrine, malgré près de cent ans de pratique jurisprudentielle. Un des derniers exemples fut sans doute celui des arrêts *Ile de la tentation*, rendus par la Cour de cassation à propos des personnes participant à une émission de télé-réalité¹³⁰. Les participants obtiennent auprès des juridictions prud'homales une requalification de leur contrat de participation au jeu en contrat de travail dissimulé. La Cour de cassation rejette les arguments de la production de la chaîne télévisée allant à l'encontre de la requalification, en caractérisant les éléments comme constitutifs d'un contrat de travail. Elle relève notamment, afin de qualifier la prestation de travail exécutée sous la subordination de la société de production, qu'«il existait entre les membres de l'équipe de production et les participants un lien de subordination caractérisé par l'existence d'une "bible" prévoyant le déroulement des journées, et la succession d'activités filmées imposées, de mises en scènes dûment répétées, d'interviews dirigées de telle sorte que l'interviewé était conduit à dire ce qui était attendu par la production, que ce lien de subordination se manifestait encore par le choix des vêtements par la production, des horaires imposés allant jusqu'à 20 heures par jour, l'obligation de vivre sur le site et l'impossibilité de se livrer à des

¹²⁹ V. sur ce point Benoît GENIAUT, « Le contrat de travail et la réalité », *op. cit.*, not. p. 96.

¹³⁰ Cass. soc. 3 juin 2009, *op. cit.* ainsi que Cass. soc., 4 avr. 2012, pourvoi n° 10-28818, *RDT* 2012, p. 297-298, obs. Geneviève PIGNARRE et Louis-Frédéric PIGNARRE .

occupations personnelles, l'instauration de sanctions, notamment pécuniaires en cas de départ encours de tournage, soit, en définitive, l'obligation de suivre les activités prévues et organisées par la société de production, que les participants se trouvaient dans un lien de dépendance à l'égard de la société, dès lors, se trouvant à l'étranger, que leurs passeports et leurs téléphones leur avaient été retirés, que la prestation des participants à l'émission avait pour finalité la production d'un bien ayant valeur économique»¹³¹. On retrouve ainsi le triptyque direction-contrôle-sanction¹³² déjà affirmé par l'arrêt *Société Générale*.

Ces exemples jurisprudentiels révèlent non seulement le rôle central du juge dans la qualification du lien de subordination mais aussi la très large gamme de situations que cette notion est susceptible d'embrasser. Ses contours demeurent, en effet, difficiles à tracer.

27. Les contours flous du travail subordonné ou les différents degrés de faiblesse du travailleur– Si le critère de la subordination est actuellement considéré comme acquis, la conception de la subordination a toutefois évolué. L'adaptation aux différentes situations salariales qui évoluent au fil du temps fut également une préoccupation de la jurisprudence. Les contours de la notion de subordination juridique s'avèrent pourtant difficiles à tracer, de telle sorte que certains auteurs parlent de « brouillage de frontières »¹³³.

En effet, les frontières entre le travail subordonné et d'autres formes de travail, tels que le travail indépendant, le contrat d'entreprise ou la prestation de services ont

¹³¹ Cass. soc. 4 avr. 2012, *op. cit.* Dans un raisonnement analogue, l'arrêt de 2009 énonce que: «les participants avaient l'obligation de prendre part aux différentes activités et réunions, qu'ils devaient suivre les règles du programme définies unilatéralement par le producteur, qu'ils étaient orientés dans l'analyse de leur conduite, que certaines scènes étaient répétées pour valoriser des moments essentiels, que les heures de réveil et de sommeil étaient fixées par la production, que le règlement leur imposait une disponibilité permanente, avec interdiction de sortir du site et de communiquer avec l'extérieur, et stipulait que toute infraction aux obligations contractuelles pourrait être sanctionnée par le renvoi ».

¹³² Emmanuel DOCKES, « Notion de contrat de travail », *op. cit.*, not. p. 547. Etant donné que ces éléments constituent des faits, dont la preuve doit être apportée pour qualifier la subordination, cet auteur considère qu'il s'agit d'un état de subordination, dont le lien juridique de subordination serait la conséquence.

¹³³ Antoine JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt *Labbane* », *op. cit.*, p. 227.

été au cœur de débats doctrinaux¹³⁴ et demeurent d'actualité¹³⁵. Sont notamment concernés des travailleurs qui, bien que bénéficiant d'un statut qui ne présente pas toutes les caractéristiques traditionnellement requises pour le travail subordonné, mériteraient, en raison de leur dépendance vis à vis de l'employeur, une protection que le statut du travailleur indépendant ne leur offre pas¹³⁶. Tel est, par exemple, le cas des avocats ou des médecins salariés, des voyageurs, des représentants ou des placiers, des travailleurs à domicile, des gérants de succursales ou encore de certains cadres dirigeants. Ils se trouvent aux frontières du travail subordonné et du travail indépendant.

28. En quête de techniques juridiques pour circonscrire le travail subordonné- Sans reprendre dans tous leurs détails les démarches doctrinales en la matière, les débats portent notamment sur les techniques juridiques pertinentes pour circonscrire le travail subordonné et le travail indépendant.

La mise en place de présomptions de salariat ou de non salariat constitue ainsi une première approche. La loi *Madelin* du 11 février 1994¹³⁷, relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, présente un intérêt particulier à cet égard. Les articles 35 et 49 de cette loi ont créé les articles L.311-11 du Code de la sécurité sociale et L.120-3 du Code du travail¹³⁸. Ils établissent une présomption simple de non salariat au bénéfice des travailleurs indépendants. Ainsi, si une personne est immatriculée au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux, elle est présumée ne pas être salariée. Néanmoins, cette

¹³⁴ V. notamment Thérèse AUBERT-MONTPEYSSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, op. cit.; Guillaume BREDON, *L'évolution de la notion de subordination comme critère du contrat de travail*, op. cit. ; Jean-Pierre CHAUCHARD & Anne-Chantal HARDY-DUBERNET (dir.), *La subordination dans le travail. Analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, rapport rédigé pour le Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Paris, La Documentation française, 2003 ; Viviane VANNES (dir.), *Le lien de subordination dans le contrat de travail*, Bruylant, Bruxelles, 2005 ; Michel DESPAX, « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982, p. 11-19 ; Paul PIGASSOU, « L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1982, p. 578-594 ; Alain SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p. 131-145 ; Elsa PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Paris, LGDJ, 2008.

¹³⁵ On pense notamment au statut de l'auto-entrepreneur. V. notamment Xavier DELPECH, « Première bougie pour le régime de l'auto-entrepreneur », *D.* 2010, p. 77-78 ; Jean-Pierre CHAUCHARD, « Les avatars du travail indépendant », *Dr. soc.* 2009, p. 1065-1075.

¹³⁶ Sur cette question v. également Elsa PESKINE, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *RDT* 2008, p. 371-377.

¹³⁷ Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, *JO* n° 37 du 13 février 1994, p. 2493.

¹³⁸ Devenu l'article L. 8221-6 du Code du travail.

présomption peut être renversée par la preuve de l'existence d'un lien de subordination à l'égard d'un donneur d'ouvrage. L'objectif visé par la loi étant, en effet, de réduire les éventuelles requalifications de contrats de travail, l'importance du lien de subordination à cet égard se révèle particulièrement significative¹³⁹.

La même technique est utilisée pour présumer le salariat pour certaines professions ou activités, comme le journaliste, le voyageur, le représentant, le placier ou le travailleur à domicile. La loi présume ainsi l'existence d'un contrat de travail ou l'impose¹⁴⁰.

Une deuxième technique consiste en la reconnaissance d'un statut légal assimilable à celui des travailleurs subordonnés malgré l'absence d'un lien évident de subordination. Tel est le cas des gérants de succursale¹⁴¹. La loi énonce alors des conditions qui, une fois réunies, entraînent une assimilation des personnes concernées aux travailleurs subordonnés et, partant, une application des dispositions plus protectrices, sans qu'il y ait lieu de caractériser la subordination¹⁴². La différence par rapport à la première technique est que la qualification du contrat de travail n'est même pas nécessaire pour l'application à ces travailleurs des dispositions du Code du travail. « On s'affranchit donc totalement de la qualification de contrat de travail »¹⁴³.

Dans les deux cas de figure, la notion de dépendance économique en tant que corollaire de la subordination réapparaît alors derrière soit la qualification forcée du contrat de travail soit l'application d'office des dispositions du Code de travail. En effet, le ratio de ces techniques est d'inclure dans le salariat ou de protéger par assimilation des travailleurs qui se trouvent « en situation de faiblesse, mais pour lesquels il était impossible de prouver qu'ils subissaient une direction et un contrôle

¹³⁹ Sur la loi *Madelin*, qui a provoqué de nombreuses réactions doctrinales, v. notamment, Bernard TEYSSIE, « Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994. Commentaire de l'art. L. 120-3 C. trav. », *Dr. soc.* 1994, p. 667-672 ; Marc VERICEL, « Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification du salarié (loi n° 94-126 du 11 février 1994) », *ALD*, n° 7, 13 avril 1995, p. 54-58 ; Bernard TEYSSIE, « Association Villermé, la loi Madelin et le Code du travail : à contre-courant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet », *Dr. soc.* 1994, p. 673.

¹⁴⁰ V. la 7^{ème} Partie du Code du travail, intitulée « Dispositions particulières à certaines professions et activités » et notamment les articles L. 7112-1 du Code du travail sur les journalistes ; L. 7313-1 à L. 7313-4 sur les voyageurs, représentants ou placiers ; L. 7412-1 sur les travailleurs à domicile.

¹⁴¹ V. les articles L. 7321-2 du Code du travail sur les gérants de succursales et L. 7322-1 sur les gérants non-salariés des succursales de commerce de détail alimentaire.

¹⁴² Elsa PESKINE, « Entre subordination et indépendance : en quête d'une troisième voie », *op. cit.*, not. p. 372.

¹⁴³ *Ibidem*.

dans l'exercice de leur travail »¹⁴⁴. La dépendance économique peut donc justifier une intervention du législateur dans la qualification du contrat de travail ou dans le statut légal conféré au travailleur.

Ces mécanismes visent à circonscrire les contours du travail qu'on appelle « para-subordonné », se trouvant aux frontières du travail salarié et du travail indépendant. Plutôt que d'essayer de classer ces travailleurs dans l'une de ces deux catégories, une autre solution consisterait à créer, à l'instar d'autres systèmes juridiques¹⁴⁵, un statut spécifique au travailleur « para-subordonné ». Il s'agirait, alors, d'une catégorie intermédiaire consacrée aux travailleurs qui, tout en subissant une forme de dépendance économique vis-à-vis de leur employeur, disposent d'une certaine autonomie – juridique ou technique – dans l'exercice de leur travail¹⁴⁶.

Si aucune n'est exempte de défaut, ces techniques constituent des tentatives de cerner la subordination tout en démontrant les contours flous de cette notion. « Dans ces conditions, ne pourrait-on alors songer à penser la subordination non comme un état permettant de trancher les situations de travail mais comme un *continuum* qui contribuerait à définir de manière positive des relations de travail allant d'un salariat « pur » à une « vraie » indépendance, mais en concernant clairement d'autres cas « para-subordonnés » définis à partir de critères concrets »¹⁴⁷.

29. La centralité du lien de subordination dans la conception nationale du contrat de travail– Il résulte de cette présentation rétrospective de l'évolution de la notion de contrat de travail que le lien de subordination s'avère, malgré ses contours parfois flous voire contestés, non seulement un élément principal de qualification du contrat mais aussi la pierre angulaire de la conception du contrat de

¹⁴⁴ Emmanuel DOCKES, « Notion de contrat de travail », *op. cit.*, not. § 19.

¹⁴⁵ On pense notamment à la notion de *parasubordinazione*, consacrée par le droit italien. Sur cette question, v. parmi d'autres Thomas PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, not. p. 229-234 qui remarque que cette notion de parasubordination consacrée par le droit italien s'inscrit dans un contexte différent que le cadre juridique français, avec notamment une interprétation stricte de la notion de subordination (v. not. p. 233).

¹⁴⁶ Jacques BARTHELEMY, « Le professionnel parasubordonné », *JCP E* 1996, I, n° 606, p. 487-498.

¹⁴⁷ Jean-Pierre CHAUCHARD & Anne-Chantal HARDY-DUBERNET (dir.), *Les métamorphoses de la subordination. Analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes de l'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, *op. cit.*, not. Ch. IV, 3^{ème} partie, « Subordonner le travail indépendant ou libérer le travail subordonné ? », p. 327-331, not. p. 331.

travail. On pourrait même dire que la subordination transcrit en droit social une conception française selon laquelle le travail est opposé à la liberté¹⁴⁸.

Ainsi la conception du contrat de travail est-elle inhérente à l'idée de la soumission du salarié au pouvoir exercé par l'employeur. Il s'agit en effet d'« une manifestation empirique de cette capacité d'influencer le comportement d'autrui, de cette forme de domination qu'est le pouvoir au sens sociologique »¹⁴⁹, et qui imprègne toute la conception du contrat de travail. C'est pourquoi la subordination est une notion chargée d'histoire¹⁵⁰, véhiculant un bagage politique, culturel et social propre au droit français. Cette liaison avec le passé, le présent et sans doute avec l'avenir du pays constitue d'ailleurs la raison pour laquelle on peut légitimement la placer au cœur du « modèle » français du contrat de travail.

¹⁴⁸ On peut, d'ailleurs, constater d'une simple recherche étymologique que la notion de souffrance est inhérente à la conception française du travail. En effet, le mot travail vient du bas latin *tripalium* (VI^e siècle), qui signifie instrument de torture formé de trois pieux. Le mot a été utilisé pendant le XII^e siècle pour indiquer le tourment, la souffrance, pour être associé, à partir du XVI^e siècle, à Adam et Eve. Le travail serait alors une sorte de condamnation divine pour avoir tenté de goûter au fruit de la connaissance. Cette origine étymologique révèle une conception selon laquelle le travail est plutôt un mal inévitable et donc contraire à la liberté. V. dans ce sens, Alain SUPLOT, *Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe*, Bruxelles, Rapport pour la Commission des Communautés Européennes, janvier 1992, p. 1.

¹⁴⁹ Antoine JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt *Labbane* », *op. cit.*, p. 235.

¹⁵⁰ V. sur cette constatation, Thérèse AUBERT-MONTPEYSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, *op. cit.*, p. 86.

SECTION 2 : LE CONSOMMATEUR PARTIE FAIBLE PROFANE

30. Le recours au droit commun- Comme c'était le cas pour le travailleur, le Code civil de 1804 ne prévoyait pas de statut spécial pour le consommateur, qui n'était pas encore considéré comme un acteur méritant un traitement particulier. Le droit commun des contrats ainsi que les dispositions particulières concernant, par exemple, le contrat de vente étaient alors applicables aux contrats conclus entre un consommateur et un professionnel. Cependant, suivant les mutations économiques et technologiques, notamment l'essor de la production industrielle et la multiplication des produits, le consommateur a progressivement intéressé les économistes, dans un premier temps, puis le législateur. Les principes de l'égalité des parties au contrat et de l'autonomie de la volonté en tant que justification des obligations qui en découlent sont remis en cause et des interventions législatives, ne serait-ce que fragmentaires, voient le jour.

31. La consécration d'un régime juridique propre au contrat de consommation, reconnaissant le déséquilibre contractuel- Au fur et à mesure que se multiplient les contrats conclus par des consommateurs, on a remarqué à la fois le potentiel économique significatif que représentent les consommateurs et surtout les inégalités qui caractérisent le contrat de consommation. En effet, les parties au contrat sont loin d'être égales : au moment de la conclusion du contrat, le consommateur se trouve dans une position de négociation nettement inférieure par rapport au professionnel. Le plus souvent, il ne songe pas ou il n'est pas en mesure de négocier les termes contractuels des contrats qu'il conclut et qui portent, dans la grande majorité des cas, sur des biens de la vie quotidienne. De plus, cette inégalité concerne aussi l'exécution du contrat, notamment les possibilités du consommateur d'agir en justice pour non-exécution ou mauvaise exécution du contrat. Les intérêts financiers étant souvent minimes, surtout par rapport au coût et à la longueur d'une procédure judiciaire, les consommateurs se trouvaient souvent démunis de tout recours.

On doit pourtant préciser que toute inégalité contractuelle ne conduit pas nécessairement à des déséquilibres. Il n'en demeure pas moins qu'elle constitue « un

risque de déséquilibre »¹⁵¹ qui se réalise à chaque fois que le professionnel tire abusivement profit de cette inégalité de pouvoirs entre les contractants. Ainsi, la loi « ne sanctionne pas l'inégalité de la relation mais l'abus qu'elle révèle »¹⁵² et qui provoque le déséquilibre.

Ces constatations ont révélé l'inadaptabilité du droit commun (*Paragraphe I*) et, en passant par la remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté, ont finalement abouti à l'autonomisation, au moins partielle, du contrat de consommation et la consécration d'un système protecteur du consommateur profane en tant que partie faible. Cette émancipation est symboliquement couronnée par la création en 1993 du Code de la consommation, ayant vocation à régir ce type de contrat (*Paragraphe II*).

¹⁵¹ Victoire LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, thèse, Aix-Marseille, PUAM, 2000, p. 209.

¹⁵² Philippe NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, thèse, Paris, LGDJ, 1998, p. 12.

Paragraphe I : La prise de conscience des insuffisances du droit commun

32. Le consommateur, un contractant presque comme les autres- Le Code civil n'accordait aucun régime spécial au consommateur, qui est présumé tout aussi lucide, raisonnable et informé que son cocontractant professionnel. Il conclut alors des contrats valables à partir du moment où il a un consentement libre et éclairé. « Inspiré du christianisme de Domat et de Pothier, ce code protège l'incapable, l'errant, le trompé, la victime de violence, il exalte la bonne foi, admet des délais de grâce etc. Si l'esprit du droit de la consommation était un parti-pris pour la faiblesse, il présentait une différence de degré plus que de nature avec le Code civil »¹⁵³.

Ainsi, pour le Code civil de 1804, le consommateur n'existe pas en tant qu'acteur à part entière. Le Code civil se réfère uniquement à l'acheteur, notion qui englobe également le particulier qui achètera pour satisfaire immédiatement ses besoins, et au vendeur. Ainsi, les articles 1602 et s. du Code civil établissent un certain nombre d'obligations à la charge du vendeur, comme celle « d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige »¹⁵⁴, ou encore de délivrer la chose dans le temps convenu entre les parties¹⁵⁵. De plus, les articles 1641 à 1649 du Code civil, qui n'ont pas été substantiellement modifiés depuis 1804, consacrent la garantie du vendeur en cas de vice caché de la chose vendue. Ces dispositions n'en demeurent pas moins générales, dans le sens où elles ont vocation à s'appliquer à n'importe quel acheteur, et lacunaires, dans la mesure où elles ne protègent pas le consommateur avant la conclusion du contrat mais uniquement après, en permettant, sous certaines conditions, l'engagement de la responsabilité du vendeur.

33. Les raisons de l'absence d'un régime spécifique au consommateur- L'explication de cette absence de dispositions particulières et de distinction entre consommateur et professionnel se trouve dans un premier temps dans le contexte économique de l'époque. La majorité des transactions de vente des produits –ou plus rarement des services– a lieu dans un contexte local, dans des réseaux commerciaux restreints, est très souvent réglée au comptant et concerne les produits de la vie

¹⁵³ Philippe STOFFEL-MUNCK, « La codification du droit de la consommation », in *Mélanges Jean-Louis Baudoin*, Québec, éd. Y. Blais, 2012, p. 1269-1295, not. p. 1279.

¹⁵⁴ Art. 1602 du Code civil.

¹⁵⁵ Art. 1603 et 1610 s. du Code civil.

quotidienne. Il n'apparaissait donc pas nécessaire de réserver un traitement différent au consommateur, dans la mesure où la grande majorité de contrats étaient conclus « entre personnes de mêmes conditions. On feignait en tout cas à le croire »¹⁵⁶.

Cette justification pratique est d'ailleurs corroborée par une explication idéologique. C'est l'idée de la liberté du marché et du commerce, exprimée notamment par la pensée anglaise du 18^{ème} et 19^{ème} siècle. Cette idée de libéralisme, dont l'une des expressions juridiques est l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle, s'oppose à toute sorte de régulation ou de restriction du marché. D'ailleurs, selon un autre principe, dérivé du libéralisme et sur lequel repose la conception du marché et du contrat est celui de la libre concurrence, le libre jeu du marché serait en faveur du consommateur final, qui disposerait ainsi d'une meilleure qualité de produits à des prix les plus compétitifs. La loi du marché constituerait ainsi une sanction suffisante, dans la mesure où elle éloignerait le consommateur du vendeur fraudeur¹⁵⁷.

34. L'insuffisance du droit commun- A la fin du 19^{ème} siècle, les évolutions technologiques, sociales et surtout économiques auront un impact significatif sur le droit des contrats et montreront l'insuffisance du régime général des obligations pour encadrer des nouveaux types de relations contractuelles en pleine mutation. En effet, le progrès de la science, l'expansion de l'industrie, la transformation des réseaux commerciaux et le développement des moyens de transport ont profondément changé l'organisation économique et sociale. Les contrats s'étaient multipliés, ils n'étaient plus conclus uniquement de particulier à particulier, tandis que leurs objets se complexifiaient. La notion de consommation ne se limitait plus aux produits de première nécessité mais comprenait une grande variété de biens et de services. C'est l'époque de la création de ce qu'on appelle aujourd'hui « les grands magasins ¹⁵⁸» et

¹⁵⁶ Jean-Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1^{re} éd., 1992, p. 191-192.

¹⁵⁷ V. Luc BIHL & Luc WILLETTE, *Une histoire du mouvement consommateur. Mille ans de luttes*, op. cit., p. 164.

¹⁵⁸ Un certain nombre de grands magasins, notamment de la région parisienne, comme la «Samaritaine» (1869), les «Galeries Lafayette» (1895) ou «Le Printemps» (1865) voient ainsi le jour. V. sur ce point, Luc BIHL & Luc WILLETTE, *Une histoire du mouvement consommateur. Mille ans de luttes*, op. cit., p. 196 et s.

de l'invention des nouvelles pratiques commerciales, comme les soldes, qui visent à attirer la clientèle.

35. Les premières approches du contrat d'adhésion– En dépit de l'absence d'un encadrement législatif du consommateur, les répercussions des évolutions économique-sociales sur les contrats sont progressivement perçues par la doctrine qui met l'accent sur le fait que les conditions de la conclusion du contrat ne sont pas toujours librement négociables entre les parties. Les auteurs commencent alors à parler des « contrats d'adhésion », à savoir des contrats dont les termes sont prédéfinis par un des cocontractants, l'autre se contentant de les accepter.

Ainsi, Raymond Saleilles fait référence en 1901 aux contrats d'adhésion. En commentant l'article 133 du Code civil allemand, consacré à la théorie des actes juridiques, l'auteur souligne, à propos de la volonté contractuelle, que « le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit ; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques »¹⁵⁹. Il distingue ainsi les contrats traditionnels des « prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom »¹⁶⁰. En effet, dans les contrats d'adhésion, tels que le contrat de travail dans la grande industrie ou le contrat de transport, il n'y a pas de volonté commune essentielle, dans la mesure où la partie adhérente n'a pas de pouvoir de négociation. L'auteur qualifie alors ces contrats de « manifestations unilatérales de volontés parallèles »¹⁶¹, en mettant en valeur leur caractère inégalitaire.

Indépendamment du débat concernant la qualification juridique du contrat d'adhésion, qui a préoccupé la doctrine jusqu'au milieu du 20^{ème} siècle¹⁶², cette question démontre la mise en cause, ou au moins la restriction, du principe de l'autonomie de la volonté sur lequel reposait toute la conception de l'édifice contractuel.

¹⁵⁹ Raymond SALEILLES, *De la déclaration de la volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, éd. F. Pichon, 1901, p. 229.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ *Idem*, p. 230.

¹⁶² V. Jean-Louis GAZZANIGA, *op. cit.*, p. 193.

Toutefois, ce n'est qu'à partir des années 1970 et les premières lois consuméristes qu'un régime légal spécifique a été consacré à la protection du consommateur.

Paragraphe II : La consécration d'un régime protecteur du consommateur

La protection du consommateur devenue une cause commune– Le mouvement consumériste fait son apparition, au lendemain de la seconde guerre mondiale, dans un premier temps aux Etats-Unis –moins touchés par les conséquences néfastes de la guerre– puis en Europe. En effet, un certain nombre de facteurs, comme l'essor des pratiques publicitaires et de marketing, l'augmentation croissante de la taille des entreprises ou le développement des mécanismes du crédit à la consommation, accentuent les inégalités dont souffrait déjà le contrat de consommation¹⁶³.

Aux Etats-Unis, des associations comme la « *Consumers Union* » –fondée depuis 1936– jouent un rôle important pour la défense des consommateurs et un certain nombre d'auteurs et de militants, comme Ralph Nader, plaident leur cause. Le fameux discours du Président Kennedy au Congrès en 1962¹⁶⁴ constitue l'apogée symbolique de ce mouvement. Après avoir fait de la protection des consommateurs une cause commune, en disant que « *Consumers, by definition, include us all* » –phrase qui marquera le mouvement consumériste tout au long du 20^{ème} siècle– le Président des Etats-Unis constate que les consommateurs « constituent le seul groupe économique important qui ne soit pas réellement organisé et dont les avis, le plus souvent, ne sont pas entendus »¹⁶⁵. Il propose alors quatre droits qui doivent être assurés en faveur des consommateurs : le droit à la sécurité (*the right to safety*), le droit d'être informé (*the right to be informed*), le droit de choisir (*the right to choose*) et le droit d'être entendu (*the right to be heard*). Ces droits constitueront la base du régime de protection du consommateur tant aux Etats-Unis que dans l'Europe occidentale.

36. Des interventions législatives par le biais de lois spécifiquement consacrées au consommateur– Face à ces évolutions et à la prise de conscience de la vulnérabilité du consommateur ainsi que de l'insuffisance de la protection garantie

¹⁶³ Jean CALAIS-AULOY, « Brève histoire du droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 262.

¹⁶⁴ John F. Kennedy, Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest, March 15, 1962. Le discours est reproduit dans sa totalité sur le site internet dédié au Président Kennedy, à la rubrique « The Public Papers of President John F. Kennedy 1962 », http://www.jfklink.com/speeches/jfk/publicpapers/1962/jfk93_62.html (consulté le 07.10.14).

¹⁶⁵ «*But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard* » (nous traduisons).

par le droit commun¹⁶⁶, le législateur français intervient progressivement dans le contrat, afin d'assurer une meilleure protection de la partie faible. Le terme « consommateur » est de plus en plus employé, souvent avec une signification indiquant l'inégalité entre les parties. Ainsi, l'ordonnance n° 1483 du 30 juin 1945 relative aux prix¹⁶⁷, constitue peut-être le premier texte législatif utilisant ce terme¹⁶⁸.

A partir des années 1970 une série des lois proprement « consoméristes » voit le jour. ¹⁶⁹ On pourrait alors soutenir que le droit de la consommation s'est formé « par couches », dans la mesure où ces interventions législatives « ont répondu à des demandes successives et non à une philosophie globale »¹⁷⁰.

Le premier texte qui a marqué cette période d'aménagements législatifs protecteurs du consommateur profane fut sans doute la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 sur le démarchage¹⁷¹. Son objectif était de protéger le consommateur dont la situation de faiblesse résulte « d'un procédé « agressif » qui peut altérer son consentement »¹⁷². En effet, le seul moyen dont disposait le consommateur en vertu du droit commun pour faire face à cette technique commerciale agressive était alors de demander l'annulation du contrat pour vice du consentement, notamment pour dol. Or, la preuve difficile et l'appréciation restrictive du dol ainsi que la longueur de la procédure judiciaire ou les effets néfastes de telles annulations rétroactives pour les affaires commerciales rendaient le droit commun inadapté. La loi de 1972 fut ainsi une réponse à cette insuffisance, en consacrant des mécanismes exorbitants de protection du consommateur, notamment l'obligation d'information – même si elle était encore dépourvue de sanctions– et surtout le droit de rétractation¹⁷³.

¹⁶⁶ Luc BIHL, «Vers un droit de la consommation», *Gaz. Pal.*, 14 septembre 1974, p. 2-20, not. p. 11-14.

¹⁶⁷ Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JO* du 8 juillet 1945, p.4150.

¹⁶⁸ Frank STEINMETZ, «Le droit de la Consommation ... peut mieux faire», in Pierre-Claude LAFOND (dir.), *En quête de justice et d'équité, Mélanges Claude Masse*, Québec, éd. Yvon Blais, 2003, p. 1050.

¹⁶⁹ Pour une présentation plus détaillée des lois adoptées Jean CALAIS-AULOY, & Henri TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, p. 33-35.

¹⁷⁰ Jean CALAIS-AULOY, « Brève histoire du droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 265.

¹⁷¹ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage, *JO* du 23 décembre 1972, p. 13348.

¹⁷² Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *Les contrats de consommation. Règles communes, op. cit.*, p. 66.

¹⁷³ V. *infra* sous n° 66.

Suivant une logique analogue, la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 –dite loi Scrivener¹⁷⁴– sur la protection et l’information des consommateurs de produits et de services reflète les préoccupations déjà évoquées concernant l’état de faiblesse du consommateur face aux contrats d’adhésion. Cette loi, modifiant la loi du 1^{er} août 1905, visait à éliminer « les clauses imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l’autre partie et [lorsqu’elles] confèrent à cette dernière un avantage excessif »¹⁷⁵. Cette protection était assortie de la création de la Commission des clauses abusives, chargée de se prononcer sur l’existence, dans les contrats habituellement proposés par les professionnels, des clauses leur conférant un avantage excessif¹⁷⁶.

Par ailleurs, l’ordonnance n° 86-1234 du 1^{er} décembre 1986¹⁷⁷ constitue un autre texte législatif important. L’ordonnance avait, certes, pour objectif principal de garantir que le prix des produits et des services serait librement déterminé par le jeu de la concurrence¹⁷⁸; elle n’en demeure pas moins importante pour les consommateurs également. L’article 28 de la loi consacre le droit du consommateur d’être informé par le vendeur sur le prix, les éventuelles limitations de la responsabilité contractuelle du vendeur ainsi que les conditions particulières de la vente.

Enfin, la loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 sur la vente à distance¹⁷⁹ vise à remédier à une autre insuffisance du droit commun face à une situation de faiblesse du consommateur, provoquée cette fois-ci par la puissance technique et économique du professionnel maîtrisant les techniques de communication à distance¹⁸⁰. Cette situation de faiblesse justifie la consécration des mécanismes dérogatoires du droit commun, notamment un droit du consommateur de se rétracter.

¹⁷⁴ Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l’information des consommateurs de produits et de services, *JO* du 11 janvier 1978, p. 301.

¹⁷⁵ Art. 35 de la loi du 10 janvier 1978.

¹⁷⁶ Art. 36 et s. de la loi du 10 janvier 1978.

¹⁷⁷ Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JO* du 9 décembre 1986, p. 14773.

¹⁷⁸ Art. 1^{er} de l’ordonnance du 1 décembre 1986.

¹⁷⁹ Loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de « télé-achat », *JO* du 7 janvier 1988, p. 271.

¹⁸⁰ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *Les contrats de consommation. Règles communes, op. cit.*, p. 66-67.

37. La protection de la partie faible n'est pas l'unique objectif de l'intervention législative dans le contrat de consommation– Si ces interventions législatives sur le contrat de consommation sont principalement motivées par le caractère inégalitaire du contrat conclu entre consommateur et professionnel, la protection de la partie faible ne constitue pas l'unique raison de l'intervention du législateur. Il existe ainsi une sorte de « réversibilité »¹⁸¹ des règles protectrices. Ainsi, il ne fait aucun doute que le droit de la consommation a également comme objectif la protection des entreprises et du libre fonctionnement de la concurrence. Il peut ainsi être conçu comme un « droit de la régulation du marché »¹⁸². Ce caractère réversible n'est pas surprenant. On a pu constater à propos des règles protectrices du travailleur¹⁸³ que le sens de la protection n'est que très rarement unidirectionnel. Cela ne remet pas en cause le fait que la protection du consommateur en tant que partie faible constitue l'objectif – pas unique certes, mais– principal de l'encadrement législatif du contrat de consommation.

38. L'adoption d'un Code rassemblant les règles relatives au contrat de consommation– Si des règles spéciales, concernant la protection du consommateur, voient progressivement le jour, constituant la base d'une nouvelle branche juridique qu'on appelle « le droit de la consommation », elles demeurent un ensemble assez hétéroclite qui se rattache soit au droit civil –lorsqu'elles concernent les termes du contrat– soit au droit pénal –dans le cas où elles concernent la protection contre les fraudes ou la tromperie du consommateur.

Ayant comme objectif de doter le droit de la consommation d'une cohérence et d'une certaine autonomie, une commission de travail fut créée en 1982. Cependant, sa mission s'est avérée beaucoup plus difficile que l'on croyait et les travaux, qui ont duré presque dix ans « n'ont accouché que d'une souris », dans la mesure où le

¹⁸¹ Terme employé, à propos des règles protectrices du travailleur par Gérard Lyon-Caen. Gérard LYON-CAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, op. cit.

¹⁸² Jérôme HUET, «Éléments de réflexion sur le droit de la consommation», *LPA* 2001, n° 223, p. 4-11, not. p. 4. V. également, Philippe STOFFEL-MUNCK, « La codification du droit de la consommation », in *Mélanges Jean-Louis Baudouin*, op.cit, not. p. 1294. L'auteur conteste le critère de la faiblesse comme justificatif de la protection du consommateur, en relevant que la protection se fonde sur la relation anonyme de marché entre le professionnel et le consommateur. Il en vient au point d'affirmer que « le droit de la consommation envisage le rapport entre le consommateur et le professionnel comme une relation anonyme de marché (je dirais presque, en jouant avec les mots mais pour mieux montrer l'idée, une relation de supermarché) ». (p. 1280).

¹⁸³ V. *supra*, sous n° 14 et s.

gouvernement a finalement choisi de ne pas adopter un nouveau texte mais de procéder à ce qu'on appelle une codification à droit constant, à savoir une version consolidée des textes préexistants, qui n'entraîne pas de modifications essentielles du droit, notamment afin de prendre en considération l'acquis et les constructions jurisprudentiels. Ainsi, le Code de la consommation fut adopté par la loi du 26 juillet 1993¹⁸⁴ pour la partie législative et par le décret du 27 mars 1997¹⁸⁵ pour la partie réglementaire.

39. Un ensemble pluridisciplinaire mais hétéroclite– Bien que ses origines civilistes soient toujours apparentes, le nouveau code a un caractère fortement pluridisciplinaire : il rassemble, en effet, des dispositions de droit civil –dans la mesure où elles se réfèrent à la conclusion ou à l'exécution du contrat¹⁸⁶, de droit pénal –portant sur la répression des infractions commises contre le consommateur¹⁸⁷–, de droit judiciaire –concernant les procédures juridiques de protection¹⁸⁸– et de droit administratif –portant sur les pouvoirs de l'administration¹⁸⁹. Le 1^{er} Titre du 1^{er} Livre, consacré à l'information des consommateurs est d'ailleurs significatif à cet égard, dans la mesure où il contient des dispositions appartenant à ces quatre branches juridiques.

C'est à cause de cet ensemble hétéroclite que certains auteurs ont qualifié le droit de la consommation de « déroutant »¹⁹⁰ ou encore d'« auberge espagnole »¹⁹¹. Néanmoins, le Code de la consommation démontre bien que les clivages traditionnels entre droit public et droit privé sont souvent dépassés par la réalité, dans la mesure où un certain nombre de questions, comme la protection du consommateur, nécessitent une approche transversale et pluridisciplinaire. Le droit de la

¹⁸⁴ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation (partie Législative), *JO* n°171 du 27 juillet 1993, p. 10538

¹⁸⁵ Décret n°97-298 du 27 mars 1997 relatif au Code de la consommation (partie réglementaire), *JO* n°78 du 3 avril 1997, p. 5123.

¹⁸⁶ V. par ex. les articles L. 132-1 à 133-2 du Code de la consommation concernant les clauses abusives.

¹⁸⁷ V. par ex. les articles L. 213-1 à 213-6 du Code de la consommation concernant les fraudes et les falsifications.

¹⁸⁸ V. par ex. les articles L. 421-1 à 422-3 du Code de la consommation qui portent sur les actions en justices des associations des consommateurs.

¹⁸⁹ V. par ex. les articles L.215-1 à L.215-17 du Code de la consommation qui se réfèrent aux pouvoirs d'enquête des agents publics en matière de conformité et de sécurité des produits et des services.

¹⁹⁰ Frank STEINMETZ, «Le droit de la Consommation ... peut mieux faire», *op. cit.*, p. 1051.

¹⁹¹ Stéphane PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Paris, Economica, 2008, p. 1, qui considère que «le droit de la consommation est une auberge espagnole. On y trouve ce que l'on veut y mettre. Il est difficile, pour ne pas dire impossible de définir avec précision ce qu'il recouvre exactement».

consommation a ainsi « vocation à recouper les disciplines traditionnelles [...] pour instiller en chacune d'elles les techniques de protection »¹⁹².

Cela étant, le nouveau Code est susceptible d'être critiqué sur un certain nombre de points, en commençant par son champ d'application, qui n'est pas le même pour l'ensemble de ses dispositions, dans la mesure où il ne s'agit que d'une codification-compilation des textes déjà existants. Ainsi, certaines dispositions, comme celles du Code civil concernant les vices cachés, ont un champ d'application beaucoup plus large, dans la mesure où elles n'ont pas vocation à s'appliquer uniquement aux contrats conclus entre consommateur et professionnel. En revanche, d'autres dispositions, comme celles portant sur la protection contre les clauses abusives, concernent uniquement le consommateur ou le non professionnel. Il faudrait ainsi déduire qu'à chaque fois que le consommateur n'est pas expressément visé par une disposition celle-ci a une portée plus générale¹⁹³.

Par ailleurs, le Code souffre d'incohérences¹⁹⁴ et de lacunes, l'absence d'une définition du contrat de consommation ou du consommateur étant peut-être l'exemple le plus frappant. Il faut également noter que le nouveau texte ne constitue pas une réglementation complète du droit de la consommation dans la mesure où il a uniquement vocation à rassembler les dispositions de ce qu'on pourrait appeler «le droit général»¹⁹⁵. Ainsi, un certain nombre de textes spéciaux, concernant par exemple les voyages, les assurances et d'autres produits et services, n'ont pas été englobés dans le Code. Même si le Code de la consommation constitue «*un édifice à géométrie variable*»¹⁹⁶ il n'en demeure pas moins un texte marquant symboliquement l'émancipation, ne serait-ce que partielle, du contrat de consommation du tronc commun du droit civil¹⁹⁷.

¹⁹² Nathalie SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 2.

¹⁹³ V. en ce sens, Frank STEINMETZ, «Le droit de la Consommation ... peut mieux faire», *op. cit.*, p. 1053.

¹⁹⁴ Pour une analyse plus approfondie sur les lacunes du Code de la consommation V. parmi d'autres Dominique BUREAU, «Remarques sur la codification du droit de la consommation», *D.* 1994, p. 291 et s.

¹⁹⁵ V. Le rapport du Sénat, fait, au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (1) sur le projet de loi relatif au code de la consommation (partie législative), par Jean-Jacques Robert, doc. n° 312, p. 18, disponible sur le site internet du Sénat http://www.senat.fr/rap/1992-1993/i1992_1993_0312.pdf (consulté le 09.10.2014).

¹⁹⁶ Jean CALAIS-AULOY, « Brève histoire du droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 267.

¹⁹⁷ V. Nathalie RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-Marseille, PUAM, 2002.

40. Le consommateur en quête de définition– En dépit de l'adoption du Code de la consommation, la définition du consommateur ne s'avère pas une tâche facile. En dehors des articulations avec les exigences européennes, que nous examinerons par la suite¹⁹⁸, on remarque l'absence, jusqu'à la toute récente loi du 17 mars 2014 transposant une directive européenne¹⁹⁹, de définition légale du consommateur. À côté de cette absence de définition, la multitude des textes se référant au consommateur qui n'ont pas tous la même portée n'ont pas facilité la tâche du juge à qui est revenue la charge de tracer les contours de la notion. Pourtant, la notion du consommateur paraît de prime abord relativement facile à cerner : « tous ceux qui, profanes, agissent à des fins non professionnelles »²⁰⁰ sont considérés comme relevant du champ d'application protecteur des dispositions du droit de la consommation. En effet, c'est lorsqu'on commence à ajouter des nuances à cette première notion de base, telles que la question du professionnel qui n'agit pas dans le domaine de sa spécialité ou encore de la personne morale²⁰¹, que la première image relativement simple se complique.

41. Le consommateur et le non-professionnel– En outre, une notion supplémentaire, juxtaposée à celle du consommateur, vient rendre la définition du consommateur davantage compliquée : il s'agit de la notion du non-professionnel introduite par la loi du 10 janvier 1978 sur les clauses abusives²⁰². En effet, la disposition de son article 35 faisait référence aux « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs ». Lors de l'adoption du

¹⁹⁸ V. *infra*, sous n° 328 et s.

¹⁹⁹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JO n°0065 du 18 mars 2014, p. 5400. Un des apports de cette loi, dite « loi Hamon », est la transposition en droit français de la directive 2011/83/UE, par le biais de laquelle la notion du consommateur a été légalement définie. Carole AUBERT DE VINCELLES, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879-888. Sur cette question v. *infra*, sous n° 307 et s.

²⁰⁰ Gilles PAISANT, « Essai sur la notion du consommateur en droit positif », *JCP G* 1993, I, 3655, p. 99-105, not. p.100, §7. V. dans le même sens Jean CALAIS-AULOY & Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, p. 8-10 ; Guy RAYMOND, *Droit de la consommation*, Paris, Litec, 2^e éd., 2011, n° 50.

²⁰¹ Sur ces questions liées à l'influence du droit de l'Union, v. *infra*, sous n° 307 et s. V. également Jean-Pascal, CHAZAL, « Le consommateur existe-t-il? », *D.* 1997, p. 260-266. ; Jacques MESTRE, « Des notions de consommateurs », *RTD civ.* 1989, p. 62-65 ; Jean-Pierre PIZZIO, « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.* 1982, Chron. p. 91-98 ; Hervé CAUSSE, « De la notion du consommateur », in Jean CALAIS-AULOY, Hervé CAUSSE (dir.), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Paris, Litec, 1995, p. 21-34.

²⁰² Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, *op. cit.*

Code de la consommation, cette formulation a été reprise dans l'article L. 132-1²⁰³. Se pose alors la question de savoir quelle est l'articulation entre la notion du non-professionnel et celle du consommateur. S'il a été soutenu, dans un premier temps, qu'il s'agissait d'une redondance²⁰⁴ et qu'il fallait plutôt supprimer, dans un souci de clarté, la référence au non-professionnel de la lettre de la loi du 10 janvier 1978²⁰⁵, son maintien dans le Code de la consommation et, surtout, sa reprise postérieure par la loi du 3 janvier 2008²⁰⁶, modifiant l'article L. 136-1 du Code de la consommation²⁰⁷, ont démontré une volonté expresse du législateur français d'y voir une catégorie juridique distincte de celle du consommateur. La notion du non-professionnel se réfère alors à des personnes qui, tout en agissant à des fins professionnelles, concluent des contrats qui ne présentent pas de lien direct avec leur activité professionnelle²⁰⁸.

En dépit du contentieux²⁰⁹ mais aussi des critiques doctrinales²¹⁰ qu'elle a suscitées, force est de constater que cette notion reflète la volonté du législateur

²⁰³ V. le 1er alinéa de l'article L. 132-1 du Code de la consommation qui dispose que « dans les contrats conclus entre professionnels *et non-professionnels ou consommateurs*, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » (nous soulignons).

²⁰⁴ Charles GIAUME, «Le non professionnel est-il un consommateur ? Ou les problèmes de la redondance en droit de la consommation», *LPA*, 23 juillet, 1990, p. 25-29.

²⁰⁵ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAU, *Les contrats de consommation. Règles communes, op. cit.*, p. 112-116, not. p. 114.

²⁰⁶ LOI n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite « Loi Chatel II », *JO* n°0003 du 4 janvier 2008, p. 258.

²⁰⁷ Portant sur les modalités de reconduction des contrats de prestation de service conclus entre consommateur et professionnel et comportant une clause de reconduction tacite, cet article dispose désormais dans son alinéa 5 que « les trois alinéas précédents ne sont pas applicables aux exploitants des services d'eau potable et d'assainissement. Ils sont applicables aux consommateurs *et aux non-professionnels* » (nous soulignons).

²⁰⁸ V. à titre d'exemple Cass. civ. 1^{re}, 21 février 1995 (inédit), pourvoi n° 93-14.041, *JCP E* 1995. II, 728, note Giles PAISANT, où la Cour de cassation censure les juges du fond en énonçant que « en se bornant à relever cette qualité de loueur habituel sans relever que la location du véhicule entraine dans la compétence professionnelle du locataire, la cour d'appel a violé l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, un commerçant ayant droit à la même protection qu'un particulier pour toute offre à lui faite sortant du cadre spécifique de son activité » (nous soulignons). V. également, Sandrine TISSEYRE, « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », *D.* 2011, p. 2245-2249, not. § 18-20, p. 2248.

²⁰⁹ V. notamment la question sur la qualification des personnes morales en tant que non-professionnels. Cf. *infra* sous n° 307 et s.

²¹⁰ La doctrine émet notamment l'argument qui n'est pas sans fondement, selon lequel une telle protection des professionnelles devrait être assurée par le biais des dispositions du droit civil ou du droit commercial plutôt que par une extension des dispositions du droit de la consommation qui ne fait que brouiller les contours de la notion du consommateur. V. Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAU, *Les contrats de consommation. Règles communes, op. cit.*, p. 115-116; Sandrine TISSEYRE, « Paradoxes autour de la notion de non-

d'étendre une partie de la protection accordée au consommateur *stricto sensu* à des professionnels qui sont susceptibles de subir le même déséquilibre face au professionnel que le consommateur. En même temps, il convient de noter que le maintien de cette notion offre au législateur national un moyen de contourner certaines restrictions résultant de l'harmonisation poursuivie par les instruments législatifs européens²¹¹.

professionnel », *op. cit.*, § 22-23; Yves PICOD , Hélène DAVO, *Droit de la consommation*, Paris, Sirey, 2^e éd., 2010, p. 28-29.

²¹¹ Sur ces questions v. *infra* sous n° 307 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Abordés initialement comme simples parties contractantes, le consommateur se sont vus progressivement dotés d'une conception et d'un régime spécifiques en droit national. Ils se sont ainsi détachés du droit commun du Code civil. Cette émancipation est due à la reconnaissance du fait que le consommateur et le travailleur ne sont pas des contractants comme les autres mais se trouvent en position d'infériorité par rapport à leur cocontractant. Ils méritent alors une protection particulière en tant que parties faibles au contrat.

La faiblesse du contractant justifie ainsi un régime dérogatoire du droit commun. Toutefois, les finalités de protection du contractant ne sont pas les mêmes dans les deux cas de figure. Ainsi, en matière de la relation de travail les interventions législatives ne visent pas à rééquilibrer le contrat, qui demeure inégalitaire par nature, mais à canaliser le pouvoir de direction de l'employeur. En revanche, en ce qui concerne le contrat de consommation, l'objectif poursuivi est la restauration de l'équilibre contractuel rompu. Cette différence de finalité ainsi que la nature différente des deux relations contractuelles expliquent, d'ailleurs, l'élaboration des mécanismes différents de protection de chaque partie faible.

**CHAPITRE II : L'ELABORATION DE MECANISMES DIFFERENTS DE
PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE**

42. Des états de faiblesse différents- Si le point commun de l'aménagement du régime du contrat de travail et du contrat de consommation est la préoccupation du législateur de protéger le contractant faible, la notion de partie faible ne correspond pas à des situations identiques. Certes, le consommateur et le travailleur visent à satisfaire des leurs besoins et se trouvent parties à des contrats déséquilibrés; Toutefois, ces derniers ne sont pas de la même nature. Le contrat de consommation est, dans la plupart des cas un contrat instantané alors que le contrat de travail s'inscrit dans la durée. Par ailleurs, le déséquilibre fait partie, en raison de la subordination, de la définition même du contrat de travail alors que ce n'est pas le cas du contrat conclu par le consommateur. Enfin, les besoins que les deux contractants ne sont pas identiques.

43. Des réponses législatives différentes- En raison de ces divergences, les mécanismes de protection mis en place par le législateur différent. En ce qui concerne le consommateur, l'accent est mis sur la formation de son consentement dans l'objectif de mieux armer le consommateur avant qu'il s'engage. L'intervention en cours d'exécution du contrat n'apparaît qu'en second plan, notamment avec la possibilité de révision des clauses contractuelles susceptibles de provoquer un déséquilibre significatif (*Section I*).

En revanche, la protection du travailleur ne met pas l'accent sur le consentement et la rencontre des volontés des parties mais plutôt sur l'exécution du contrat pendant laquelle la subordination du travailleur devient la source de l'inégalité des parties. La préoccupation est alors d'encadrerle pouvoir de l'employeur, sans pour autant rééquilibrer le contrat (*Section II*).

SECTION 1 : DES MECANISMES DE PROTECTION DU TRAVAILLEUR EN COURS D'EXECUTION DU CONTRAT

44. La subordination comme justification des interventions sur le contrat de travail– Etant donné que la subordination constitue l'élément central du contrat de travail, sa prise en considération par le législateur a un impact sur l'ordonnement juridique des relations du travail²¹². Le contrat de travail étant, en raison de la subordination, un contrat par nature déséquilibré, le législateur tend à encadrer le pouvoir de l'employeur et à assurer une protection au salarié. Différents aspects du régime des relations du travail sont, dès lors, justifiés par l'existence de la subordination. Cela concerne tant les aspects individuels que les aspects collectifs²¹³.

En effet, le fait d'avoir pensé le statut des conventions collectives dans leurs rapports avec le contrat de travail constitue certainement une particularité du droit français qui le distingue des autres systèmes juridiques. Cette perspective a conduit le droit français à rechercher le fondement du pouvoir de représentation des syndicats dans le cadre de la négociation collective. Au contraire, d'autres systèmes de relations professionnelles n'ont vu dans la négociation collective qu'un attribut du groupement syndical et patronal et un mode de régulation entre les interlocuteurs sociaux. Ainsi, « le principe d'égalité [...] est aussi l'une des justifications essentielle de l'organisation des relations collectives de travail ».²¹⁴ En dépit de leur importance ainsi que de leur lien avec la subordination, ces aspects seront exclus de notre analyse, dans la mesure où ils n'ont pas un impact direct sur la subordination individuelle mais tendent plutôt à la compenser par le renforcement des relations collectives du travail²¹⁵.

²¹² V. Antoine JEAMMAUD, Martine LE FRIANT, Antoine LYON-CAEN, «L'ordonnement des relations du travail», *D. chron.* 1998, p. 359-368.

²¹³ Pour une analyse de ces questions, v. Nicolas COLLET-THIRY, *L'encadrement contractuel de la subordination*, thèse dactyl., Université Paris II, Paris, 2012.

²¹⁴ Emmanuel DOCKES, Gilles AUZERO, *Droit du travail*, *op. cit.*, p. 708.

²¹⁵ V. Jean RIVERO, Jean SAVATIER, *Droit du travail*, Paris, PUF, 1975, not. p. 318: « le procédé tend essentiellement, en effet, à porter remède à l'inégalité fondamentale entre employeur et travailleur, qui permettait au patron, dans le cadre du contrat individuel, de dicter ses conditions. [...] En transposant au plan collectif les rapports de travail, il compense l'infériorité économique qui, au plan individuel, met le travailleur à la merci du patron ». Sur ces questions v. également Josépha DIRRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, thèse dactyl., Université Paris Ouest Nanterre, 2012 (à paraître aux éditions LGDJ en décembre 2014).

Sur le plan de la relation individuelle, la prise en considération de la subordination et de la faiblesse du travailleur entraîne des interventions du législateur sur les obligations qui pèsent sur les parties au contrat. Les mécanismes de protection mis en place se focalisent sur la phase d'exécution du contrat, lors de laquelle se manifestent notamment les effets de la subordination et, partant, l'état de faiblesse du travailleur. Sans remettre en cause le pouvoir de l'employeur, des moyens sont mis en place afin de l'encadrer (*Paragraphe I*). Par ailleurs, la prise en considération de la subordination a une répercussion sur les sources du droit du travail, notamment avec la mise en place de l'ordre public social et du principe de faveur (*Paragraphe II*).

Paragraphe I : L'encadrement du pouvoir de l'employeur

L'encadrement du pouvoir de l'employeur constitue la première réaction du législateur face à la subordination du salarié. Différentes expressions du régime du contrat de travail illustrent cet encadrement. Il se réalise, dans un premier temps, par la répartition des risques entre l'employeur et le salarié, notamment en matière d'accidents de travail et de responsabilité en cas de préjudice causé à un tiers (1). Il comprend, ensuite, une délimitation des restrictions que l'employeur peut apporter aux libertés du salarié (2).

1. L'encadrement du pouvoir de l'employeur et la répartition des risques

Celui qui profite de l'activité économique doit en supporter les risques-

Le lien de subordination est intimement lié à la question de la répartition des risques et des responsabilités. Si pour certains auteurs cette répartition pourrait même constituer le critère distinctif du contrat de travail²¹⁶, elle est sans aucun doute l'une des répercussions de la qualification de la subordination, autrement dit l'un des moyens mis en place par le législateur afin de pallier les conséquences de la nature déséquilibrée du contrat et protéger la partie faible. L'idée est alors que l'employeur qui profite de l'activité économique doit également en supporter les risques. La responsabilité de l'employeur en cas d'accident survenu dans le lieu du travail ainsi qu'en cas de dommage causé à un tiers sont les principales illustrations.

45. La répartition des risques et la réglementation des accidents du travail - l'obligation de sécurité- En ce qui concerne les accidents du travail, c'est la jurisprudence qui a ouvert la voie à un aménagement du droit commun spécifique au travailleur, notamment par la reconnaissance d'une obligation de sécurité à la charge de l'employeur. En effet, sous le régime du contrat de louage de service, les deux voies du droit commun étaient envisageables pour indemniser le salarié, victime d'un accident dans le lieu du travail : d'une part, la responsabilité contractuelle et, d'autre part, la responsabilité délictuelle de l'article 1382 du Code civil.

²¹⁶ V. Thomas PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, op. cit. Sur cette question, v. également *supra*, sous n° 22 et s.

A vrai dire, aucun des deux fondements n'apportait une solution satisfaisante à la préoccupation de la protection des salariés. Une fois encore, la question résidait dans la prise en compte de la particularité du rapport de travail et des insuffisances liées à sa soumission au droit commun. La jurisprudence a progressivement tenté d'apporter des solutions en faveur du salarié, comme dans le célèbre arrêt *Teffaine*²¹⁷, mais sa position était plutôt hésitante. Pressé par la doctrine et confronté à l'augmentation du nombre d'accidents du travail, le législateur a fini par intervenir en adoptant la loi du 9 avril 1898²¹⁸. Cette loi reconnaît une responsabilité de principe de l'employeur en cas d'accident du travail²¹⁹. Ceci constitue une différence essentielle avec le régime du droit commun qui exige la preuve d'une faute pour engager la responsabilité contractuelle. La responsabilité de l'employeur est basée sur la notion de risque professionnel, notion assez novatrice à l'époque²²⁰. Celle-ci implique encore l'existence d'un lien de subordination du salarié à l'égard de l'employeur qui est responsable même s'il n'a pas commis de faute. C'est parce qu'il se trouve à l'initiative et à la direction du travail effectué par le salarié et qu'il est maître

²¹⁷ Cass. civ., 16 juin 1896, *D.P.* 1897, 1, p. 433, note Raymond SALEILLES. En l'espèce, la Cour de cassation maintient l'arrêt rendu par les juges du fond ayant accueilli la demande d'indemnisation de la veuve d'un mécanicien, mort d'un accident de travail, en estimant que la responsabilité de l'employeur vis-à-vis de la victime de l'accident était établie « sans qu'il puisse s'y soustraire en prouvant soit la faute du constructeur de la machine, soit le caractère occulte du vice incriminé ». La Cour a fondé sa décision sur l'art. 1384 al. 1 du Code civil (responsabilité du fait des choses), étant donné que l'application de l'art. 1382 du Code civil était exclue en absence de faute de la part de l'employeur.

²¹⁸ Loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail (Bulletin de l'Inspection du travail, n°2, 1898) http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Loi_du_9_avril_1898.pdf (consulté le 22.09.2014). Sur cette loi, qui a fait couler beaucoup d'encre et a été l'objet de nombreuses thèses de l'époque, V. notamment, Léon DESPLATS, *Etude sur la portée d'application de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail*, Montpellier, Imprimerie Générale du Midi, 1906 ; Numa ORTUS, *De la responsabilité du patron envers ses ouvriers avant et depuis la loi du 9 avril 1898*, Montpellier, Imprimerie d'Hamelin frères, 1901 ; Georges TROLET, *L'assurance accidents du travail dans la loi du 9 avril 1898*, Paris, éd. P. Vitet, 1917. En ce qui concerne la doctrine contemporaine V. Gérard AUBIN, « La loi du 9 avril 1898, rupture ou continuité ? », *Dr. soc.* 1998, p. 635-637, ainsi que Philippe-Jean HESSE, « La genèse d'une loi : de la révolution industrielle à la révolution juridique », *Dr. soc.* 1998, p. 638-643. V. également Francis HORDERN, « Du louage de service au contrat de travail ou de la police au droit (XVIIIe-XXe siècle) », *op. cit.*, p. 107-110.

²¹⁹ En effet, l'article 1^{er} de la loi (disposant que « les accidents survenus par le fait du travail, ou à l'occasion du travail aux ouvriers et employés [...] donnent droit au profit de la victime ou de ses représentants à une indemnité à la charge du chef d'entreprise, à la condition que l'interruption de travail ait duré plus de quatre jours ») pose le principe de la responsabilité de l'employeur en cas d'accident sur le lieu du travail en établissant un régime distinct du régime général prévu par l'art. 1384 al. 1^{er} du Code civil. Le salarié victime d'un accident du travail pourrait désormais demander des dommages et intérêts sans avoir à prouver la faute de son employeur.

²²⁰ V. sur ce point notamment Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé depuis 1804*, *op. cit.*, p. 192.

des précautions à prendre afin d'augmenter ou diminuer les risques du travail que l'employeur est considéré responsable²²¹.

La loi établit ainsi un régime spécial de responsabilité civile, propre au contrat de travail, à la marge et au détriment des principes généraux du droit civil. Là encore, il faut constater à la reconnaissance d'une particularité du contrat de travail par rapport au droit général des contrats et qui justifie un traitement différent de la part du législateur ; cette particularité peut s'expliquer par l'existence du lien de subordination.

Par la suite, le 8 janvier 1908, les Chambres réunies de la Cour de cassation ont rendu un arrêt fondateur en décidant que « la responsabilité du risque professionnel, établie par la loi de 1898, est une conséquence directe du contrat de travail »²²². La Cour de cassation reconnut ainsi, ne fut-ce qu'indirectement, que l'employeur était responsable dès lors qu'il assumait les risques d'une activité lucrative et que, par conséquent, l'employé était soumis à son autorité.

46. La répartition des risques et l'irresponsabilité du salarié pour le résultat défectueux de son travail– En dehors de l'obligation de sécurité, la subordination a constitué la principale motivation du principe de l'irresponsabilité du salarié du résultat défectueux de son travail²²³. L'étendue de la responsabilité contractuelle des parties au contrat n'étant pas définie par la loi, la jurisprudence a établi un système dérogatoire dès la deuxième moitié du 20^{ème} siècle.

Ainsi, un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 27 novembre 1958²²⁴ a affirmé le principe exprimé par les juges du fond, selon lequel « l'ouvrier ne

²²¹ V. le rapport Nadaud, *Dalloz*, 1898, p. 284, cité par Jacques LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours, op. cit.*, p. 88. V. également Thomas PASQUIER, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel, op. cit.*

²²² Cass. Ch. Réunies, 8 janvier 1908, *D.P.*, 1908, 1, p. 185-191, note P. DUPUICH.

²²³ Sans oublier la question de l'irresponsabilité du travailleur à l'égard des tiers (v. not. art. 1384 al. 5 du Code civil, qui a donné lieu à une jurisprudence abondante bien connue, notamment à propos de l'abus de fonction commis par le préposé (v. not. Cass. Ass. Plén., 19 mai 1988, *Bull. AP.* n° 5 ; *D.* 1988, p. 513, note Christian LARROUMET ; *Gaz. Pal.*, 1988, 2, p. 640 ; *RTD civ.* 1989, p. 89, observation Patrice JOURDAIN ; Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, *Bull. AP.*, n° 2 ; *RTD civ.* 2000, p. 582, obs. Patrice JOURDAIN ; *D.* 2000, p. 673, note Philippe BRUN ; *JCP éd. G.*, 2000, I, p. 241, obs. Geneviève VINEY ; V. François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 888 et s.).

²²⁴ Cass. soc., 27 novembre 1958, *Sté des Forges Stéphanoises c/ Blanchard et autres*, *JCP G* 1959, II, 11143, note Jean BRETHER DE LA GRESSAYE. Ce dernier commentateur remarque, d'ailleurs, que l'exonération du salarié de sa responsabilité en cas d'erreur involontaire est expliquée par « le caractère essentiel du contrat de travail [qui] est que le salarié effectue sa prestation sous l'autorité et la surveillance de l'employeur ». Deux autres arrêts rendus la même année par la Chambre Sociale vont

peut être tenu pour responsable (du résultat défectueux de son travail) que si sa façon de procéder révèle, par comparaison avec un ouvrier normalement diligent, non pas une simple erreur involontaire, mais une faute lourde, voire volontaire ». Cet arrêt pose ainsi un principe d'irresponsabilité du travailleur, conséquence du lien de subordination et corollaire nécessaire de l'imputation des risques sur l'employeur. Puisque le salarié reçoit des ordres de la part de son employeur qui en vérifie l'exécution, les risques de la mauvaise ou de la défectueuse exécution du contrat doivent être assumés par ce dernier. Le salarié ne peut donc être tenu responsable civilement des préjudices qu'il causerait à l'occasion de l'exécution de son contrat, sauf faute lourde. Seul l'employeur qui a commandé le travail peut l'être, d'autant que ce dernier dispose d'un pouvoir disciplinaire qui lui permet de sanctionner directement le salarié qu'il juge fautif²²⁵.

47. Différents degrés de responsabilité correspondant à différents degrés de subordination? – Toutefois, la multiplication des formes du travail salarié, l'agrandissement croissant de la taille des entreprises ainsi que l'individualisation de la rémunération ont conduit à une certaine « responsabilisation » des salariés. En effet, les employeurs délèguent parfois une partie de leur pouvoir à certains employés (le plus souvent des cadres supérieurs) qui bénéficient dès lors d'un statut hybride, dans le sens où ils cumulent la subordination d'un employé et une partie de l'indépendance de l'employeur. Certains auteurs²²⁶ ont pu y voir un « contournement du principe » de l'irresponsabilité du salarié ainsi qu'une mise en cause de la subordination.

Plutôt que de parler de la dilution du lien de subordination, on peut considérer qu'il existe plusieurs niveaux ou degrés de subordination en fonction desquels varie

dans le même sens, V. Cass. soc., 19 mai 1958, *Bull. civ. IV*, n° 612 et 613. V. aussi *D.* 1959, 1, p. 20, note R. LINDON, qui met plutôt en avant l'inégalité pécuniaire entre l'employeur et le salarié.

²²⁵ Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont en principe interdites par l'art. L. 1331-2 du Code du travail. Cependant, la rétrogradation disciplinaire peut être accompagnée d'une diminution de salaire, si celle-ci n'est que la conséquence du déclassement dans un emploi différent (v. sur ce point Cass. soc., 7 juillet 2004, *Bull. civ. V*, n° 193, qui a jugé qu'« une mesure de rétrogradation ne constitue pas une sanction pécuniaire prohibée lorsque la diminution de rémunération qu'elle entraîne résulte de l'affectation du salarié à une fonction ou à un poste différent et de moindre qualification »). À l'inverse, si la baisse de rémunération ne correspond pas à un changement de poste réel, il s'agit d'une sanction pécuniaire et donc prohibée.

²²⁶ V. par exemple Guillaume BREDON, *L'évolution de la notion de subordination comme critère du contrat de travail*, *op. cit.*, not., p. 117-124.

la répartition des responsabilités entre le salarié et l'employeur. Cela étant, un employé auquel le patron a délégué une partie de son pouvoir de décision ou de son autorité demeure subordonné à l'employeur en ce qui concerne le reste de ses missions ainsi que l'encadrement général de ses initiatives. Certes, ses horaires de travail peuvent être plus flexibles que d'habitude, sa rémunération peut dépasser la formule classique du salaire ordinaire ou encore son indépendance peut être considérablement augmentée -signe d'un certain relâchement du lien de subordination- mais cela ne signifie pas pour autant que ce dernier n'existe pas. C'est, d'ailleurs, suivant cette logique que les dispositions du Code du travail régissant la durée du travail ne sont pas applicables aux cadres dirigeants disposant d'un niveau de responsabilité plus élevé, tel qu'attesté par une rémunération importante²²⁷.

2. L'encadrement du pouvoir de l'employeur par la prise en compte des libertés du salarié

48. Les restrictions apportées aux libertés du salarié en raison de la subordination- En raison du lien de subordination, le travailleur se voit privé d'un certain nombre de libertés qu'il ne peut plus exercer. Les restrictions peuvent être apportées à la fois au moment de la conclusion du contrat de travail, sous forme de clauses contractuelles insérées par l'employeur et en cours d'exécution de la relation de travail, soit par le biais des conditions ou des directives imposées au salarié, soit par des sanctions disciplinaires prononcées par l'employeur à l'occasion de l'exercice par le salarié d'une de ses libertés²²⁸. Cette privation fait partie intégrante du pouvoir de direction de l'employeur qui impose les conditions de travail et en assure l'exécution et, partant, de la nature déséquilibrée de la relation du travail. Néanmoins, le législateur a voulu l'encadrer, en y apportant des limites. Ainsi, l'article L. 1121-1 du Code de travail dispose que «nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux

²²⁷ Cass. soc., 15 décembre 1971, *Bull. civ. IV*, n° 735. V. également l'article L. 3111-2 du Code du travail.

²²⁸ Philippe WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *Dr. soc.* 2000, p. 1051-1058, not. p. 1051-1052.

libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché»²²⁹.

49. L'encadrement des restrictions– Mise en place dans sa première version par les lois dites Auroux de 1982²³⁰, cette disposition s'inscrit dans un mouvement de démocratisation, symbolisée par l'avènement des droits de l'homme dans l'entreprise²³¹. Pourtant, elle ne remet pas en cause le pouvoir de l'employeur, dans la mesure où elle habilite celui-ci à restreindre les libertés du salarié sous conditions (justification et proportionnalité)²³². Il n'en demeure pas moins qu'elle constitue un point d'entrée des droits fondamentaux dans la relation de travail. Elle reflète, à ce titre, une vision plus institutionnalisée de la protection accordée au travailleur.

En effet, l'obligation de justification et le contrôle de proportionnalité deviennent les moyens d'encadrement du pouvoir de direction de l'employeur et, partant, de la reconnaissance des droits et libertés du salarié. La tâche de l'interprétation ainsi que de l'application concrète de ces principes revient à la jurisprudence. L'exigence d'une justification des décisions de l'employeur encadre alors son pouvoir qui était pendant longtemps totalement discrétionnaire, sans être susceptible de subir un contrôle, selon la conception de l'employeur comme «seul juge» des circonstances qui n'a pas d'obligation de motiver ses décisions.

50. L'obligation de justification– En ce qui concerne les justifications qui peuvent valablement être invoquées par l'employeur afin de restreindre les libertés

²²⁹ Ancien article L. 120-2. V. également l'article L. 1321-3 du Code du travail, qui constitue l'équivalent en ce qui concerne le règlement intérieur.

²³⁰ Il s'agit plus précisément de la 1^{ère} loi Auroux (Loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *JO* du 6 août 1982, p. 2518) qui a établi l'ancien article L. 122-35 du Code du travail disposant que « Le règlement intérieur ne peut contenir de clause contraire aux lois et règlements ainsi qu'aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement. Il 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 ne peut comporter de dispositions lésant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale ». Dix ans plus tard, l'exigence d'un respect des droits de l'homme dans l'entreprise a été généralisée par l'article 25 de la loi n° 92-1446 du 31 déc. 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, *JO* du 1^{er} janvier 1993, p.19.

²³¹ Emmanuel DOCKES, « Pouvoir patronal et démocratie », *Semaine sociale Lamy* 2008, p. 85-90 (supplément du 11/02/2008), not. p. 89.

²³² Jean-Marc BERAUD, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouvr.* 1997, p. 529-534.

du salarié, la jurisprudence subordonne souvent les restrictions des libertés du salarié à la sauvegarde des intérêts légitimes de l'entreprise. «L'intérêt de l'entreprise est la cause de la restriction à la liberté contractuelle, elle se rapproche du principe de finalité»²³³.

C'est à propos des clauses de non concurrence que la jurisprudence a su élaborer ce critère²³⁴. Une telle clause restreint la liberté du salarié de travailler pour une société concurrente à celle qui l'emploie après la fin de son contrat de travail. Ainsi, après une fluctuation de sa jurisprudence²³⁵, la Cour de cassation affirme désormais l'illicéité de ladite clause lorsque «en raison des fonctions du salarié, la clause de non-concurrence n'était pas indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise »²³⁶. La nature des fonctions du salarié ainsi que le niveau de ses responsabilités doivent pouvoir constituer une menace aux intérêts légitimes de l'entreprise, susceptible de justifier la clause de non concurrence. La sanction de l'absence d'un tel motif est l'illicéité de la clause. D'autres restrictions apportées aux libertés du travailleur ont été également soumises au motif de la sauvegarde des intérêts légitimes de l'entreprise et du trouble objectif que l'exercice par le salarié de ses libertés pourrait y apporter. Tel fut le cas de la clause d'exclusivité²³⁷, d'une clause de mobilité²³⁸, ou encore d'une clause par laquelle l'employeur se réserve le droit de modifier la région d'activité en demandant au salarié d'être domicilié à son nouveau lieu d'affectation²³⁹, de telle sorte que l'utilisation de ce motif obtienne une portée plus générale²⁴⁰.

²³³ Corinne PIZZIO-DELAPORTE, « Libertés fondamentales et droits du salarié le rôle du juge », *Dr. soc.* 2001 p. 404-412, not. § 5.

²³⁴ *Lamy Droit social 2014*, not. §§ 208.

²³⁵ En effet, par un arrêt du 13 octobre 1988, la Chambre sociale de la Cour de cassation avait interdit aux juridictions du fond de contrôler l'existence de la sauvegarde des intérêts légitimes de l'entreprise. Elle avait ainsi censuré la cour d'Appel d'avoir prononcé l'illicéité de la clause de non concurrence en raison du fait que la qualification non élevée du salarié n'était pas susceptible de provoquer un préjudice à l'employeur au cas où le salarié viendrait à exercer ses activités dans une autre entreprise. La Cour de cassation, au visa de l'article 1134 du Code civil, avait énoncé que la cour d'Appel « ne pouvait substituer son appréciation de l'utilité pour l'employeur de l'obligation imposée au salarié à la force obligatoire de la convention des parties » Cass. soc., 13 octobre 1988, *Bull. V*, n° 494 ; *D.* 1989, p. 122, note Yves SERRA; *JCP E* 1989, II, 15474, p. 271-276, note Jacqueline AMIEL-DONAT.

²³⁶ Cass. soc. 14 mai 1992, *Bull. civ. V*, n° 309; *D.* 1992, p. 350, note Yves SERRA.

²³⁷ Cass. soc., 11 juillet 2000, n° 98-40143, *Bull. civ. V*, n° 276.

²³⁸ Cass. soc., 22 janvier 2003, *Bull. civ. V*, n°15; *Dr. soc.* 2003, p. 433, obs. Jean SAVATIER ; Cass. soc., 14 octobre 2008, *Bull. civ. V*, n° 192 ; Cass. soc., 17 décembre 2008, n° 07-42960 (inédit).

²³⁹ Dans cet arrêt la Cour de cassation se base sur l'article 8 de la CEDH en énonçant que « le libre choix du domicile personnel et familial est l'un des attributs de ce droit ; qu'une restriction à cette liberté par l'employeur n'est valable qu'à la condition d'être indispensable à la protection des intérêts légitimes de

Dans le même ordre d'idées, la jurisprudence accepte que l'employeur puisse restreindre les libertés du salarié lorsque cette restriction, par exemple l'obligation de se vêtir conformément aux indications de l'employeur, est légitime en raison de la nature des fonctions du salarié²⁴¹. On retrouve à nouveau la même idée de la protection des intérêts légitimes de l'entreprise qui justifie les instructions de l'employeur, soit pour des raisons pratiques – comme par exemple l'hygiène– soit parce que le salarié est en contact avec la clientèle de l'entreprise. Parfois, ces restrictions peuvent être liées à l'exercice d'autres libertés du salarié, notamment la liberté de manifester sa religion²⁴².

51. L'obligation de respecter la proportionnalité– Le respect du contrôle de proportionnalité²⁴³ constitue le second volet de l'encadrement du pouvoir de l'employeur prévu par l'article L. 1121-1 du Code de travail. Mécanisme utilisé par la jurisprudence du Conseil d'Etat en vue d'apprécier la licéité des restrictions apportées aux libertés fondamentales²⁴⁴, il vise à limiter les restrictions des libertés du salarié au strict nécessaire pour atteindre les motifs invoqués par l'employeur.

l'entreprise et proportionnée, compte tenu de l'emploi occupé et du travail demandé, au but recherché ». Cass. soc., 12 janvier 1999, *Bull. civ. V*, n° 7; *Dr. soc.*, 1999, p. 287, obs. Jean-Emmanuel RAY. V. également Cass. soc., 13 avril 2005, *Bull. civ. V*, n° 878 ; *D.* 2005 p. 1248. On constate ainsi que l'article L. 1121-1 devient la porte d'entrée des droits fondamentaux dans la relation du travail.

²⁴⁰ Philippe WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *op. cit.*, not. p. 1052; *Lamy Droit social 2014*, not. §§ 208.

²⁴¹ Cass. soc., 18 février 1998, *Bull. civ. V*, n° 90.

²⁴² L'affaire *Baby Loup* a fait ainsi couler beaucoup d'encre à propos de l'employée d'une crèche associative qui ne se conformait pas au règlement intérieur interdisant le port du voile islamique. Après une longue série d'arrêts et un premier arrêt de la Chambre Sociale qui avait considéré que la restriction ne remplissait pas les conditions de l'article L. 1121-1 (Cass. soc., 19 mars 2013, *Bull. civ. V*, n° 76 ; René SCHWARTZ (entretien), « La laïcité paradoxalement consacrée », *Sem. soc. Lamy 2013*, n° 1577, p. 8-9 ; Isabelle DESBARATS, « Affaire *Baby Loup* : laïcité fragilisée ou liberté religieuse renforcée ? », *JCP S 2013*, p. 11-15; *D.* 2013, p. 1026, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; *Dr. soc.* 2013, p. 388-397, étude Emmanuel DOCKES) un récent arrêt de l'Assemblée Plénière s'est prononcé, au contraire, en faveur de l'employeur (Ass. Plén., 25 juin 2014, *Bull. AP.*, n° 612; *ALD* 27 juin 2014, note Marie PEYRONNET). En faisant une appréciation *in concreto* des tâches accomplies par la salariée et du fait qu'elle était en contact avec les enfants et leur famille, la Cour a jugé que « la restriction à la liberté de manifester sa religion édictée par le règlement intérieur ne présentait pas un caractère général, mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché ».

²⁴³ V. not. Isabelle CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, not. n° 232 et s.

²⁴⁴ CE, 12 juin 1987, n° 72388, *SCI Gautois*, *Rec. CE* 1987, p. 208 ; CE, 10 juin 1982, *JCP G* 1984, II, 230, p. 20; CE, 3 octobre 1997, n° 144006, *Rec. Lebon* 1999, p. 1099 ; CE, 8 juillet 1998, n° 71484, *Rec. CE* 1998, p. 1043. V. Philippe WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *op. cit.*, not. p. 1052-1053; *Lamy Droit social 2014*, not. §§ 209.

L'objectif est alors de trouver un juste équilibre entre les intérêts légitimes de l'entreprise et l'atteinte portée aux libertés du salarié.

La proportionnalité constitue ainsi la raison pour laquelle la jurisprudence a mis en place un certain nombre de conditions qu'une clause de non concurrence doit respecter afin d'être valablement opposable au salarié²⁴⁵. Outre le motif de la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, déjà exposé, il faut que la clause soit « limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tien[n]e compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives »²⁴⁶.

Les mesures de sécurité et de surveillance des salariés sur le lieu du travail constituent un autre terrain propice à l'application du contrôle de proportionnalité. La Cour de cassation encadre alors le recours par l'employeur au système de la géo-localisation pour contrôler le temps de travail, en énonçant qu'il « n'est licite que lorsque ce contrôle ne peut pas être fait par un autre moyen »²⁴⁷. Le contrôle de proportionnalité oblige l'employeur à opter pour les mesures les moins contraignantes pour les libertés du travailleur. Par ailleurs, dans le domaine des mesures de sécurité ordonnées par l'employeur, les juges ont du se prononcer sur la conformité avec les conditions de l'article L. 1121-1 du Code du travail d'un contrôle des sacs des travailleurs à l'entrée du lieu de travail, imposé par l'employeur à la suite de différentes alertes à la bombe. Ils ont motivé le caractère proportionnel de la mesure en considérant qu'elle était « justifiée par des circonstances exceptionnelles et des exigences de sécurité, étant proportionnée au but recherché puisqu'elle excluait la fouille des sacs »²⁴⁸. En dehors de ces circonstances exceptionnelles susceptibles de rendre cette mesure restrictive proportionnelle, l'employeur n'a le droit d' « ouvrir les sacs appartenant aux salariés pour en vérifier le contenu qu'avec

²⁴⁵ Sur cette question, v. parmi d'autres Nicolas DAMAS, « Validité de la clause de non-concurrence : de la contrepartie pécuniaire en particulier au contrôle de la proportionnalité en général », *LPA*, 2003, n° 23, p. 16-21.

²⁴⁶ Cass. soc., 10 juillet 2002, *Bull. civ. V*, n° 239 ; *D.* 2002, p. 2491, note Yves SERRA ; *Dr. soc.* 2002, p. 949, note Raymonde VATINET. V. également, Raymonde VATINET, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. soc.* 1998, p. 534-546.

²⁴⁷ Cass. soc., 3 novembre 2011, *Bull. civ. V*, n° 247 ; *JCP S* 2012, 1054, note Grégoire LOISEAU.

²⁴⁸ Cass. soc., 3 avril 2001, *Bull. civ. V*, n° 115.

leur accord et à la condition de les avoir avertis de leur droit de s'y opposer et d'exiger la présence d'un témoin »²⁴⁹.

On constate ainsi que la préoccupation de protection du travailleur subordonné justifie les interventions du législateur qui, sans remettre en cause le caractère inégalitaire du contrat, visent à canaliser le pouvoir de l'employeur. Ces mêmes éléments sont également visibles au niveau de l'ordonnancement des sources du droit du travail, par le biais, notamment de l'ordre public et du principe de faveur.

²⁴⁹ Cass. soc., 11 février 2009, *Bull. civ. V*, n° 40. V. également Jean MOULY, Jean SAVATIER, « Droit disciplinaire », *Répertoire de droit du travail*, octobre 2013 (mise à jour : mars 2014), § 92-103. Toutefois, la référence à l'accord du travailleur en tant que justification de la mesure restrictive peut s'avérer problématique. V. en ce sens Pascal LOKIEC, « L'accord du salarié », *Dr. soc.* 2010, p. 140-143, not. p. 142.

Paragraphe II : L'ordonnancement des sources du droit du travail

L'ordonnancement²⁵⁰ des sources du droit du travail²⁵¹ reflète également le caractère central du lien de subordination et la volonté de protection du travailleur. Tout en imposant des règles impératives visant à encadrer le pouvoir de l'employeur, le législateur accorde aux parties au contrat la possibilité de prévoir des aménagements contractuels aux dispositions légales en vigueur, par le biais des accords, collectifs ou individuels, lorsque ces aménagements sont en faveur des salariés. Mécanismes spécifiques au droit du travail, l'ordre public social (1) et le principe de faveur (2) démontrent l'omniprésence de la subordination et sont justifiés par cette dernière.

1. L'ordre public

52. Les spécificités de l'ordre public en droit du travail- L'ordre public constitue un mécanisme qui occupe une place prépondérante dans les relations contractuelles déséquilibrées²⁵². Considéré comme «l'antithèse de la liberté contractuelle»²⁵³, il vise à garantir, en établissant des règles impératives applicables à la relation contractuelle, la protection de la partie faible. Il s'agit, en principe, d'un ordre public de protection. Le dogme de l'autonomie contractuelle est ainsi brisé, soit dans un but de rétablir l'équilibre contractuel – c'est le cas du contrat de consommation– soit pour atténuer les effets causés par la grande disparité entre les parties – c'est le cas du contrat de travail²⁵⁴. En ce sens, la consécration de l'ordre public social est justifiée par le lien de subordination.

²⁵⁰ Sur la notion d'ordonnancement v. not. Antoine JEAMMAUD, Martine LE FRIANT, Antoine LYON-CAEN, «L'ordonnancement des relations du travail», *D. chron.* 1998, p. 359-368.

²⁵¹ Sur cette question et notamment sur le rôle important du principe de faveur dans l'articulation des sources du droit, v. not. Emeric JEANSEN, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, Paris, Economica, 2008.

²⁵² Nadège MEYER, *L'ordre public du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, Paris, LGDJ, 2006, not. n° 8, p. 3.

²⁵³ Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon, R. Durand-Auzias, 1963.

²⁵⁴ Nadège MEYER, *L'ordre public du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, op. cit., not n° 126-173, p. 59-81.

Si le contrat de travail est soumis au droit commun et au principe général énoncé par l'article 6 du Code civil²⁵⁵, il n'en demeure pas moins que l'ordre public en droit du travail présente des particularités qui ont justifié que la doctrine se réfère à «un ordre public au sens du droit du travail»²⁵⁶. « Conformément aux principes généraux du droit du travail, les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine du droit du travail présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent en aucun cas être supprimés ou réduits » énonce le Conseil d'Etat dans son avis du 22 mars 1973²⁵⁷. A cause du caractère minimal des avantages garantis, ces dispositions législatives impératives « ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ou à ce que des garanties ou avantages non prévus par les dispositions législatives ou réglementaires soient institués par voie conventionnelle ». Cette idée est retranscrite à l'article L. 2251-1 du Code du travail: la volonté contractuelle, dans son aspect collectif ou individuel ne peut « déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public». En revanche, elle peut «comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur».

53. Ordre public absolu et ordre public social- Ainsi, en droit du travail, à côté de l'ordre public absolu qui ne supporte pas de dérogations, ne serait-ce que dans un sens favorable aux travailleurs, il existe un ordre public, que l'on surnomme social, qui supporte des aménagements contractuels *in melius*, qui sont plus favorables au travailleur. Dans ce cas de figure, l'impérativité ne touche que le noyau dur minimal intangible²⁵⁸.

On retrouve des expressions de l'ordre public social dans différents aspects du contrat de travail: fixation des salaires minimaux, protection en cas de rupture

²⁵⁵ Selon cet article, « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

²⁵⁶ Michèle BONNECHERE, « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvr.* 1988, p. 171-192, not. p. 171.

²⁵⁷ CE, avis n° 310108 du 22 mars 1973 ; *Dr. soc.* 1973, p. 514-515; Yves GAUDEMET, Bernard STIRN, Thierry DAL FARRA, Frédéric ROLIN, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2008, n° 6, p. 107-116.

²⁵⁸ Michèle BONNECHERE, « L'ordre public au sens du droit du travail », *op. cit.*. V. également. Louis ROZES, « Remarques sur l'ordre public en droit du travail », *Dr. soc.* 1977, p. 311-326 ; Thierry REVET, « L'ordre public dans les relations de travail », in Thierry REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 43-63; Florence CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, Paris, LGDJ, 2007, not. p. 87 ; François GAUDU, « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 363-377.

unilatérale du contrat par l'employeur, aménagement du temps de travail n'en sont que quelques illustrations. Les règles concernant la rupture unilatérale ont une importance particulière pour la prise en compte du lien de subordination. Elles constituent, d'ailleurs, un des premiers champs d'intervention législative dans le contrat de travail, bien avant son émancipation du droit civil²⁵⁹.

54. Encadrement du pouvoir de l'employeur sans remise en cause– Ainsi, le législateur est intervenu en instituant des règles d'ordre public encadrant le pouvoir de rupture unilatérale de l'employeur. L'impérativité des règles du licenciement est particulière : elle ne remet pas en cause le pouvoir de décision de l'employeur; elle l'encadre en imposant à ce dernier d'avancer les motifs de sa décision et en soumettant sa décision à un contrôle du bien fondé de ses motifs. Comme le remarque Monsieur Xavier Lagarde à propos d'un tout autre sujet, « l'objectif est moins de limiter le libre concours des aspirations individuelles que de les placer sous un contrôle plus ou moins institutionnalisé. En un mot, à un ordre public de la règle il faut associer un ordre public de la régulation, ou encore de la procédure »²⁶⁰. Cela étant, ces règles sont des illustrations de l'ordre public social : d'une part, parce qu'une convention ou un accord collectif peut prévoir des indemnités de licenciements supérieures à celles prévues par la loi ; d'autre part, parce que les juges ont admis qu'une convention collective plus favorable que la loi restreigne le pouvoir de l'employeur en limitant les causes de licenciement pouvant être invoquées par lui.

55. L'ordre public et l'imposition de montants de salaire minimaux– La consécration par le législateur des montants minimaux de salaire constitue une autre facette de l'ordre public social. Il convient de relever, à cet égard, l'apport important

²⁵⁹ Ainsi, certains auteurs considèrent que les lois du 27 décembre 1890 (sur le contrat de louage et sur les rapports des agents de chemins de fer avec les compagnies) et du 9 avril 1898 (concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail) marquent une véritable « coupure épistémologique » dans la conception du rapport de travail. En effet, ces deux lois marquent véritablement la reconnaissance du lien de subordination comme élément principal du rapport contractuel liant l'employeur et le salarié. V. par exemple Jacques LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours, op. cit.*, p. 77. Pour une étude détaillée, V. Emile DESFORGES, *La loi du 27 décembre 1890 et son application aux employés des compagnies de chemins de fer*, Paris, éd. A. Rousseau, 1904 ; Patrick BARRAU, Francis HORDERN, « Histoire du droit du travail par les textes, t. 1 De la Révolution à la Première Guerre Mondiale (1791-1914) », *Cahiers de l'Institut Régional du Travail*, n° 8, juillet 1999, p. 3-228, not. p. 102.

²⁶⁰ Xavier LAGARDE, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, p. 217-224, not. p. 217.

de la loi du 11 février 1950²⁶¹. Celle-ci restitue la liberté des salaires à travers la possibilité de négociations collectives²⁶². Parallèlement, elle institue le SMIG qui sert de seuil minimal garantissant un montant minimum de salaire qui ne saurait être abaissé.²⁶³ Relevant de l'ordre public social, il est possible de l'augmenter. Ce faisant, il constitue une garantie imposée par le législateur, qui entre dans le jeu et l'économie du contrat, en devenant un paramètre contractuel. Si l'instauration du SMIG visait à concilier intervention légale et liberté conventionnelle des interlocuteurs sociaux, elle n'en a pas moins pour conséquence de garantir aux salariés un salaire minimum. Ce faisant, la loi limite les effets de la subordination du salarié à l'égard de l'employeur.

L'intervention législative sur le contrat de travail se poursuivra tout au long des années 1980 et jusqu'à la fin des années 1990. Ainsi, seront établis, entre autres, le travail de 39 heures par semaine ainsi que les congés payés de 5 semaines²⁶⁴ tandis que se multiplieront les conditions exigées pour conclure un contrat à durée déterminée ou de travail temporaire²⁶⁵. La durée du travail sera encore diminuée par les lois connues sous l'appellation « lois des 35 heures »²⁶⁶, sous réserve des nombreuses facultés de dérogations conventionnelles ouvertes par la loi.

56. Ordre public de protection ou de direction? – La consécration des seuils de salaire minimaux constitue un exemple intéressant permettant de nuancer le rattachement de l'ordre public social à l'ordre public de protection²⁶⁷. L'ordre public social, qui se développe après la seconde guerre mondiale, est aussi un ordre public de direction. Le SMIG, en particulier, est un moyen pour l'Etat de limiter l'inflation et de contrôler les variations monétaires. Il est aussi un moyen de contrôler la concurrence entre les entreprises. Comme le remarque Christophe Radé, « il y a donc

²⁶¹ Loi n° 50-205 sur les conventions collectives, la liberté de négocier les salaires et les conditions de travail, *JO* du 12 février 1950, p. 1688.

²⁶² En effet, il s'agit de revenir sur l'orientation de la loi de 1946 (loi n° 46-2924 du 23 décembre 1946 relative aux conventions collectives de travail, *JO* du 25 décembre 1946, p. 10932) qui avait très fortement limité – pour ne pas dire supprimé – la liberté de négociation collective au sortir de la Seconde Guerre Mondiale.

²⁶³ Le SMIG sera remplacé, après le « protocole de Grenelle » de 1968 par le SMIC (Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance). V. la loi n° 70-7 du 2 janvier 1970 portant réforme du salaire minimum garanti et création d'un salaire minimum de croissance, *JO* du 4 janvier 1970, p. 141.

²⁶⁴ V. ordonnance du 16 janvier 1982.

²⁶⁵ V. ordonnance du 5 février 1982.

²⁶⁶ Lois du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000.

²⁶⁷ Christophe RADE, « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 931-938 ; Philippe LANGLOIS, « La réduction du temps du travail et la rémunération », *Dr. soc.* 1998, p. 785-792.

de la « direction » dans l'ordre public social, au moins autant d'ailleurs que de la « protection »²⁶⁸. La spécificité des intérêts protégés par les interventions du législateur en droit du travail démontre cette particularité de l'ordre public social, qui se situe ainsi dans la zone grise entre ordre public de direction et ordre public de protection, ce qui le distingue ainsi de la nature de l'ordre public de protection qu'on rencontre dans d'autres contrats inégalitaires, tel que le contrat de consommation.

2. Le principe de faveur

57. Un principe fondamental du droit du travail- Corollaire de l'ordre public social, le principe de faveur constitue une autre particularité du droit du travail, justifiée par la subordination du salarié et démontrant sa prise en considération par le législateur et le juge. Il s'agit, en effet, du « raccourci doctrinal »²⁶⁹ d'un « principe fondamental du droit du travail, selon lequel il est toujours possible de déroger à une règle hiérarchiquement supérieure, pourvu que ce soit dans un sens favorable au travailleur »²⁷⁰. Le principe de faveur est alors un outil d'ordonnancement des sources du droit du travail, dans la mesure où il vise à faire primer, parmi deux normes de sources différentes qui sont en conflit, celle qui est la plus favorable au travailleur. Il a une importance tant au moment de l'élaboration des normes qu'au moment de leur application²⁷¹.

S'il est reflété dans certaines dispositions législatives, notamment l'article L.2251-1 du Code du travail susmentionné²⁷², ce sont les juges qui l'ont reconnu en tant que « principe général du droit du travail »²⁷³. Pour reprendre les propos de Monsieur Antoine Jeammaud, la jurisprudence « consacre et applique *une règle de*

²⁶⁸ Christophe RADE, « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *op. cit.*, not. § 12. V. également, Thierry REVET, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, *op. cit.*

²⁶⁹ Sylvaine LAULOM, Nathalie MERLEY, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219-227, not. p. 219.

²⁷⁰ Pierre-Dominique OLLIER, *Le droit du travail*, Paris, éd. Armand Colin, 1972, p. 46.

²⁷¹ Alain CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363-375, not. p. 383.

²⁷² V. également les articles L. 2252-1, L. 2253-1 ou L. 2254-1 du Code du travail.

²⁷³ V. CE, avis n° 310.108 du 22 mars 1973, *op. cit.* ; V. également les arrêts de la Cour de cassation du 17 juillet 1996 (Cass. soc., 17 juillet 1996, *Bull. V*, n° 296 et 297) où la Haute juridiction reconnaît, au visa des anciens articles L. 200-1 et L. 223-11 du Code du travail « le principe fondamental, en droit du travail, selon lequel, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable aux salariés qui doit recevoir application ».

conflit entre règles, qu'elle « découvre » visiblement *au-delà de la lettre du code* »²⁷⁴. En dépit de cette portée générale, le Conseil constitutionnel refuse d'y voir un principe général reconnu par les lois de la République et ayant donc une valeur constitutionnelle²⁷⁵.

58. La détermination du caractère plus favorable de l'avantage– La définition de la notion d'avantage ne va pas de soi. La doctrine accepte actuellement que l'avantage consiste en « la situation juridique, créée par une norme, plus agréable ou moins onéreuse pour les salariés que celle créée par une autre norme »²⁷⁶. Encore moins évidente est la détermination du caractère plus favorable au salarié qui constitue sans doute un des points les plus épineux dans la mise en œuvre du principe de faveur. La jurisprudence a, en principe recours à une comparaison thématique, sans pour autant éviter certains glissements vers une comparaison plus globale.

La comparaison thématique consiste à classer thématiquement les avantages pour les travailleurs et à les comparer de manière groupée. L'objectif de cette comparaison est d'éviter le cumul des avantages ont le même objet ou se rapportent à la même cause. C'est la méthode employée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 18 mars 1988²⁷⁷. Au visa de l'ancien article L. 132-1 du Code du travail²⁷⁸, l'Assemblée plénière a énoncé qu' « en cas de concours de conventions collectives, les avantages ayant le même objet ou la même cause ne peuvent, sauf stipulations contraires, se cumuler, le plus favorable d'entre eux pouvant seul être accordé ». Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un conflit des normes hiérarchisées, notamment d'une disposition issue d'une convention collective et d'une imposée par la loi, la Cour de cassation a plutôt tendance à procéder à une comparaison analytique, à savoir avantage par avantage,

²⁷⁴ Antoine JEAMMAUD, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115-124, not. p. 118.

²⁷⁵ Conseil Constitutionnel, décisions n° 96-383 DC du 06 novembre 1996, n° 97-388 DC du 20 mars 1997 et n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003.

²⁷⁶ Nikitas ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, LGDJ, 1980, not. p. 58.

²⁷⁷ Ass. Plén., 18 mars 1988, *Bull. AP*, n°3; *D.* 1989, p. 221, note Jean-Pierre CHAUCHARD.

²⁷⁸ Nouvel article L. 2221-2 du Code du travail.

en raison des limitations imposées par l'ordre public social qui ne supporte pas de dérogations aux seuils minimaux légaux²⁷⁹.

Par ailleurs, la comparaison doit être effectuée de manière générale, à savoir en prenant en considération les intérêts de l'ensemble des salariés et non de la situation particulière de chaque bénéficiaire. Selon la jurisprudence désormais constante, « la détermination du régime le plus favorable doit résulter d'une appréciation tenant compte des intérêts de l'ensemble des salariés et non de tel ou tel d'entre eux »²⁸⁰. Cette appréciation présente un enjeu pour le salarié lorsque, en fonction de l'énoncé des règles en conflit et des avantages accordés, la question de savoir s'il bénéficiera de l'avantage dépend de sa situation personnelle. Ainsi, entre une convention collective prévoyant le calcul de l'indemnité compensatrice des congés payés sur une base de un jour et demi par mois de travail effectif ou de maladie et celle qui l'a succédée en mettant en place une base de calcul de deux jours par mois de travail à l'exclusion des périodes de maladie, la Cour de cassation²⁸¹ a considéré que c'était la seconde qui était plus avantageuse « dans son ensemble » par rapport à la première. Cela en dépit du fait que la salariée en question, ayant été malade pendant la période décisive pour le calcul, aurait intérêt à l'application de la première convention collective²⁸².

Si la méthode de comparaison thématique demeure l'outil principal employé par les juges, les positions jurisprudentielles sont loin d'être nettes. En effet, depuis la fin des années 1990, certains arrêts la Cour de cassation démontrent une tendance

²⁷⁹ V. par exemple l'arrêt de l'Assemblée Plénière du 6 juillet 1990, rendu à propos des règles régissant l'éligibilité de démonstrateurs, détachés par les fournisseurs, aux élections des délégués du personnel des grands magasins. La Cour de cassation a alors énoncé que les « dispositions de la loi sont, dans leur champ d'application, plus favorables aux démonstrateurs que celles résultant de la convention collective, dès lors qu'elles consacrent leur intégration dans la communauté de travail et dans l'entité du grand magasin ». Ass. Plén., 6 juillet 1990, *Bull. AP* n° 10 ; *Dr. soc.* 1990, p. 867-870, concl. Henri DOTENWILLE ; Alain CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », *op. cit.*, not. p. 374. V. toutefois les accords dérogatoires à la loi ou au règlement. Sur cette question, v. Hélène TISSANDIER, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme » in Marie-Armelle SOURIAU, Antoine LYON-CAEN, Georges BORENFREUND, Isabelle VACARIE (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 109-115.

²⁸⁰ Cass. soc., 19 février 1997, *Bull. V*, n° 70 ; *Dr. soc.* 1997, p. 432, obs. Gérard COUTURIER.

²⁸¹ Cass. soc., 5 mars 1969, *Bull. civ. IV*, n° 155.

²⁸² Ces considérations portent sur l'articulation entre conventions collectives. Toutefois, dans le cadre de l'articulation entre une convention collective et un contrat de travail ou bien entre une convention collective et la loi, on tient compte de l'intérêt individuel du salarié, tel qu'il se présente dans le litige. V. concernant l'articulation entre convention collective et contrat de travail Cass. soc. 13 mai 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 703 ; pour l'articulation entre convention collective et loi, v. Cass. soc. 27 février 1986, *Bull. civ. V* n° 50.

d'opter pour une méthode de comparaison plus globale. L'arrêt qui marqué cette évolution est sans doute l'arrêt dit *Compagnie générale de géophysique* de 1997²⁸³. En présence d'une convention collective réduisant le montant de prime prévu par la convention précédente en échange d'un engagement de l'employeur de maintenir les salariés dans leurs emplois qui étaient menacés, la Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'Appel ayant considéré que la disposition du premier accord était plus favorable aux salariés. Elle adopte ainsi une appréciation plus globale des avantages, en prenant en considération dans la démarche de comparaison « les effets sur l'emploi attendus des dispositions adoptées »²⁸⁴. En nuancant leur méthode de comparaison thématique, les juges visent sans doute à adapter l'application du principe de faveur au contexte de l'emploi actuel, où les accords dits donnant-donnant obtiennent une place prépondérante, afin de « tenir compte de ces ensembles indivisibles et intégrer dans le champ de la comparaison des ensembles de clauses singulièrement lorsque les partenaires sociaux négocient sur le maintien de l'emploi dans l'entreprise »²⁸⁵.

²⁸³ Cass. soc. 19 février 1997, *op. cit.*

²⁸⁴ Gérard COUTURIER, obs. sous Cass. soc., 19 février 1997, *op. cit.*, not. p. 433.

²⁸⁵ Christophe RADE, note sous Cass. soc., 26 octobre 1999, *Dr. soc.* 2000, p. 381-384, not. p. 382. L'application du principe de faveur se voit ainsi nuancée dans certains cas de figure. Ainsi, dans le cadre des rapports entre une convention collective et un contrat de travail, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi (*JO* n° 0138 du 16 juin 2013, p. 9958), ayant introduit les articles L. 5125-1 et L. 5125-2 du Code du travail, permet, en cas de graves difficultés économiques dans l'entreprise, la conclusion d'un accord d'entreprise qui touche au « noyau dur » du contrat de travail, en aménageant des questions, telles que la durée du travail, les modalités d'organisation et de répartition ou la rémunération, même dans un sens défavorable aux travailleurs. En contrepartie, l'employeur s'engage à maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord. Des nuances sont également prévues dans le contexte des rapports entre conventions collectives. V. par exemple la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social (*JO* n° 105 du 5 mai 2004, p. 7983) qui met en place le principe de supplétivité, selon laquelle la convention collective de niveau supérieur revêt un caractère supplétif par rapport à la convention collective de niveau inférieur. La priorité est donc donnée aux conventions collectives de niveau inférieur. Le principe de faveur est, toutefois, préservé dans les hypothèses prévues par les articles L. 2252-1 et L. 2253-3 du Code du travail.

SECTION 2 : DES MECANISMES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR AXES NOTAMMENT SUR LA FORMATION DU CONSENTEMENT

59. Corriger les inégalités contractuelles en rééquilibrant le contrat- La reconnaissance de la position de faiblesse dans laquelle se trouve le consommateur face au professionnel a fait de la protection de la partie faible la préoccupation principale du droit de la consommation qui vise à rééquilibrer le lien contractuel. On protège alors le consommateur, en faisant peser sur le professionnel un certain nombre d'obligations ayant comme objectif soit de préserver –lorsqu'elles interviennent en amont– soit de restaurer –lorsqu'elles fonctionnent en aval– l'équilibre du contrat, à chaque fois que l'on considère que le consommateur se trouve en position d'infériorité face au professionnel qui est mieux armé que lui en termes de connaissances, de position ou d'expérience. Le droit de la consommation se fonde alors « sur la nécessité de rétablir un équilibre dans les relations entre professionnels et consommateurs »²⁸⁶. Il s'agit ainsi d'un droit correcteur des inégalités, au sein duquel cohabitent des dispositions civilistes avec des dispositions d'ordre public économique qu'on pourrait qualifier de protection, dans la mesure où elles ont comme objectif la protection des intérêts privés, individuels ou collectifs, des consommateurs²⁸⁷. Un certain nombre de mécanismes sont ainsi mis en place par le législateur et le juge afin de protéger le consommateur lorsque le déséquilibre contractuel devient important.

On ne saurait, bien évidemment, présenter l'ensemble des pratiques de protection du consommateur²⁸⁸. Ce qui nous intéresse est de cibler –ne serait-ce que

²⁸⁶ Jean CALAIS-AULOY, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation, Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation*, Paris, La Documentation française, 1985, p. 11.

²⁸⁷ V. en ce sens, Jean-Pierre PIZZIO, «Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle. Bilan et perspectives», in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 877-912, not. p. 878.

²⁸⁸ Au-delà de l'ampleur d'une telle démarche qui dépasse les limites mais surtout les finalités de cette étude, une telle présentation se heurterait également à des problèmes d'ordre méthodologique. En effet, le droit national de la consommation a connu son véritable essor les 20 dernières années. C'est également la période du développement du droit européen de la consommation. Par conséquent, étant donné que la grande majorité des mécanismes prévus par le droit national a subi une influence européenne, il est quasiment impossible de rentrer dans une présentation détaillée tout traçant une ligne de démarcation claire entre droit national préexistant et influences européennes. Une telle démarche, contreviendrait alors à notre approche méthodologique ainsi qu'à la finalité du présent chapitre qui est de dresser les modèles nationaux ayant constitué le point de départ du droit de l'Union.

de manière schématique– les voies d’intervention du législateur au contrat afin de corriger les inégalités en protégeant la partie faible. Cette démarche nous permettra de mieux saisir l’objectif du rééquilibrage contractuel, visé par les règles du droit de la consommation et, par conséquent, de dégager l’objectif de l’équilibre contractuel comme élément essentiel de la conception nationale du contrat de consommation. Cette démarche nous permettra également de cerner les différences avec les mécanismes de protection du travailleur.

Ainsi, l’encadrement législatif se focalise notamment sur la formation du contrat²⁸⁹. C’est en ce moment que la faiblesse du consommateur face au professionnel, notamment en termes de connaissance et d’accès à l’information, est le plus susceptible de créer des déséquilibres²⁹⁰. Les mesures législatives préventives visent alors à préserver l’équilibre contractuel en garantissant au consommateur un consentement libre et éclairé (*Paragraphe I*) ainsi que la liberté de ne pas contracter (*Paragraphe II*). Le législateur intervient également en aval, au moment de l’exécution du contrat, par des mesures qui sont curatives dans le sens où elles viennent *a posteriori* et nécessitent le plus souvent une action en justice. Elles ont alors pour objectif la restauration de l’équilibre contractuel²⁹¹, notamment par la révision des clauses du contrat (*Paragraphe III*).

²⁸⁹ A la distinction traditionnelle –employée notamment à propos de l’obligation d’information– entre pré-contractuelle et contractuelle on a préféré celle proposée par Madame Muriel Fabre-Magnan entre formation du consentement et exécution du contrat. V. Muriel FABRE-MAGNAN, *De l’obligation d’information dans les contrats. Essai d’une théorie*, Paris, LGDJ, 1992.

²⁹⁰ V. sur ce point, Jean CALAIS-AULOY, « Brève histoire du droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 264.

²⁹¹ Cette approche est également retenue –en partie– par Hélène CLARET, « Contrats et Obligations. Protection du consommateur », *JCI Code civil*, fascicule 10, art. 1109, not. § 101 et s., même si la signification que nous accordons aux termes « préservation » et « restauration » n’est pas la même.

Paragraphe I : Des mesures visant à garantir au consommateur un consentement libre et éclairé

60. Le droit du consommateur à être informé, visant à préserver l'équilibre contractuel– Comme nous avons expliqué ci-dessus, les procédés prévus traditionnellement par les dispositions générales du droit des obligations pour la protection du consentement des parties s'avèrent souvent inadaptés «à la dureté présente des relations sociales et de la vie des affaires »²⁹² qui ne correspondent plus aux modèles sociaux et économiques que les rédacteurs du Code civil avaient envisagés, Les dispositions sont ainsi renforcées, en ce qui concerne le contrat de consommation par une réglementation spéciale. Le législateur préfère intervenir en amont, en préservant la liberté du consentement du consommateur lors de la négociation et la conclusion du contrat²⁹³. Le principal moyen qu'il met en place à cet égard consiste à fournir au consommateur les plus amples informations afin que celui-ci puisse se décider. Accessoirement, le législateur procède parfois à une certaine prédéfinition de la forme du contrat.

Le droit du consommateur d'être informé constitue un des droits phares²⁹⁴ qui ont symboliquement marqué l'émergence et le développement du droit de la consommation. A partir du moment où le consommateur est présumé plus faible que le professionnel et est, donc, caractérisé comme profane, un devoir particulier d'éclaircissement pèse sur ce dernier. En effet, les parties au contrat ne sont pas égales, dans la mesure où le manque d'information sur certains points décisifs pour la conclusion du contrat peut créer un déséquilibre contractuel. L'obligation du professionnel de renseigner le consommateur vise ainsi à pallier cette lacune et à préserver l'équilibre, qui peut être rompu par la supériorité cognitive, technique ou économique de l'une des parties²⁹⁵.

²⁹² François TERRE, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 11^{ème} édition, 2013, p. 273, n° 248.

²⁹³ Sur ces questions v. Nathalie RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, *op. cit.*

²⁹⁴ V. le discours du Président Kennedy, précité.

²⁹⁵ V. en ce sens, Bruno PETIT, « Contrats et Obligations. Obligation d'information », *JCl Code civil*, fascicule 50, art. 1136 à 1145, § 5.

61. Le consommateur traité comme un incapable ?– Ce droit d’information, constituant une dérogation au vieil adage selon lequel « *emptor debet esse curiosus* », qui a pendant longtemps régi le droit des contrats²⁹⁶, devient le leitmotiv²⁹⁷ de la réglementation du contrat de consommation. Il n’incombe plus à l’acheteur de se renseigner –ou en tout cas il ne se trouve pas seul dans cette démarche– parce qu’on considère que le consommateur n’a pas facilement accès aux connaissances techniques qui lui permettraient d’éviter les pièges du contrat. Cet inversement des devoirs des parties a, dans un premier temps, paru étrange aux yeux des juristes civilistes, qui voyaient dans la protection de la partie faible une certaine considération d’incapacité. Ainsi, Monsieur Philippe Malaurie écrit, avec une dose d’ironie, à propos du consommateur : « C’est un idiot !... plus on lui dit de choses, plus il se crétinise »²⁹⁸.

On part ainsi de l’idée que le droit protège habituellement les incapables (qu’on pourrait qualifier d’intrinsèquement ou extrinsèquement faibles). Suivant cette optique, Jean Carbonnier affirmait que « le consommateur est un majeur que son contrat replace en état de minorité »²⁹⁹. Cependant, on doit remarquer que le fait que le législateur accorde un intérêt et une protection particuliers aux consommateurs ne signifie pas pour autant qu’il les considère comme des incapables ou des imbéciles qui ne seraient pas à même de mesurer ce à quoi ils s’engagent. Protéger ne signifie pas nécessairement patronner ou traiter d’incapable. Au contraire, le fait que la tendance tant du législateur que des juges soit de mettre l’accent sur des mesures préventives, comme l’obligation d’information, équivaut à considérer le consommateur comme une personne responsable à laquelle on doit simplement fournir un maximum d’éléments afin qu’elle puisse s’engager en toute connaissance de cause³⁰⁰. L’idée est alors de tenir le consommateur informé dans le but d’éviter un éventuel déséquilibre du contrat. « C’est essentiellement en raison de l’inégalité entre

²⁹⁶ V. notamment la jurisprudence concernant l’application de l’art. 1116 du Code civil, portant sur le dol et plus précisément la réticence dolosive.

²⁹⁷ Philippe MALAURIE, « Le Consommateur. Rapport de synthèse, présenté au 81^e Congrès des notaires », *Defr.*, 1985, n° 33593, p. 1040-1046, not. p. 1042.

²⁹⁸ *Ibidem*.

²⁹⁹ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les biens, les obligations*, Paris, PUF, Quadrige,, 2004, p. 1911, n° 918.

³⁰⁰ V. sur ce point, Guy RAYMOND, « Contrats de consommation », *JCl Concurrence-Consommation*, fascicule 800, § 44, qui ne soutient pas pour autant le même avis à propos de la notion de protection.

professionnel et profane que l'on admet [...] l'obligation de renseignements du professionnel » remarque Monsieur Jacques Ghestin³⁰¹.

62. Une obligation d'information à la charge du professionnel– La doctrine utilise souvent le terme d'« obligations d'information », afin de mettre en valeur les multiples aspects d'un devoir général, dont le contenu –en tout cas en droit de la consommation– ne cesse d'augmenter. On distingue ainsi l'obligation d'information précontractuelle, pesant sur le professionnel lors des pourparlers, de l'obligation d'information contractuelle, qui doit être respectée au moment de la conclusion et de l'exécution du contrat. Néanmoins, en dehors de la question de la pertinence de cette distinction³⁰², les deux obligations accomplissent de manière similaire leur mission de préservation de l'équilibre contractuel, même si elles ne sont pas de la même nature et leur violation n'encoure pas les mêmes sanctions. Il s'agit dans les deux cas de mesures préventives visant à pallier principalement l'ignorance du consommateur, dont le traitement séparé ne serait pas pertinent, dans le cadre de notre démarche.

63. Les différentes déclinaisons de l'obligation générale d'information du consommateur– Les nombreuses expressions que trouve le droit d'information³⁰³ constituent également un signe de son ampleur. Ainsi, si la jurisprudence avait dans un premier temps fondé un devoir de renseignement et de conseil à la charge du professionnel notamment sur l'art. 1135 du Code civil³⁰⁴, le législateur a ajouté des obligations spéciales de renseignement, insérées dans des textes particuliers. En effet, par une jurisprudence abondante, les juges ont inséré le devoir d'information dans de nombreux contrats, en commençant par le contrat de vente –constituant le domaine de prédilection– et en englobant des contrats conclus avec d'autres professionnels comme le médecin, l'assureur, le banquier, le notaire etc.³⁰⁵. Ainsi, le vendeur

³⁰¹ Préface de la thèse de Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., p. XIV.

³⁰² V. Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., not. p. 224. L'auteur considère que la distinction entre obligation d'information précontractuelle et contractuelle est « artificielle et ne rend pas compte d'une différence réelle de situation. Elle ne pourrait donc pas être une *summa divisio* en la matière ».

³⁰³ Pour une étude approfondie de l'obligation d'information v. Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit.

³⁰⁴ Une autre base légale envisageable est l'art. 1602 du Code civil.

³⁰⁵ Pour une présentation détaillée de la jurisprudence par catégorie de professionnels concernés, V. Jean CALAIS-AULOY & Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, op. cit., p. 55 et s.

professionnel doit renseigner le consommateur sur les risques et les limites d'utilisation du produit vendu, les mesures de précaution ou les modes d'emploi ; le non-respect de ce devoir ouvre au consommateur le droit de réclamer des dommages et intérêts. « Si l'obligation de renseignement est une obligation de moyens, le défaut d'information sur les conditions d'emploi de produit et les précautions à prendre, prive l'utilisateur du moyen d'en faire un usage correct, conforme à sa destination » énonce la Haute Juridiction en 1985³⁰⁶. Cette obligation d'information est aujourd'hui expressément consacrée par le Code de la consommation : « Tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service » dispose l'article L. 111-1.

64. Les obligations spéciales d'information- Outre l'obligation générale d'information, d'autres devoirs de renseignement ou de conseil sont imposés par des textes spéciaux, concernant certains contrats en particulier. Ainsi le Code de la consommation y consacre l'ensemble de son premier livre³⁰⁷, contenant des dispositions qui sont principalement applicables aux contrats de vente de produits ou de services. Cette place privilégiée est d'ailleurs significative de l'importance que le législateur accorde à ce droit.

Par ailleurs, l'obligation d'information au sens large du terme englobe aussi le devoir de fournir des informations qui sont objectives, vraies et correctes. Il y a ainsi dans cette notion un devoir de faire, à savoir l'obligation de renseigner le consommateur, et un devoir de ne pas faire, qui consiste à ne pas lui donner des informations erronées ou trompeuses. Dans cette optique, on pourrait soutenir que l'interdiction de certaines pratiques commerciales déloyales, comme la publicité trompeuse n'est autre chose qu'une expression du devoir d'information, corroboré par l'obligation générale d'exécuter les contrats de bonne foi. En ce qui concerne le fondement juridique, ces pratiques sont interdites par des dispositions particulières, notamment les articles L. 121-1 à L. 121-15-3 du Code de la consommation. Le but

³⁰⁶ Cass. civ. 1^{re}, 23 avril 1985, *Bull. civ.* I, n° 125.

³⁰⁷ Art. L. 111-1 à L. 115-33 du Code de la consommation. Il ne faut pas, cependant, oublier que des dispositions concernant l'obligation d'information existent également dans la partie réglementaire du Code de la consommation, comme, par exemple, en matière d'étiquetage (v. le Chapitre IV du Livre II de la Partie Règlementaire, articles R. 214-2 à R. 214-33 du Code de la consommation).

visé à chaque fois est d'éviter que le consommateur ne soit influencé dans sa décision de conclure le contrat par des informations fausses, provoquant chez lui une confusion ou susceptibles d'induire en erreur.

65. Le formalisme informatif– Enfin, l'obligation de communiquer à son cocontractant des informations auxquelles ce dernier ne peut pas avoir facilement accès peut aussi prendre la forme d'une prédéfinition de la forme du contrat. Il s'agit, en effet, d'un formalisme informatif³⁰⁸, en vertu duquel on impose aux parties la rédaction du contrat par écrit ou l'insertion des mentions destinées à informer le consommateur tant sur ses droits et obligations découlant du contrat que sur le contenu même du contrat.

Ainsi, malgré le principe de consensualisme, la loi exige pour certains contrats, comme par exemple le contrat de crédit immobilier³⁰⁹ ou celui issu d'un démarchage téléphonique³¹⁰, la forme écrite tant pour l'offre que pour le contrat. En ce qui concerne les mentions obligatoires, visant principalement à rappeler au consommateur les obligations que la conclusion du contrat entraînerait pour lui, elles varient en fonction du type de contrat. Ainsi, elles peuvent concerner uniquement des éléments du contrat, comme l'identité des parties ou la nature du contrat³¹¹, ou bien la reproduction des mentions légales³¹², voire l'imposition d'un certain nombre de mentions manuscrites³¹³. En tout état de cause, et sans entrer dans les détails de ces réglementations spéciales, le but recherché est d'assurer l'engagement du consommateur en toute connaissance de cause.

³⁰⁸ V. par exemple l'article L. 321-6-2 sur le crédit immobilier ou l'article L. 311-6 sur le crédit à la consommation. Cf. Hélène CLARET, « Contrats et Obligations. Protection du consommateur », *op. cit.*, § 82.

³⁰⁹ V. art. L. 312-7 du Code de la consommation.

³¹⁰ V. art. L. 212-20 du Code de la consommation.

³¹¹ V. à titre d'exemple l'art. L. 312-8 du Code de la consommation qui porte sur le crédit immobilier, l'art. L. 121-18 du Code de la consommation concernant les ventes de biens et fournitures de prestations de services à distance, ou encore l'art. L. 311-10 du Code de la consommation pour le crédit à la consommation.

³¹² Comme par exemple la mention de la faculté de renonciation au contrat ainsi que les conditions d'exercice de cette faculté imposée par l'art. L. 121-23 du Code de la consommation en cas de démarchage à domicile. Ce même article prévoit également la mention, de façon apparente, du texte intégral des articles L. 121-23, L. 121-24, L. 121-25 et L. 121-26 du Code de la consommation.

³¹³ V. par exemple les articles L. 121-64 du Code de la consommation concernant le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé ou L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation sur le cautionnement pour un crédit à la consommation ou un crédit immobilier.

Paragraphe II : Des mesures visant à garantir au consommateur la liberté de ne pas contracter

66. Le droit de réflexion- Garantir le consentement libre et éclairé du consommateur ne serait pas de grande utilité si ce dernier n'avait pas la possibilité de refuser la conclusion du contrat, même après la période des pourparlers. Ainsi, un autre mécanisme utilisé par le législateur pour mieux armer le consommateur consiste à donner au profane la possibilité de se désengager. Un certain nombre de contraintes à l'autonomie de la volonté et, dans une certaine mesure, au principe du consensualisme sont prévues à cet égard. Parmi ces dispositions protectrices une place prépondérante est attribuée au droit de réflexion, accordé très souvent au consommateur, afin de lui permettre de se rendre compte de l'importance du contrat proposé par le professionnel et de se prononcer librement sur sa conclusion définitive. Sans la pression des arguments commerciaux utilisés par les professionnels, souvent considérés comme une forme d'agression³¹⁴, le consommateur pourra plus facilement mesurer l'ampleur du contrat et les engagements qui en découlent pour lui.

Le législateur vise alors à remédier au pouvoir de négociation accru que possède le professionnel, notamment dans certaines circonstances particulières, comme par exemple le démarchage à domicile. Ainsi l'article L. 312-10 al. 2 du Code de la consommation prévoit qu'en matière de crédit immobilier « l'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçue ». Il s'agit donc d'un délai de réflexion, dans la mesure où le législateur impose l'écoulement d'un certain temps, avant lequel le consommateur ne peut pas valablement se décider définitivement quant à la conclusion du contrat.

67. Le droit de rétractation- Si le droit de réflexion vise à donner au consommateur le temps nécessaire pour qu'il puisse se décider librement et calmement, le droit de ne pas contracter contient également une autre expression : il

³¹⁴ V. Vassili CHRISTIANOS, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *D.* 1993, p. 28-32.

s'agit du droit de repentir, considéré par certains auteurs³¹⁵ comme une autre expression du délai de réflexion.

Dérogeant au principe selon lequel les parties sont irrévocablement liées dès la rencontre des volontés, ce droit permet au consommateur de rétracter son consentement durant un délai prédéfini, sans qu'il ait à se justifier pour sa décision ni à assumer des conséquences ou des contreparties importantes pesant à sa charge, hormis dans certains cas le paiement des frais de retour. Ce type de délai est plus répandu que le délai de réflexion, qui intervient avant même la conclusion définitive du contrat.

Comme pour les délais de réflexion, les délais de rétractation accordés au consommateur ne sont pas prévus par des dispositions communes à tout type de contrat de consommation. Il faut ainsi se référer aux dispositions propres à chaque contrat, qui prévoient des délais qui varient considérablement d'un contrat à l'autre. Il s'agit d'une autre expression des conséquences de la codification à droit constant, à cause de laquelle le Code de la consommation donne souvent l'impression d'une grande compilation de dispositions souvent hétéroclites qui manquent de fil conducteur et d'harmonisation interne.

Ainsi, si le délai de sept jours est le plus fréquemment utilisé par le législateur³¹⁶, cette même période de rétractation peut dans certains cas, comme par exemple le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé³¹⁷, atteindre les dix jours, voire les trente jours pour certains contrats considérés comme étant d'une importance particulière, tel que le crédit immobilier³¹⁸.

Là encore l'objectif poursuivi est de donner au consommateur suffisamment de temps pour qu'il mesure les conséquences de l'engagement qu'il vient de prendre et pallier, de cette manière, la pression qu'il a pu subir au moment de la conclusion du contrat par la partie présumée forte ainsi que le décalage au niveau du pouvoir de négociation entre les parties. La pression que le professionnel exerce sur le consommateur, combiné au fait que ce dernier manque souvent des connaissances

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ V. à titre d'exemple l'art. L. 121-25 du Code de la consommation pour le démarchage.

³¹⁷ Art. L. 121-64 du Code de la consommation.

³¹⁸ Art. L. 312-10 du Code de la consommation.

techniques, économiques ou autres, peuvent constituer des sources de déséquilibre contractuel que les interventions du législateur tentent de prévenir.

Paragraphe III : La révision des clauses du contrat

68. La protection du consommateur *a posteriori*– Le législateur intervient également dans l’objectif d’aider le consommateur à défendre *a posteriori* ses intérêts. Ces mesures visent ainsi à supprimer les abus dont les consommateurs peuvent être victimes, partant de l’idée que ces derniers sont soit mal informés soit, mêmes informés, dépourvus de moyens pour se défendre seuls³¹⁹. La révision des clauses du contrat constitue la principale mesure curative. A la lutte contre les clauses abusives il faut, bien évidemment, ajouter la réglementation concernant la sécurité des produits, à laquelle on ne se référera pas en détail, dans la mesure où elle ne vise pas tellement le rééquilibrage du contrat mais plutôt la protection de l’intérêt général et notamment de la santé publique.

Si le législateur préfère protéger la partie faible en amont, c’est d’une part parce que c’est le moment où elle est plus vulnérable et, d’autre part, parce que les mesures curatives n’ont qu’un rendement médiocre, dans la mesure où leur application présuppose une action en justice, ce qui les rend peu adaptées à un phénomène contractuel de masse.

69. La restauration de l’équilibre rompu par des clauses créant un déséquilibre– La possibilité accordée par le législateur au juge de réviser les stipulations contractuelles, en déclarant notamment certaines clauses comme abusives, constitue un des moyens les plus importants de rééquilibrer le contrat et de rétablir une certaine égalité entre les parties. Cette pratique trouve en effet ses origines de l’autre côté de l’Atlantique, au Uniform Commercial Code, qui, depuis les années 1960, offre au juge la possibilité de supprimer les clauses du contrat qui ont un caractère abusif³²⁰. Derrière ce pouvoir du juge d’intervenir dans le contrat, qui déroge au principe de l’autonomie de la volonté des parties et de la force obligatoire

³¹⁹ V. Jean CALAIS-AULOY, « Brève histoire du droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 264.

³²⁰ V. l’article 2, partie 2, § 2-302 du Uniform Commercial Code, dans sa version actuellement en vigueur, dispose que « (1) *if the court as a matter of law finds the contract or any term of the contract to have been unconscionable at the time it was made, the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable term, or it may so limit the application of any unconscionable term as to avoid any unconscionable result* ». <http://www.law.cornell.edu/ucc/2/2-302> (consulté le 10.10.2014). On doit d’ailleurs remarquer l’utilisation du terme « *unconscionable contract terms* », pour parler des clauses abusives, qui a une connotation beaucoup plus forte que le terme « *unfair contract terms* » qui est, par exemple, utilisé par le droit de l’Union européenne.

du contrat, se trouve l'idée que, même lorsqu'il en est informé, le consommateur peut se voir engagé par des termes qui lui sont défavorables et qui créent un déséquilibre contractuel en faveur du professionnel.

70. Les critères requis pour qualifier le caractère abusif de la clause-

Cependant, toute clause qui n'est pas favorable au consommateur n'est pas pour autant susceptible d'être réputée non écrite par le juge. Encore faut-il que les conséquences provoquées par cette dernière soient d'une importance telle qu'une intervention du juge dans la sphère contractuelle soit justifiée, voire indispensable. Autrement dit, il faut que le pouvoir du professionnel d'imposer des clauses contractuelles au consommateur aboutisse à un déséquilibre contractuel méritant une correction. La loi, complétée par la jurisprudence, est ainsi venue définir les critères qui permettraient de vérifier la nécessité de l'intervention du juge. Plusieurs critères ont ainsi été utilisés par le législateur, puis par la jurisprudence³²¹.

En effet, le premier texte qui prévoyait la sanction des clauses abusives était la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, communément appelée "loi Scrivener", du nom de la secrétaire d'Etat chargée de la consommation qui fut à l'origine de l'initiative législative³²². Son article 35 disposait que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées [...] les clauses relatives [...] lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Modifié par la loi du 1er février 1995³²³, qui a créé le nouvel article L. 132-1 du Code de la consommation, le texte stigmatise désormais les clauses créant un "déséquilibre significatif" entre les droits et obligations des parties au contrat³²⁴.

³²¹ Sur ces questions v. not. Gilles PAISANT, «Le point sur les clauses abusives», in Jean CALAIS-AULOY, Hervé CAUSSE (dir.), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, op. cit., p. 93-106.

³²² Janick ROCHE-DAHAN, «Le domaine d'application des lois Scrivener», *RTD com.* 1996, p. 1-30.

³²³ Loi n° 95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, *JO* n°28 du 2 février 1995, p. 1755.

³²⁴ Pour une présentation de cette notion qui figure également (depuis la loi du 4 août 2008) dans le Code du commerce (article L. 442-6 I 2° portant sur la possibilité d'engager la responsabilité du professionnel qui impose à son cocontractant professionnel des obligations provoquant un déséquilibre significatif), v. Emilie GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.* 2014 p. 267-288.

Sans entrer dans une analyse approfondie de la disposition de l'art. L. 132-1³²⁵, dans la mesure où elle reflète également l'impact de la directive européenne 93/13/CEE concernant les clauses abusives, force est de constater que l'esprit des deux solutions adoptées reste inchangé³²⁶ : il s'agit avant tout d'éviter que les avantages conférés au professionnel ne soient dénués de contrepartie pour le consommateur. Ces avantages, souvent obtenus grâce à la position de supériorité à laquelle se trouve le professionnel, seraient susceptibles de créer un déséquilibre contractuel. Par conséquent, la suppression des clauses abusives contribue à la restauration de l'équilibre du contrat. L'utilisation, d'ailleurs, du terme «déséquilibre significatif» par la loi de 1995 démontre justement cet objectif de rééquilibrage du contrat. L'inspiration européenne³²⁷ de ce terme ne pose pas de problèmes méthodologiques en l'occurrence, dans la mesure où, comme on a déjà expliqué, l'esprit de la loi 78 qui se référait à un «avantage excessif» ainsi que l'application de cette disposition par les tribunaux français sont les mêmes.

71. Le rôle du juge dans l'appréciation du caractère abusif de la clause—Il appartient alors au juge d'opérer la restauration de l'équilibre contractuel en déterminant le caractère abusif de la clause en question. Toutefois, la conception initiale du législateur n'allait pas dans ce sens : la loi du 10 janvier 1978 conditionnait l'annulation de la clause par le juge à l'interdiction préalable de ladite clause par décret en Conseil d'Etat³²⁸. Si cette conception visait à « marginaliser »³²⁹ le rôle du juge, la Cour de cassation a fini par reconnaître au juge le pouvoir de qualifier une clause d'abusives, même en l'absence de décret. Il s'agissait d'un revirement

³²⁵ Pour une analyse approfondie de cet article v. récemment Claire-Marie PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2013.

³²⁶ V. en ce sens, Jean CALAIS-AULOY & Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, op. cit., p. 212.

³²⁷ V. la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, qui, dans son article 3, dispose qu'« une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Pour une analyse de cette influence, v. *infra*, sous n° 270 et s.

³²⁸ V. l'article 35 al. 1 de la loi du 10 janvier 1978.

³²⁹ Jean-Pierre GRIDEL, «Remarques sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la prohibition des clauses abusives», *D.* 1984, p. 153-160, not. p. 155.

jurisprudentiel que la doctrine a pu qualifier de véritable « coup de force »³³⁰ du juge. En effet, la Cour de cassation a annulé par un arrêt du 14 mai 1991³³¹ une clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur et portant sur la reproduction de diapositives, alors qu'aucun décret n'avait été adopté concernant ladite clause. Désormais, le rôle du juge est bien établi et il s'avère d'une grande importance dans la qualification des clauses abusives.

Il s'agit d'une appréciation en principe *in concreto*³³², dans la mesure où le juge doit prendre en considération les qualités particulières du consommateur en question ainsi que les circonstances de l'espèce. Si le juge garde le dernier mot quant à la qualification d'une stipulation contractuelle, un certain nombre d'indications viennent l'épauler dans ses démarches: il s'agit des différentes listes contenant des clauses présumées abusives. En-dehors de la liste non exhaustive de clauses annexée au Code de la consommation ainsi que des clauses déclarées comme telles par un décret du Conseil d'Etat, les recommandations de la Commission des clauses abusives jouent un rôle non négligeable. Il faut pourtant remarquer que, même si en pratique rares sont les décisions qui n'utilisent pas comme guide les recommandations de la Commission des clauses abusives, ces dernières n'ont qu'une valeur morale et sociologique et non normative³³³. Le juge se ménage, en effet, la faculté de vérifier qu'une clause stigmatisée par la Commission produit dans les faits un déséquilibre significatif. Ainsi, dans certains cas, en dépit de leur dénonciation par la Commission, les clauses litigieuses ont été considérées valables par les tribunaux³³⁴.

³³⁰ Denis MAZEAUD, «Le juge face aux clauses abusives» in *Le juge et l'exécution du contrat, Colloque IDA Aix-en-Provence 28 mai 1993*, Aix-Marseille, PUAM, 1993, p. 23-55, not. p. 34.

³³¹ En l'espèce, la Cour a maintenu l'arrêt rendu par la juridiction de fond, en estimant qu'« ayant relevé que la clause figurant sur le bulletin de dépôt exonérait le laboratoire de toute responsabilité en cas de perte des diapositives, le jugement attaqué, dont il ressort qu'une telle clause procurait un avantage excessif à la société Minit France et que celle-ci, du fait de sa position économique, se trouvait en mesure de l'imposer à sa clientèle, a décidé à bon droit que cette clause revêtait un caractère abusif et devait être réputée non écrite ». Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 153 ; *D.* 1991, Jur., p. 449, note Jacques GHESTIN ; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. Jacques MESTRE.

³³² Cependant, dans le cas où les clauses différées font partie des conditions générales sans référence à un contrat particulier, l'appréciation s'opère nécessairement *in abstracto*. V. sur ce point Jean CALAIS-AULOY & Henri TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, p. 212.

³³³ La Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois sur la nature des recommandations de la Commission des clauses abusives dans un arrêt du 13 novembre 1996, en énonçant que « les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation », Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 399.

³³⁴ V. aussi Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2000, pourvoi n° 97-16707.

Il en résulte que cette recherche de l'équilibre du contrat n'est finalement qu'un compromis entre une tendance consumériste, visant à protéger la partie faible, d'une part, et le libre fonctionnement du marché, d'autre part. Lors de ce compromis, l'adjectif « significatif » accompagnant le « déséquilibre » semble jouer le rôle d'arbitre. L'idée est, en effet, de mettre un frein à une application trop large des dispositions protectrices du consommateur, dans la mesure où une application extensive de ces dispositions protectrices pourrait avoir des conséquences néfastes sur la libre concurrence et le fonctionnement du marché.

72. L'équilibre contractuel, élément essentiel de la conception nationale du contrat de consommation- Le législateur met ainsi en place des dispositions d'ordre public de protection dans un but d'empêcher les déséquilibres significatifs, résultant de la relation inégalitaire des parties. Ces mécanismes sont soit préventifs, en visant la préservation de l'équilibre contractuel, soit curatifs, ayant pour objectif la restauration de l'équilibre rompu. En tout état de cause, la protection de la partie faible par la recherche de l'équilibre contractuel se désigne comme l'élément central de la conception nationale du contrat de consommation et, partant, de la protection du consommateur.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

La différence des mécanismes auxquels le législateur a recours afin de protéger le contractant faible reflète la différence de nature de chaque contrat ainsi que les états de faiblesse auxquels se trouvent les deux contractants. Elle révèle également une certaine polysémie de la notion de partie faible couvrant des réalités contractuelles diversifiées.

Cette différence de la nature même de l'encadrement juridique des deux contrats fait partie de l'identité juridique nationale, dans la mesure où elle est expliquée par les raisons historiques, économiques et sociales que nous avons exposées. Elle empêcherait alors –en tout cas dans l'état actuel des choses et sans prendre en considération l'influence du droit européen– d'opérer un rapprochement entre l'encadrement juridique national du consommateur et celui du travailleur.

CONCLUSION DU TITRE I

73. La conception nationale du contrat de travail et du contrat de consommation : protéger des contractants faibles- Il ressort de cette démarche de modélisation du contrat de travail et du contrat de consommation en droit français que le consommateur et le travailleur se voient dotés des conceptions et des régimes comparables dont l'examen révèle des points communs non négligeables: d'une part, dans leur conception initiale, tous les deux cherchent à satisfaire leurs besoins : le consommateur en achetant des produits, le plus souvent nécessaires à sa vie quotidienne, le travailleur en essayant, par l'obtention d'un salaire, de répondre aux besoins de sa vie quotidienne, notamment pour devenir, lui aussi, consommateur. Comme le remarque Monsieur Alessandro Stanziani, « le consommateur et le salarié se rejoignent, mais ils ne s'opposent pas en tant que tels aux entrepreneurs, dans la mesure où ces derniers aussi consomment et chacun est libre de travailler comme entrepreneur ou comme salarié »³³⁵. Cet objectif de satisfaction des besoins de première nécessité constitue une des raisons qui expliquent pourquoi les deux contrats appartiennent à la catégorie des contrats qu'on appelle « déséquilibrés »³³⁶, dans le sens où les contractants ne se trouvent pas sur un pied d'égalité.

On remarque ainsi que les deux contrats présentent des inégalités. Ni le consommateur ni le travailleur ne correspondent au modèle contractuel du Code civil, imprégné de la présomption d'égalité des parties. Les deux acteurs se trouvent en position de faiblesse par rapport à leurs cocontractants ; le travailleur parce qu'il est économiquement et souvent socialement dépendant de son employeur et le consommateur à cause de son infériorité cognitive, technique ou économique face au professionnel. La comparabilité de leurs positions de faiblesse a été déjà évoquée par certains auteurs : « on découvre derrière tout travailleur organisé un consommateur aliéné, derrière le citoyen qui, inlassablement discute, bien informé de l'augmentation de son salaire, un consommateur qui perpétuellement, se soumet au producteur, à la

³³⁵ Alessandro STANZIANI (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit, XVIIIe-XXe siècle*, Paris, LGDJ, 2007, not. Chapitre « Consommateur », p. 82.

³³⁶ Sur les contrats déséquilibrés, v. Victoire LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, Aix-Marseille, PUAM, 2000.

hausse des prix des produits, à l'incertitude de la qualité » avait remarqué le professeur Schaeffer³³⁷.

Le second point commun réside dans le fait que les contrats conclus par les deux acteurs ne sont pas uniquement des actes particuliers et privés mais relèvent à la fois des contraintes individuelles et d'ordre public. C'est la raison pour laquelle un régime spécial a été finalement accordé aux deux contrats qui ont été émancipés du droit civil général, au point de constituer aujourd'hui des branches de droit autonomes. En effet, « le droit de la consommation suit une courbe de développement parallèle à celle du droit du travail »³³⁸ : tous les deux sont partis d'une base civiliste – dont la dénomination « contrat » et tout ce que celle-ci implique constituent toujours la marque – qu'il s'agisse du contrat de louage de service ou du contrat de vente. Tous les deux se sont émancipés, lorsqu'ils ont atteint une « maturité suffisante » pour obtenir une certaine autonomie. Il s'agit ainsi des « enfants » du droit civil, qui bien que devenus adultes, gardent toujours des liens, théoriques mais aussi pratiques, tant avec leurs géniteurs qu'entre eux.

74. La différence de la nature même de l'encadrement des deux contrats par le droit national – Malgré ces origines communes, les deux contrats ne partagent pas une vie commune. Travailleur et consommateur ne sont pas traités par le droit national de manière identique. L'encadrement législatif du contrat de consommation est axé sur la formation du consentement et vise la préservation ou la restauration de l'équilibre contractuel, afin de résorber l'inégalité des parties. En revanche, les interventions législatives en matière de contrat de travail n'abordent pas la protection du travailleur par le biais du consentement et de la rencontre des volontés. Le déséquilibre contractuel non seulement est maintenu – dans la mesure où la notion de subordination présuppose un certain déséquilibre – mais qu'il constitue même la condition de l'existence du contrat. Le but est alors de protéger la partie faible par des mécanismes qui se focalisent sur l'exécution du contrat, en empêchant les abus dans

³³⁷ Cité par Henri TEMPLE, «Le droit de la consommation, est-il subversif?», in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1067-1091.

³³⁸ Guy RAYMOND, *Droit de la consommation*, Paris, Litec, 2^e éd., 2011, p. 37, § 58.

l'exercice du pouvoir de l'employeur³³⁹. Par ce biais, la légitimité de l'exercice du pouvoir de l'employeur est maintenue, sans pour autant mettre les deux parties sur un pied d'égalité.

En fin de compte, c'est la finalité, l'économie même du contrat qui sont différentes. En dépit d'une inégalité structurelle commune, le contrat de travail revêt toujours un caractère plus institutionnalisé que le contrat de consommation. Cette différence de nature du contrat entraîne une différence dans l'inégalité subie par le contractant faible : « toutes les parties ne sont pas égales et les inégalités étant différentes, elles ont suscité des réponses distinctes »³⁴⁰. En effet, si l'encadrement juridique du contrat conclu par le consommateur veut neutraliser en quelque sorte la particularité de l'inégalité, la finalité du contrat de travail est telle que celui-ci ne peut être conçu que de manière inégalitaire.

75. La différence d'autonomisation par rapport au droit commun– Enfin, une autre différence se situe au niveau de l'autonomisation des deux relations contractuelles par rapport au droit commun. Certes, on a pu remarquer que dans les deux cas de figure le régime du Code civil s'est avéré inadapté pour régir des phénomènes contractuels qui n'étaient pas envisagés, en tous cas pas tels qu'ils se présentent actuellement, par le législateur de 1804. Toutefois, le chemin d'autonomisation que les deux contrats ont parcouru n'est pas identique. Il est beaucoup plus important pour le contrat de travail que pour le contrat de consommation dont les liens de parenté avec le droit commun restent malgré tout assez étroits.

L'existence de juridictions et de juges spécialisés qui connaissent les litiges résultant du contrat de travail ou encore l'ampleur des accords collectifs en la matière ne font que refléter cette différence. Elle pourrait également expliquer, ne serait-ce qu'en partie, la différence d'ampleur de l'influence européenne sur chacun de ces deux contrats que l'on constatera par la suite.

³³⁹ V. sur ce point Gérard COUTURIER, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français » in Marcel FONTAINE, Jacques GHESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, op. cit., p. 143-164.

³⁴⁰ Audrey COMBALUZIER-VAUDE, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, op. cit., p. 445.

TITRE II: L'INFLUENCE NATIONALE SUR L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN

76. L'eupéanisation du droit national par le biais de l'influence nationale sur l'élaboration du droit de l'Union- Après avoir examiné la conception nationale du contrat de travail et du contrat de consommation, il convient de se pencher sur la première étape du processus d'eupéanisation du droit national, afin d'examiner l'influence que cette conception, ce modèle français a pu exercer sur l'élaboration du droit européen dans les deux champs matériels étudiés.

Cette idée d'influences nationales n'est pas nouvelle. Le droit européen est, certes, doté des objets et des règles qui lui sont propres, mais il est communément admis que, s'inspirant des droits nationaux, il diffuse dans toute l'Union européenne des solutions élaborées au plan national. Ainsi, tant la doctrine³⁴¹ que la pratique s'accordent sur le fait que le droit de l'Union ne peut pas sortir du néant et qu'il plonge ses racines dans le droit des Etats membres. Comme l'avait remarqué Pierre Pescatore il y a plus de 35 ans, «contrairement à ce que l'on avait pu penser pendant les premières périodes de la vie de l'Union, droit européen et droit national ne constituent pas des sphères juridiques « distinctes » et « séparées ». La réalité du phénomène est celle d'une « interpénétration étroite des sphères législatives et d'une coopération de tous les jours entre le législateur européen et les autorités législatives, gouvernementales et administratives des Etats membres»³⁴². Madame Maria Vera Jacob de Fradera parle même de « circulation des modèles juridiques, des méthodes et aussi des attitudes »³⁴³, afin d'expliquer dans quelle mesure le droit européen fait l'amalgame entre les différentes influences nationales.

³⁴¹ V. à titre indicatif Sophie ROBIN-OLIVIER & Daniel FASQUELLE (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne, 2008 ; Mireille DELMAS-MARTY, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chr., p. 1-4 ; Mauro BUSSANI & Ugo MATTEI, « Le fonds commun du droit privé européen », *RIDC* 2000, p. 29-48.

³⁴² Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne, 2005 (réimpression de l'ouvrage publié chez AW SIJTHOFF-LEIDEN en 1972), p. 59.

³⁴³ Maria Vera JACOB DE FRADERA, *Réflexions sur l'apport du droit comparé à l'élaboration du droit communautaire*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2002, p. 16. Sur la notion de circulation v.

77. L'intérêt de la recherche des modes et des marques de l'influence nationale sur le droit de l'Union- Certes, toute objection fondamentale remettant en cause l'existence même de cette voie d'interaction entre les deux ordres juridiques ne pourrait être que très difficilement défendue. Néanmoins, des difficultés surgissent à la fois sur l'explication, la systématisation et la preuve des moyens empruntés pour « véhiculer » ces influences nationales d'une part et des traces concrètes que celles-ci laissent sur le droit européen d'autre part. Or, prétendre que les modèles juridiques nationaux « circulent » implique légitimement de trouver les voies que ceux-ci empruntent. Le dialogue établi entre les ordres juridiques nationaux et l'ordre européen s'opère au travers d'un code et de moyens de communication qui lui sont propres. On peut ainsi parler des modes d'influence et de leurs marques. Il s'agit d'un travail technique d'abstraction synthétique, consistant à discerner dans ce qu'on pourrait appeler le « droit public européen » mais aussi dans le droit dérivé, les processus et les techniques permettant aux droits nationaux d'influencer l'élaboration des normes européennes.

L'intérêt juridique d'une telle démarche est multiple : du point de vue du juriste national, en l'occurrence du juriste français, elle permet de mieux situer et comprendre le droit européen qui devra faire partie, directement ou indirectement, du droit interne. Du point de vue du juriste européen, cette analyse permet de mieux cerner le processus décisionnel et législatif européen. Il s'agit d' « une donnée que le développement du droit de l'Union européenne ne saurait occulter. Cette préexistence est pourtant rarement mise en avant »³⁴⁴. En effet, les influences nationales sur l'élaboration des normes européennes peuvent non seulement avoir un impact sur l'exercice des compétences de l'Union mais aussi être considérées, si on transcrit en droit européen la théorie dite des « contraintes juridiques »³⁴⁵, comme contraintes juridiques pesant sur le législateur européen. L'enjeu dépasse ainsi les

également Jean-Sylvestre BERGE, « Circulation et application du droit au niveau national, international, européen » in *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 21-37 ; Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, op. cit., not. p. 245-248 ; Éric AGOSTINI, « La circulation des modèles juridiques », *RIDC* 1990, p. 461-467.

³⁴⁴ Jean-Sylvestre BERGE et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, Union européenne, Conseil de l'Europe*, 2^{ème} édition, Paris, PUF, 2011, n° 657.

³⁴⁵ Théorie élaborée par Michel Troper et Véronique Champeil-Desplats, v. Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS & Christophe GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruxelles-Paris, Bruylant, 2005.

limites d'une recherche purement académique et strictement théorique, dans la mesure où les influences nationales conditionnent à la fois le contenu du droit européen et, comme on le constatera par la suite, son application tant par le juge national que par le juge européen.

Par ailleurs, la recherche des marques nationales sur les deux champs matériels étudiés permet de mieux situer les notions qui feront par la suite partie du droit européen dans leur contexte d'origine. En dépit du fait que le rouleau compresseur européen est censé neutraliser, en quelque sorte, les connotations nationales des normes juridiques dont il s'inspire, il ne fait pas de doute que mieux connaître les origines nationales de la notion et du régime accordés au travailleur et au consommateur conduit à une meilleure compréhension de l'encadrement européen de ces acteurs.

L'examen tant des modes (*Chapitre I*) que des traces de ces influences nationales (*Chapitre II*) révèle à quel point le processus décisionnel européen - au sens large du terme - est « un phénomène d'osmose et de symbiose »³⁴⁶ du national et de l'europpéen, de l'institutionnel et du lobbying, du droit et de la politique.

³⁴⁶ Phrase empruntée à Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, op. cit., p. 59.

78. L'indispensable décortication du processus décisionnel européen- Comprendre les influences nationales sur le droit européen consiste avant tout à discerner les modes –c'est-à-dire les voies– empruntés afin que les deux ordres juridiques puissent communiquer. L'identification des modes constitue une condition préalable à l'exposé des marques concrètes d'influence nationale sur les contrats conclus par le consommateur et le travailleur. Une simple comparaison de la lettre des normes européennes avec des dispositions antérieures d'un ou plusieurs droits nationaux ne saurait suffire, à notre avis, pour prouver l'influence, dès lors que la manière de réalisation de cette dernière n'est pas expliquée.

79. L'influence nationale en tant que contrainte juridique pesant sur le législateur européen- La décortication du processus décisionnel et législatif européen s'avère indispensable à cet égard. Elle permet à la fois de réaliser dans quelle mesure le droit européen est loin d'être le produit d'une parthénogenèse et de cerner les contraintes pesant sur le législateur européen. Celui-ci est en effet lié certes par la configuration politique de l'Union, mais aussi et surtout par la configuration juridique, à savoir la répartition des compétences entre les Etats membres et l'Union ou le fait que les normes produites seront ensuite intégrées dans les ordres juridiques nationaux.

Ainsi, si on accepte qu'une contrainte juridique est « une situation de fait dans laquelle un acteur du droit est conduit à adopter telle solution ou tel comportement plutôt qu'une ou un autre, en raison de la configuration du système juridique qu'il met en place ou dans lequel il opère »³⁴⁷, on peut affirmer que l'influence des droits nationaux sur le droit européen constitue une telle contrainte pour le législateur européen. Le caractère juridique de la contrainte découle du fait que cette dernière « s'impose à l'acteur en raison d'une configuration spécifique du système

³⁴⁷ Michel TROPER & Véronique CHAMPEIL-DESPLATS « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques » in Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS & Christophe GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, op. cit., p. 12.

juridique »³⁴⁸ européen, à savoir le fait que les normes européennes doivent, d'une part, être l'objet d'un consensus entre les Etats membres afin d'être adoptées et, d'autre part, être intégrées et appliquées dans les ordres juridiques nationaux une fois prononcées. « Quoique élaborées au niveau européen, donc au point de contact entre les cultures juridiques d'origines différentes, les unes romano-germaniques, les autres de Common Law, les directives sont, sauf quelques notables exceptions, le résultat d'un compromis suffisamment bien dosé pour que leur « acculturation » en droit interne s'opère, que les « greffes » communautaires soient complètement absorbées par les « tissus » nationaux » remarque Monsieur Emmanuel Putman³⁴⁹.

En effet, si aucune règle de droit n'oblige les instances européennes à légiférer en tenant compte des droits nationaux, cette prise en considération constitue une contrainte dans la mesure où elle « optimise les résultats de leurs stratégies »³⁵⁰. En effet, l'efficacité des normes européennes créées dépendra, entre autres, de la manière dont les influences nationales seront prises en considération au moment de l'élaboration du droit européen. Il s'agit alors d'un *Sein* (l'être) juridique, distinct du *Sollen* (le devoir-être), mais qui ne fait pas partie –selon la théorie des contraintes juridiques– des réalités extra-juridiques³⁵¹.

En essayant de dresser une taxinomie des modes d'influence, deux voies principales peuvent être distinguées, l'une directe et l'autre indirecte. Dans le premier cas, le droit national devient source du droit de l'Union en participant à son élaboration, par le biais d'acteurs institutionnels, tant nationaux qu'europeens (*Section 1*). Dans le second cas, les influences nationales sont moins visibles mais tout aussi importantes : ce sont les acteurs de la société civile qui participent –de façon moins institutionnalisée– à l'élaboration des normes européennes, tout en véhiculant des solutions juridiques adoptées au niveau national (*Section 2*).

³⁴⁸ *Idem*, p. 13.

³⁴⁹ Emmanuel PUTMAN, « L'incidence du droit communautaire sur le droit privé français », in Michel BUY & Henryk LEWANDOWSKI (dir), *Influence du droit communautaire sur le droit interne : le cas de la France et de la Pologne*, Varsovie, Difin, 2003, p. 15-34, not. p. 31.

³⁵⁰ Michel TROPER & Véronique CHAMPEIL-DESPLATS « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques » in Michel TROPER, Véronique CHAMPEIL-DESPLATS & Christophe GRZEGORCZYK, *Théorie des contraintes juridiques*, *op. cit.*, p. 32.

³⁵¹ *Idem*, p. 31.

SECTION 1 : LA PARTICIPATION DU DROIT NATIONAL À L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN PAR LE BIAIS D'ACTEURS INSTITUTIONNELS

80. L'influence nationale au sein de la technocratie bruxelloise– Le rôle du droit national dans l'élaboration du droit européen n'est pas facilement intelligible pour le juriste. Une première lecture de la description du processus décisionnel de l'Union européenne laisse l'impression, du moins en ce qui concerne l'adoption des textes de droit dérivé, de procédures plutôt neutres, technocratiques, sans coloration nationale. Un certain nombre d'organes institutionnels de l'Union est chargé de tâches et compétences précises, définies par les Traités. Les Etats membres y contribuent par le biais de leurs représentants au sein des différentes institutions³⁵² mais les liens avec les droits nationaux ne sont pas aisément perceptibles.

Pour cibler le rôle des influences nationales, il faut décortiquer les processus de la technique législative de l'Union. Les droits nationaux peuvent d'abord constituer la base ou la source d'inspiration d'une proposition de législation européenne. Ce type d'influence se réalise grâce à l'utilisation du droit comparé par les organes de l'Union et principalement par les services de la Commission, sur laquelle pèse la principale charge de l'initiative législative. La méthode comparative est ainsi appliquée en amont, au moment de préparer et rédiger la proposition qui sera présentée par la Commission.

Une fois la proposition présentée, les influences nationales prennent la forme d'un dialogue plus institutionnel, dans la mesure où les Etats membres expriment leurs réactions. Ce processus permet, d'ailleurs, à ces derniers de promouvoir des solutions juridiques qui sont déjà appliquées au sein du droit national ou comblent certaines lacunes de ce dernier, afin d'obtenir des modifications de la proposition. Il s'agit alors d'une voie interétatique, dans la mesure où les Etats membres participent,

³⁵² Principalement le Parlement et le Conseil européens, dans la mesure où les Commissaires, même s'ils sont originaires des Etats membres, sont censés représenter uniquement l'intérêt européen commun et en aucun cas les intérêts de leurs pays d'origine. Cependant, en pratique les Commissaires sont parfois influencés par les intérêts de leurs pays. Monsieur Derk-Jan Eppink remarque à cet égard que « *during my studies, I had been taught that a Commissioner works for the greater good of all Europeans. Like many things taught at school, this is not entirely true. In practice, many Commissioners allow them to be influenced by the wishes of their own national governments* », Derk-Jan EPPINK, *Life of a European Mandarin. Inside the Commission*, (traduit en anglais par Ian Connerty), Tielt, Lannoo Publishers, 2007, p. 119.

par le biais de leurs institutions nationales ou de leurs représentants à l'Union européenne, à la création d'un droit « en commun »³⁵³.

En amont (*Paragraphe I*) comme en aval (*Paragraphe II*) le droit national arrive à pénétrer les dédales de la technocratie juridique bruxelloise.

³⁵³ Jean-Sylvestre BERGE, «Le droit d'une « communauté de lois »: le front européen », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 113-136, not. p. 136. L'auteur se réfère à la « communauté de droit » ainsi qu'à la « communauté de lois » : « Avec ses particularités le droit communautaire peut être compris comme le droit coordinateur d'une « communauté de lois », comme avant lui le droit international privé a été présenté, dans un sens qui lui est propre, comme le fruit d'une « communauté de droit ».

Paragraphe I : La voie comparative

L'examen des droits nationaux préexistants constitue une étape préalable à l'élaboration des initiatives législatives européennes. Le but des services de la Commission est de déterminer non seulement la pertinence d'un éventuel instrument juridique (1) mais aussi, dans une certaine mesure, son contenu (2).

1. Le recours au droit comparé pour déterminer la pertinence de l'intervention européenne

81. Respecter le principe de subsidiarité et optimiser les chances de réussite de la proposition législative- Avant d'entreprendre toute procédure législative, les institutions européennes et plus particulièrement la Commission – la "Princesse" des institutions³⁵⁴ - doivent examiner la pertinence d'une éventuelle intervention. Le lancement d'une initiative législative au niveau européen étant coûteux et chronophage, il ne saurait être tenté que s'il est opportun. De plus, en vertu du principe de subsidiarité qui imprègne toute action législative de l'Union³⁵⁵ lorsque celle-ci n'agit pas dans le cadre de ses compétences exclusives, des mesures législatives ne sont adoptées au niveau européen que lorsque les résultats escomptés ne peuvent pas être atteints de manière efficace par l'action autonome des Etats membres.

La pertinence d'une intervention est déterminée tant par les objectifs poursuivis et les résultats souhaités *in abstracto* que par l'état actuel des droits européen et nationaux. Ainsi, pour un domaine déjà réglementé au niveau européen, il faudra d'abord identifier les lacunes de la législation existante pour cibler ensuite le champ et l'ampleur d'une éventuelle modification. Si aucune action législative n'a jamais été entreprise en la matière, il faudra se pencher sur les différents systèmes nationaux afin de déterminer non seulement la pertinence d'une réglementation au niveau européen mais aussi ses rapports avec les dispositions des droits nationaux déjà existantes. Dans les deux cas, les services de la Commission doivent

³⁵⁴ Terme emprunté à Derk-Jan EPPINK, *Life of a European Mandarin. Inside the Commission*, op. cit., p. 9.

³⁵⁵ V. l'article 5 §3 TUE.

nécessairement étudier l'état des droits nationaux et l'impact d'une nouvelle législation européenne sur ces derniers.

82. Une augmentation de la transparence dans la technique législative-

Le processus d'élaboration des textes législatifs proposés par la Commission ainsi que la technique législative appliquée par les services de cette dernière ne sont pas connus du grand public. Pendant longtemps, l'augmentation du nombre des textes législatifs proposés par la Commission ne fut pas suivie d'une augmentation de la transparence dans la procédure de création de ces propositions. Ce n'est qu'à la fin des années 1990 qu'un certain nombre de documents explicatifs commencent à voir le jour dans un souci d'efficacité, de transparence et d'amélioration de la législation existante. Depuis 2001, la stratégie « Mieux Légiférer »³⁵⁶ est mise en place, ayant comme objectif «de promouvoir la simplicité, la clarté et la cohérence dans la rédaction des textes législatifs, ainsi que la plus grande transparence du processus législatif»³⁵⁷. En dépit du caractère souvent programmatique de ces déclarations concernant la transparence au sein des institutions, force est de constater que depuis le début des années 2000, le processus législatif européen devient plus accessible. Toutefois, cela ne signifie pas nécessairement qu'il devient plus compréhensible, d'autant plus que les documents publiés deviennent de plus en plus techniques.

83. Livres verts et Livres blancs-

Le document qui déclenche officiellement cette démarche comparative varie en fonction de l'importance et de la complexité de la matière mais aussi des objectifs poursuivis : ce peut être une Communication de la Commission, ou encore un « Livre vert », qui peut être suivi d'un « Livre blanc ». Si, de par leur origine étymologique, ces deux derniers termes remontent à la procédure législative britannique du début du 20^{ème} siècle, ils ont été repris dans le jargon

³⁵⁶ Sur cette stratégie v. le Rapport *Mandelkern* sur l'amélioration de la législation (13 novembre 2001); les Communications de la Commission « Gouvernance européenne: Mieux légiférer, COM(2002)275 du 6 juin 2002 ; « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire », COM(2003)71 du 11 février 2003 ; l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (31 décembre 2003, *JOCE* C 321 du 31/12/2003 p. 0001 - 0005) sur les *engagements et les objectifs communs des trois principales institutions européennes dans le domaine de l'amélioration de la législation ainsi que le site internet http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_fr.htm (consulté le 11.10.14).*

³⁵⁷ Accord interinstitutionnel «Mieux légiférer», *op. cit.*, paragraphe 2.

européen³⁵⁸ et constituent des outils précieux dans l'arsenal de la Commission. Ce sont des actes atypiques, préparatoires d'une proposition législative, qui n'ont pas de valeur contraignante. A la différence des Livres verts qui visent à stimuler la réflexion, en «invitant les parties concernées à participer à un processus de consultation et de débat sur la base des propositions qu'ils émettent»³⁵⁹, les Livres blancs –plus rares– contiennent «des propositions d'action communautaire »³⁶⁰ en répondant ainsi aux questions posées par le Livre vert.

Même si les Livres verts sont des documents destinés à lancer une consultation plutôt qu'à exprimer des positions, ils sont très souvent révélateurs d'un travail comparatif déjà accompli par les services de la Commission. Cette démarche comparative détermine, dans une certaine mesure, l'ampleur et les ambitions de la consultation lancée. Un bon exemple est le Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs³⁶¹ ; le cadre de la consultation mise en œuvre par ce Livre vert a été fortement influencé par une «analyse comparative de la manière dont les directives [faisant l'objet de la révision] sont appliquées dans les Etats membres, y compris la jurisprudence et les pratiques administratives»³⁶². En effet, l'étude comparative des droits nationaux a permis de constater que la nature minimale des directives européennes déjà existantes en la matière ainsi que la manière dont celles-ci étaient transposées par les Etats membres avaient fragmenté la législation européenne relative à la protection des consommateurs et provoqué un «éclatement problématique»³⁶³ de la réglementation nationale. Une intervention, sous forme de révision de l'acquis, était donc pertinente dans la mesure où la complexité et souvent l'incohérence de l'environnement réglementaire au niveau national étaient nuisibles à la protection des consommateurs

³⁵⁸ On parle souvent de l'«Eurojargon». V. le site internet de l'Union http://europa.eu/abc/eurojargon/index_fr.htm (consulté le 11.10.14).

³⁵⁹V. le glossaire de l'Union européenne, http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/green_paper_fr.htm (consulté le 11.10.14).

³⁶⁰ V. le glossaire de l'Union européenne, http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/white_paper_fr.htm (consulté le 11.10.14), ainsi que la présentation de Florence CHALTIEL, *Le processus de décision dans l'Union européenne*, Paris, La Documentation Française, 2006, p. 79-80.

³⁶¹ Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM(2006)744 final du 8 février 2007.

³⁶² *Idem*, p.4.

³⁶³ *Idem*, p. 7.

au sein de l'Union ainsi qu'au libre fonctionnement du marché intérieur. L'influence de l'examen comparatif des droits nationaux est d'ailleurs détectable dans les questions que le Livre vert adresse aux parties intéressées: s'agissant, à titre d'exemple, de la partie 4.1 (question B1) portant sur la définition du consommateur et du professionnel, le Livre vert fait référence aux droits nationaux – et notamment au droit français - qui qualifient de «consommateurs» des personnes morales comme des petites entreprises, parfois dans des situations similaires à celle du consommateur et leur garantissent une protection adéquate³⁶⁴. Ainsi, même le cadre général de la consultation visant principalement à vérifier l'opportunité d'une réglementation européenne en la matière peut être porteur de traces des droits nationaux.

84. La démarche comparative dans l'analyse d'impact– La publication d'un Livre vert est très souvent suivie par le lancement d'une autre procédure, très intéressante du point de vue des échanges et des influences des droits nationaux: il s'agit de l'analyse d'impact (*Impact Assessment*). L'analyse d'impact est devenue une procédure-clé, notamment dans le cadre de la stratégie «Mieux légiférer». Suite aux résolutions des Conseils de Göteborg et de Laeken en 2001³⁶⁵, la Commission européenne a mis en place une nouvelle méthode pour procéder à l'analyse d'impact, avec pour objectif de simplifier et d'améliorer l'environnement réglementaire de l'Union³⁶⁶.

L'analyse d'impact, qui précède désormais la quasi-totalité des propositions législatives présentées³⁶⁷, vise à structurer la préparation des propositions de la Commission; elle évalue la nécessité d'une intervention au niveau de l'Union européenne et examine les conséquences éventuelles de différentes options

³⁶⁴ *Idem*, p. 17.

³⁶⁵ V. les *Conclusions de la présidence – Göteborg, 15 et 16 juin 2001*, SN 200/1/01 REV 1 et les *Conclusions présidence - Laeken, 14 et 15 décembre 2001*, SN 300/1/01 REV 1.

³⁶⁶ V. la première Communication de la Commission sur l'analyse d'impact, COM(2002)276 final, du 5 juin 2002.

³⁶⁷ L'analyse d'impact est, en effet, obligatoire pour toutes les propositions législatives qui font partie du Programme législatif et de travail annuel de la Commission (***Commission's Legislative and Work Programme (CLWP)***) ainsi que pour les propositions législatives qui, sans faire partie du Programme, ont un impact économique, social ou environnemental important.

politiques³⁶⁸. Afin d'assurer une procédure uniforme et une méthodologie commune d'analyse d'impact³⁶⁹, indépendamment du domaine particulier sur lequel la proposition législative portera, un Comité d'analyse d'impact (*Impact Assessment Board*) a été formé en 2006, placé sous l'autorité directe du président de la Commission. Présidé par le directeur adjoint du Secrétariat général du Conseil³⁷⁰, ce comité a pour mission d'évaluer la qualité des différentes analyses d'impact et de proposer éventuellement des travaux complémentaires. Après examen de chaque analyse d'impact, le Comité rend un avis qui n'a pas de force contraignante mais accompagne l'analyse devant le Collège des commissaires, seul maître de la décision politique en la matière. Le Comité d'analyse d'impact rend tous les ans un rapport exposant la qualité des analyses qui lui ont été soumises durant l'année précédente, les principaux écueils qu'il a pu recenser ainsi que l'incidence de ses avis³⁷¹.

85. La vérification du respect du principe de subsidiarité– Afin d'expliquer la pertinence d'une action au niveau européen, l'analyse d'impact examine nécessairement l'état des droits nationaux. En effet, en appliquant le principe de subsidiarité³⁷², les services de la Commission sont amenés à vérifier si les objectifs poursuivis par l'initiative législative au niveau européen ne peuvent pas être atteints de manière satisfaisante par des mesures exclusivement nationales (*necessity test*) et si une intervention européenne en la matière constituerait une plus-value à cet égard

³⁶⁸ V. le document de la Commission « Lignes directrices concernant l'analyse d'impact », http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/commission_guidelines/docs/iag_2009_fr.pdf (consulté le 11.10.14).

³⁶⁹ Les trois principales institutions de l'Union (Commission, Conseil et Parlement) se sont, en effet, accordées en 2005 sur une approche interinstitutionnelle commune de l'analyse d'impact, qui constitue une première base de règles communes concernant la mise en œuvre d'une analyse d'impact. Document du Conseil n° 14901/05 du 14.11.2005.

³⁷⁰ Les autres membres du Comité sont des fonctionnaires des services de la Commission les plus proches des trois piliers (économie, social et environnement) de l'approche intégrée en matière d'analyse d'impact. Sur la composition, le statut et le mandat du Comité d'analyse d'impact v. l'annexe "*Impact Assessment Board Mandate*", http://ec.europa.eu/governance/impact/iab/docs/iab_mandate_annex_sec_2006_1457_3.pdf(consulté le 11.10.14).

³⁷¹ V. à titre d'exemple le rapport pour l'année 2007, SEC(2008)120 du 30 janvier 2008 et celui de l'année 2008, SEC(2009)55 du 28 janvier 2009.

³⁷² Dans la mesure, bien évidemment, où le domaine concerné ne relève pas de la compétence exclusive de l'Union européenne. V. l'article 5 §3 TFUE.

(*test of EU Added Value*)³⁷³. Cela présuppose une prise en considération tant des mesures de transposition des normes européennes déjà existantes que des réglementations purement nationales.

86. Le scénario déterminant le niveau de référence– L'étape suivante de l'analyse d'impact consiste à développer un scénario déterminant le niveau de référence (*baseline scenario*). Il faut, dans un premier temps, expliquer l'évolution de l'état actuel des choses, si aucune initiative n'est entreprise au niveau européen (« *no policy change* » *scenario*). Une étude comparative approfondie des systèmes juridiques et des politiques au niveau national³⁷⁴ est donc indispensable à cet égard. Les analyses d'impact font très fréquemment référence à des exemples concrets de mesures nationales, le plus souvent pour montrer qu'une réglementation purement nationale du domaine en question s'avère insuffisante. Tel est le cas, à titre indicatif, de l'analyse d'impact³⁷⁵, qui a précédé la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur³⁷⁶, mentionnant un certain nombre de pratiques nationales susceptibles de constituer des barrières à la prestation transfrontalière de services³⁷⁷.

L'analyse d'impact est censée démontrer l'opportunité d'une initiative législative européenne dans un domaine précis. Cela ne signifie pas pour autant que ces analyses soient complètement « neutres » ou objectives. Une analyse d'impact est, en théorie, destinée à examiner si une action législative est nécessaire au niveau européen. En théorie et conformément à la présentation du processus faite par la Commission³⁷⁸, elle peut aussi démontrer qu'une intervention européenne dans le domaine en question n'est pas pertinente et qu'il faut donc primer le « *no policy*

³⁷³ V. les consignes méthodologiques et techniques pour le déroulement d'une analyse d'impact adressées aux services de la Commission, *Impact Assessment Guidelines*, publiées le 15 janvier 2009, SEC(2009)92 (disponibles uniquement en langue anglaise), p.21 et 22.

³⁷⁴ Les *Impact Assessment Guidelines* parlent clairement des « *Member State policies/regulations already in place* », *idem*, p. 23.

³⁷⁵ SEC(2004)21 du 13 janvier 2004.

³⁷⁶ Proposition de Directive relative aux services dans le marché intérieur, COM(2004)2 final du 13 janvier 2004, qui a ensuite abouti à la Directive 2006/123/CE du 15 novembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JOCE* L 376 du 27.12.2006, p. 36-68.

³⁷⁷ SEC(2004)21, p. 18-20.

³⁷⁸ Selon la présentation du processus d'analyse d'impact, disponible sur le site internet du Secrétariat Général de la Commission, « it [the impact assessment] may of course also demonstrate why no action at the EU level should be taken », http://ec.europa.eu/governance/impact/index_en.htm (consulté le 10.10.14).

change » *scenario*³⁷⁹. Toutefois, la réalité pratique se présente un peu différemment. Sans mettre en doute la qualité de ces études qui, statistiques à l'appui, se prononcent sur la pertinence de tel ou tel autre type d'intervention, force est de constater que les données statistiques et les conclusions des études sont fortement imprégnées des choix politiques suivis par la Commission.

Cela étant, l'analyse d'impact s'inscrit dans la continuité d'un Livre vert ou d'autres Communications de la Commission et reflète des orientations législatives et politiques, au service desquelles les analyses sont mises. « Il convient de noter que les analyses d'impact représentent un moyen de parvenir à une fin »³⁸⁰ lit-on dans le rapport du Comité d'analyses d'impact pour l'année 2008. Pour les services de la Commission, le lancement d'une procédure d'analyse d'impact représente un investissement financier et politique important, auquel ils ne s'engageraient pas si toute possibilité d'intervention législative en la matière était exclue d'office. Cette constatation pourrait, d'ailleurs, expliquer le fait qu'il n'existe pas – en tout cas à notre connaissance - d'analyse d'impact³⁸¹ n'ayant pas donné lieu à une proposition législative, ne serait-ce que sous la forme d'instruments dits de *soft law*. Dans la grande majorité des cas, l'analyse d'impact est publiée³⁸² en même temps que la proposition législative et fait partie des documents qui l'accompagnent³⁸³.

³⁷⁹ Les consignes adressées aux services de la Commission précisent, d'ailleurs, que « the option of « no new EU action » must always be considered as a viable option, except in cases where the Treaties lay down a specific obligation to act », *Impact Assessment Guidelines, op. cit.*, p. 29.

³⁸⁰ SEC(2009)55, du 28 janvier 2009, version française, p. 9.

³⁸¹ V. les rapports annuels avec la liste des analyses d'impact depuis 2003 sur le site du Secrétariat général dédié aux analyses d'impact, http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/cia_2009_en.htm (consulté le 20.10.14).

³⁸² D'un point de vue technique, les analyses d'impact constituent des *Staff Working Documents*, publiés sous l'abréviation SEC, qui désigne les documents internes, préparés par le Secrétariat général de la Commission. Les propositions législatives ainsi que les Livres verts et blancs sont, quant à eux, considérés comme des communications et sont donc publiés sous l'abréviation COM, désignant les documents de travail de la Commission européenne, accessibles dans toutes les langues officielles de l'Union européenne.

³⁸³ Dans certains cas, la publication de l'analyse d'impact est retardée justement parce que les services de la Commission ne se sont pas encore décidés sur la forme que la proposition législative prendra. V. par exemple l'analyse d'impact concernant les recours collectifs en matière de droit de consommation (*collective redress*), qui, finalement, n'est pas été publiée, étant donné que les services de la Commission ont abandonné l'idée d'un instrument législatif contraignant et n'ont adopté qu'une Recommandation (Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), *JOUE* L 201 du 26.7.2013, p. 60–65).

87. Le rôle des experts gouvernementaux- Enfin, on ne doit pas négliger le rôle des groupes des experts gouvernementaux, qui était considérable, pendant presque quarante ans, pour la détermination à la fois de la pertinence et du contenu de l'intervention européenne. Ces experts, représentants des Etats membres, étaient un interlocuteur privilégié de la Commission au moins jusqu'aux années 1990. Des réunions étaient ainsi régulièrement organisées, avant l'élaboration d'une proposition législative, permettant aux services de la « Princesse » des institutions d'avoir un premier retour et de sonder le climat dans les Etats membres. Pour les experts gouvernementaux, ces réunions constituaient une belle occasion de promouvoir les positions et les intérêts de leur pays ou de leur système juridique.

Un exemple concret de l'influence des groupes d'experts gouvernementaux, qui est expressément reconnue par la Commission, est sans doute la délimitation du champ d'application de la proposition relative au droit de jouissance à temps partagé³⁸⁴. La question que les services de la Commission se posaient était de savoir si « une norme européenne devait couvrir tous les aspects du *timeshare* ou bien il serait plus efficace que certains éléments soient réglés par la législation nationale »³⁸⁵. Afin d'y répondre la Commission avait « voulu connaître directement l'avis des autorités nationales » en organisant une réunion avec les experts gouvernementaux le 12 décembre 1991³⁸⁶. Les conclusions de cette réunion étaient déterminantes pour la délimitation de la portée et des grands axes de la proposition de directive.

2. Le recours au droit comparé pour déterminer le contenu des normes européennes

88. De la prétendue neutralité du contenu des propositions législatives européennes- Le contenu des normes européennes est-il déterminé par les dispositions des droits nationaux et dans l'affirmative, dans quelle mesure? La

³⁸⁴ Proposition du 2 juillet 1992 concernant la protection des acquéreurs dans les contrats portant sur l'utilisation d'objets immobiliers en régime de jouissance à temps partagé, COM(92) 220 final, qui a donné lieu à la directive 94/47/CE du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *JOCE* L 280 du 29.10.1994, p. 83-87.

³⁸⁵ COM(92) 220 final, *op. cit.*, p. 41.

³⁸⁶ *Idem*, p. 42.

réponse officielle de tout fonctionnaire ou agent de la Commission européenne, « responsable de l'élaboration des politiques »³⁸⁷ serait, de prime abord, négative. Cette réponse s'accompagnerait très probablement d'une double explication : d'une part, les finalités du droit européen sont différentes de celles poursuivies au niveau national ; d'autre part, le contexte juridique ainsi que la nature des normes ne sont pas comparables. Le droit européen est ainsi présumé être neutre, comme s'il était le résultat d'une parthénogenèse ou, dans le meilleur des cas, comme si les liens de parenté avec les droits nationaux étaient tellement lointains que personne ne s'en souvenait plus.

Une telle affirmation est contraire non seulement à la nature du droit européen mais aussi au mode de construction européenne dans son ensemble. Si la Commission européenne est, comme le remarque à juste titre Monsieur Derk-Jan Eppink, un compromis vivant « entre la rigidité nordique et la flexibilité latine, entre la rigueur intellectuelle protestante et l'habileté catholique, entre les couche-tard du Sud méditerranéen et les lève-tôt de l'Est glacé »³⁸⁸ comment les normes juridiques qui y sont créées pourraient-elles prétendre à la « neutralité »?

Certes, le droit européen a su « naturaliser » les emprunts nationaux pour se doter de notions et d'instruments qui correspondent à une logique et à des finalités qui lui sont propres. Toutefois, cette « naturalisation » n'est pas synonyme de neutralité. Le rapport du Parlement européen rendu à propos de la proposition de directive sur les produits défectueux reflète bien cette prise en considération des règles nationales existantes pour déterminer le contenu des règles européennes. Il se réfère alors à l'objectif d'«*harmoniser les législations nationales, dans le sens d'en rechercher les éléments communs, éléments qui seraient pris comme base d'une réglementation communautaire*»³⁸⁹.

³⁸⁷ Ces fonctionnaires, communément appelés « *policy-makers* », sont responsables, entre autres, de la préparation et rédaction de toute proposition législative présentée par la Commission.

³⁸⁸ "The Commission is a living compromise between Northern rigidity and Latin flexibility, between Protestant right-mindedness and Catholic artfulness, between the late-sleepers of the Mediterranean South and the early risers of the frozen East". Derk-Jan EPPINK, *Life of a European Mandarin. Inside the Commission*, op. cit., p. 11 (traduction libre).

³⁸⁹Parlement Européen, Rapport sur la proposition concernant une directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, Commission juridique, Rapporteur M. Willy G. J. Calewaert) du 10 août 1978, Doc. 246/78, PE 51.378/déf., p. 15 (nous soulignons).

On constate alors que les normes européennes ne peuvent pas sortir du néant et que les droits nationaux constituent une des principales sources d'inspiration du législateur européen. Sans prendre en considération un certain nombre de facteurs aléatoires, comme par exemple la nationalité et le parcours des fonctionnaires chargés de la rédaction d'une proposition ou même du commissaire dont relève le dossier, l'instrument par excellence qui constitue le théâtre de cette démarche comparative et des influences nationales est l'analyse d'impact réalisée par les services de la Commission.

89. Le rôle-clé de l'analyse d'impact- « Une Direction générale est un amalgame des mandarins issus de différents pays, chacun avec une culture d'administration différente ». En plus, « ils représentent tous des intérêts nationaux distincts, que les gouvernements nationaux entendent faire respecter »³⁹⁰ souligne Monsieur Derk-Jan Eppink, après avoir côtoyé le microcosme de la Commission pendant plus de 7 ans. Il cite ainsi le cas du Commissaire espagnol qui est intervenu avant que la proposition de directive sur les services³⁹¹ ne soit votée par le collège des Commissaires pour demander d'exclure les loteries et les jeux de hasard du champ d'application de la directive. Même si ladite directive n'interférait pas avec le portefeuille du Commissaire espagnol, son intervention était motivée par le besoin de protéger les loteries espagnoles, soumises à un régime juridique particulier au niveau national³⁹². L'auteur arrive même à cerner différentes méthodes ou stratégies de négociation, propres à chaque nationalité. Ainsi, en se référant aux fonctionnaires français de la Commission, il évoque qu'ils « préfèrent se baser sur la logique » mais que « de manière assez étrange, cette logique coïncide d'habitude avec les intérêts nationaux français »³⁹³.

90. Les options de politique législative- Concrètement, après avoir répondu – presque toujours par l'affirmative – à la question de la nécessité d'une intervention

³⁹⁰ «A DG is an amalgamation of mandarins from several different countries, each with a different administrative culture. Moreover, they all represent different national interests, which the government back home expects them to defend», Derk-Jan EPPINK, *Life of a European Mandarin. Inside the Commission, op. cit.*, p. 110 (traduction libre).

³⁹¹ Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006, *op. cit.*

³⁹² Derk-Jan EPPINK, *Life of a European Mandarin. Inside the Commission, op. cit.*, p. 310.

³⁹³ «French negotiators prefer to rely on *la logique*. Strangely enough, this logic coincides with French national interest», *idem*, p. 134 (traduction libre).

législative au niveau européen ainsi que de la valeur ajoutée de cette dernière par rapport aux initiatives exclusivement nationales, l'analyse d'impact doit proposer un certain nombre d'options de politique législative (*policy options*). Ces options sont déterminantes pour le contenu des normes de la proposition, présentée à la fin par les services de la Commission. En effet, l'analyse d'impact constitue l'un des principaux outils mis à la disposition du législateur européen, sans oublier le fait qu'elle est le principal document qui accompagne et justifie en quelque sorte la proposition législative. Les principales conclusions de l'analyse d'impact constituent d'ailleurs la base de l'exposé des motifs, qui accompagne souvent les propositions de la Commission.

Les options de politique législative proposées par l'analyse d'impact sont déterminées tant par les objectifs visés par chaque type d'option (atteindre une harmonisation maximale ou obtenir une intervention plus modérée par exemple³⁹⁴) que par les dispositions déjà existantes dans les droits nationaux. D'ailleurs, les consignes officielles, adressées aux services de la Commission pour qu'ils puissent lancer une analyse d'impact de manière efficace, énoncent clairement l'obligation de la Commission de prendre en considération les politiques législatives déjà existantes ou en voie d'adoption dans les Etats membres³⁹⁵, afin d'identifier les différentes options.

91. Les études comparatives menées par la Commission européenne– Face à la complexité du sujet et la diversité des droits nationaux, les services de la Commission ont la possibilité de commander une étude comparative à des tiers contractants, le plus souvent des universitaires. A l'époque où les Etats membres de la Communauté n'étaient pas très nombreux, la Commission recueillait elle-même les informations pertinentes auprès des correspondants à chaque pays. Ce fut, par exemple, le cas du rapport de synthèse rédigé par les services de la Commission qui ont « fait procéder à un inventaire des réglementations en vigueur dans les pays de la

³⁹⁴ Sur ces questions relatives aux méthodes utilisées par les instruments législatifs européens, v. *infra*, sous n° 270 et s.

³⁹⁵ « You should also take account of existing or planned Member State policies », *Impact Assessment Guidelines, op. cit.*, p. 30, (nous soulignons).

Communauté » à propos des licenciements collectifs³⁹⁶. Les conclusions de ces analyses comparatives des droits nationaux sont ensuite utilisées pour définir les différentes options législatives proposées par l'analyse d'impact ainsi que pour mesurer les effets d'une éventuelle intervention européenne sur les ordres juridiques nationaux. D'ailleurs, la Commission encourage ce type d'études de droit comparé, considérant qu'elles peuvent « renforcer la convergence des droits nationaux »³⁹⁷.

On peut à ce titre mentionner l'étude comparative menée par un groupe d'universitaires de l'Université de Bielefeld pour le compte de la Commission européenne en 2007. Cette étude, commandée dans le cadre de l'analyse d'impact relative à la révision de l'acquis communautaire en matière de droits des consommateurs, a abouti à un *Compendium Européen de Droit de la Consommation*³⁹⁸. L'objectif des auteurs était de dresser un état des lieux des droits nationaux à la suite de la transposition des huit directives faisant l'objet de l'acquis communautaire en matière de droits des consommateurs, afin de « dessiner une large carte juridique communautaire »³⁹⁹. Sur la base des données collectées par des experts nationaux, les auteurs ont établi un rapport pour chacun des 25 Etats membres, portant à la fois sur la transposition de chaque directive dans les systèmes juridiques nationaux mais également sur ce qu'ils appellent la « culture générale de transposition »⁴⁰⁰, à savoir la manière dont chaque Etat accueille les normes européennes au sein de son ordre juridique. Cette deuxième partie constitue un effort, bien que limité, de situer la

³⁹⁶ Dispositions en faveur des travailleurs en cas de licenciement dans le droit des pays membres des Communautés Européennes, Rapport de synthèse et conclusions de la Commission, SEC (72) 1516 final du 03 mai 1972, p. 2.

³⁹⁷ V. la communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats du 11.07.2001, COM(2001), 398 final, point 52 : « Pour renforcer la convergence des droits nationaux des contrats, une solution consisterait pour la Commission à promouvoir des recherches et la coopération en matière de droit comparé entre - notamment - universitaires et praticiens du droit (y compris des juges et des experts). Cette coopération pourrait viser à définir des principes communs dans des domaines pertinents du droit national des contrats. Les travaux existant dans ce domaine pourraient être utilisés et développés, notamment les résultats d'études académiques et des conclusions élaborées dans des instances universitaires internationales. Le cadre de cette recherche et de cette coopération pourrait être une sorte de partenariat dans lequel les institutions européennes - et plus particulièrement la Commission - pourraient jouer un rôle de coordination. Dans le domaine des contrats transnationaux, certaines solutions, certains principes ou même ensembles de règles communs pourraient être définis ».

³⁹⁸ Hans SCHULTE-NÖLKE, Christian TWIGG-FLESNER & Martin EBERS (dir.), *Compendium CE de Droit de la consommation. Analyse comparative*, Université de Bielefeld, Avril 2007 (version en langue française).

³⁹⁹ Hans SCHULTE-NÖLKE, Christian TWIGG-FLESNER & Martin EBERS (dir.), *Compendium CE de Droit de la consommation. Analyse comparative*, op. cit., p. 37.

⁴⁰⁰ *Ibidem*.

transposition des directives en question dans un cadre national plus général, englobant aussi d'autres éléments tels que l'état de protection du consommateur avant la transposition ou les éventuels manquements au droit européen. En dépit des réserves scientifiques que l'on peut émettre concernant la méthodologie qui a été suivie pour effectuer cette analyse comparative, force est de constater que ces études permettent aux services de la Commission de prendre connaissance des différentes réglementations nationales et de s'en inspirer pour déterminer les options de politique législative de l'analyse d'impact.

Les traces de cette analyse comparative des systèmes juridiques nationaux sont d'ailleurs visibles sur l'analyse d'impact qui a accompagné la proposition de directive sur les droits des consommateurs⁴⁰¹. Le rapport présente en annexe les principaux problèmes relatifs aux droits des consommateurs⁴⁰². Il s'agit de points qui n'ont pas été touchés par la législation européenne déjà existante et ont été réglementés au niveau national de manière très diversifiée. Par exemple, au regard de l'exercice du droit de rétractation d'un contrat conclu à distance ou hors établissement commercial⁴⁰³ (question 1.7.3), l'analyse constate qu'en l'absence de disposition dans les directives 97/7/CEE⁴⁰⁴ et 85/577/CE⁴⁰⁵, certains pays – comme la France – exigent une forme écrite pour la notification au professionnel de l'exercice du droit de rétractation alors que d'autres – comme les pays scandinaves – n'imposent aucune formalité. La durée de la période de rétractation (question 1.7.1)⁴⁰⁶ constitue un autre exemple, dans la mesure où elle peut varier de 7 jours (comme en droit français) à 14 jours (comme en Allemagne ou au Danemark) voire 15 jours (en Slovénie ou à Malte).

Sur certains points, l'analyse mentionne expressément les réglementations nationales qui vont au-delà des dispositions de la directive. Tel est le cas, à titre indicatif, de la hiérarchie des recours qui sont à la disposition du consommateur en cas de non-conformité du bien avec le contrat (question 3.1)⁴⁰⁷. Si la directive

⁴⁰¹ SEC(2008)2544 du 8 octobre 2008.

⁴⁰² *Idem*, annexe I.

⁴⁰³ Point 1.7.3. "*How to exercise the right of withdrawal*", SEC(2008)2547, annexe I, p. 3.

⁴⁰⁴ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JO L 144 du 4.6.1997, p. 19–27.

⁴⁰⁵ Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JO L 372 du 31.12.1985, p. 0031 - 0033.

⁴⁰⁶ Point 1.7.1. "*Length of the cooling off period, idem*", SEC(2008)2547, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰⁷ Point 3.1 "*The order of remedies in case of lack of conformity*", *idem*, p. 5.

99/44/CE⁴⁰⁸ prévoit que le consommateur doit d'abord demander la réparation ou le remplacement du bien, elle permet aux Etats membres d'y déroger en adoptant des règles plus favorables aux consommateurs. L'analyse mentionne ainsi l'exemple de la Grèce, de la Lituanie, du Portugal et du Royaume Uni, qui ont accordé au consommateur le droit de choisir librement le recours pour lequel il peut opter ou l'ordre dans lequel il peut exercer les différents recours mis à sa disposition.

Il convient, néanmoins, de relativiser la portée de cette démarche comparative: si des dispositions précises des droits nationaux sont portées à la connaissance des services de la Commission, grâce, entre autres, à une démarche comparative délibérément effectuée, il ne s'agit pas du seul élément déterminant le contenu des normes qui seront finalement intégrées à la proposition. Le contenu final, confirmant l'influence de tel ou tel autre droit national et parfois des droits des pays tiers ou des instruments internationaux⁴⁰⁹, dépend aussi des choix politiques et des objectifs poursuivis.

En reprenant l'exemple de la proposition de directive sur les droits des consommateurs, on constate que le choix politique d'une harmonisation maximale a été dicté par la volonté de remédier à la fragmentation de la législation européenne, perçue comme une entrave au fonctionnement efficace du marché intérieur. L'objectif principal poursuivi par le législateur européen était alors « la mise en place d'un véritable marché intérieur pour les consommateurs »⁴¹⁰. Pour les consommateurs, certes, mais en passant par l'augmentation de la compétitivité des entreprises, la multiplication des échanges commerciaux transfrontaliers et le renforcement du marché intérieur. Afin de parvenir à ces objectifs, il faut jongler et trouver –ou en tout cas tenter de le faire– un équilibre entre les intérêts des consommateurs et des professionnels. Vu qu'il s'agit de normes d'harmonisation maximale, l'option d'un niveau de protection des consommateurs très élevé est incompatible avec la promotion du marché intérieur. Cela peut ainsi expliquer une influence plutôt limitée des systèmes juridiques comme celui de la France ou des pays scandinaves, plus

⁴⁰⁸ Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JO L 171* du 7.7.1999, p. 12-16.

⁴⁰⁹ V. à titre d'exemple la prise en compte de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980) pour l'élaboration de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 précitée.

⁴¹⁰ V. l'Exposé des motifs de la proposition de directive, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM(2008) 614 final, p. 2.

protecteurs pour le consommateur et en revanche une plus grande prise en considération de droits des pays comme le Royaume Uni, traditionnellement plus favorables à la liberté du marché et de la concurrence.

Paragraphe II : La voie étatique

Une fois que l'initiative législative a vu le jour, l'influence nationale sur le droit européen en création est véhiculée par le biais d'acteurs institutionnels, notamment par les parlements nationaux (1) et les représentants des Etats membres lors des négociations au sein du Conseil (2).

1. Le rôle significatif des parlements nationaux

92. Le renforcement de la place des parlements nationaux dans le processus décisionnel européen– De prime abord, l'immixtion des parlements nationaux dans le processus décisionnel européen, notamment pour la détermination du contenu des normes européennes n'est pas évidente à saisir. Les parlements nationaux ne sont, en principe, censés participer qu'indirectement à la prise de décisions européennes, à savoir par le biais du contrôle de l'activité de leurs gouvernements respectifs au sein du Conseil. En effet, l'instauration en 1979 du principe de l'élection des députés européens au suffrage universel direct « a rompu le lien organique qui unissait jusqu'alors les parlements nationaux à la construction européenne »⁴¹¹. Les parlements, dans l'ombre de leurs gouvernements, sont souvent considérés comme « les parents pauvres de la construction européenne »⁴¹². Ils interviennent simplement en aval, soit pour donner leur approbation à des actes d'importance significative, tels que la révision des traités, l'élargissement de l'Union ou la définition des ressources propres du budget européen, soit pour voter les lois de transposition des normes européennes dans les ordres juridiques nationaux.

Cependant, avec la revalorisation du parlementarisme qui a marqué la fin du 20^{ème} siècle⁴¹³, les parlements nationaux voient leur position se renforcer et leur avis de plus en plus sollicité et pris en considération par les différentes institutions de l'Union. Nous nous limiterons ici à la possibilité des parlements d'influencer une

⁴¹¹ François-Xavier PRIOLLAUD & David SIRITZKY, *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux Traités Européens (TUE-TFUE)*, Paris, La documentation française, 2008, p. 59.

⁴¹² Florence CHALTIEL, *Le processus européen de décision après le traité de Lisbonne*, 2^{ème} édition, Paris, La documentation française, 2010, p. 119.

⁴¹³ *Ibidem*.

proposition législative⁴¹⁴ déjà présentée par la Commission, afin de défendre les intérêts nationaux et de véhiculer de cette manière des influences nationales sur le droit européen.

A partir des années 1990, sur fond de questionnement généralisé sur le déficit démocratique de l'Union européenne⁴¹⁵, le débat concernant la participation des parlements nationaux au processus législatif européen fait son apparition. Dès 1989, une forme de coopération avec le Parlement européen est mise en place. Il s'agit de la Conférence interparlementaire des organes spécialisés dans les affaires communautaires (COSAC)⁴¹⁶. Depuis sa création, à Paris, par les présidents des parlements des Etats membres de la Communauté européenne, la COSAC réunit à chaque rencontre biannuelle des députés des commissions compétentes des parlements nationaux ainsi que du Parlement européen. Initialement conçue comme un forum d'échanges d'informations et de communication, elle s'est progressivement transformée en une représentation reconnue des parlements nationaux au niveau européen⁴¹⁷.

L'idée était alors de promouvoir le rôle des parlements, censés détenir une légitimité accrue en raison de leur élection directe par les citoyens. A cette légitimité vient s'ajouter l'extension des compétences de l'Union à des domaines qui, tels que la justice ou la politique étrangère, relevaient traditionnellement de la sphère de compétence nationale. Une déclaration relative au rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne est alors annexée au Traité de Maastricht dans le but « d'encourager une plus grande participation des parlements nationaux aux activités de l'Union européenne »⁴¹⁸. La déclaration prévoit l'obligation des gouvernements de

⁴¹⁴ Nous nous référons ici à des procédures législatives ordinaires. V. art. 249 TFUE qui prévoit que la procédure de codécision constitue la procédure législative ordinaire.

⁴¹⁵ Pour une analyse approfondie de la participation du parlement français à l'élaboration et l'application des normes européennes v. Didier BLANC, *Les parlements européen et français face à la fonction législative communautaire. Aspects du déficit démocratique*, Paris, L'Harmattan, 2004.

⁴¹⁶ Sur la création et le développement de la COSAC v. not. le document *Histoire de la COSAC*, préparé par le Secrétariat de la COSAC en janvier 2014, disponible sur le site internet <http://www.cosac.eu/documents/> (consulté le 10.10.2014).

⁴¹⁷ Sur les activités de la COSAC, v. le site internet du Parlement européen, http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/fr/FTU_1.3.5.pdf (consulté le 10.10.14).

⁴¹⁸ Déclaration relative au rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne : « La Conférence estime qu'il est important d'encourager une plus grande participation des parlements nationaux aux activités de l'Union européenne. Il convient à cet effet d'intensifier l'échange d'informations entre les parlements nationaux et le Parlement européen. Dans ce contexte, les gouvernements des États membres veillent, entre autres, à ce que les parlements nationaux puissent

fournir aux parlements les propositions législatives de la Commission en temps utile pour information ou pour un éventuel examen ainsi qu'une intensification des relations avec le Parlement européen, afin de faciliter l'implication des parlements nationaux dans le processus européen.

Il en résulte que la participation des parlements comprend deux volets : l'expression d'un avis à l'égard des propositions législatives présentées par la Commission d'une part ; la coopération et le dialogue avec le Parlement de Strasbourg d'autre part. On se penchera plutôt sur le premier aspect de leurs prérogatives, dans la mesure où il révèle un rôle que les parlements exercent de manière plus ou moins autonome et peut, par conséquent, démontrer une influence quasiment directe des parlements nationaux sur l'élaboration des normes européennes.

93. La consultation des parlements nationaux par les services de la Commission- Ce rôle de coopération et de consultation devient institutionnalisé par le Traité d'Amsterdam. Le protocole n°9 du Traité, sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne, dispose que tous les documents de consultation (Livres verts, Livres blancs et communications) ainsi que les propositions législatives de la Commission doivent être rapidement transmis aux parlements nationaux des États membres et en précise les modalités.

A la suite des conclusions de la XXXVI^{ème} réunion COSAC à Helsinki en 2006⁴¹⁹, il a été décidé d'encourager les parlements nationaux à jouer un contrôle simultané de subsidiarité et de proportionnalité, dans le but d'évaluer les justifications avancées par la Commission et de renforcer le contrôle prévu par le protocole du Traité d'Amsterdam⁴²⁰. Désormais, la Commission communique ses propositions législatives

disposer des propositions législatives de la Commission en temps utile pour leur information ou pour un éventuel examen. De même, la Conférence considère qu'il est important que les contacts entre les parlements nationaux et le Parlement européen soient intensifiés, notamment grâce à l'octroi de facilités réciproques appropriées et à des rencontres régulières entre parlementaires intéressés aux mêmes questions ».

⁴¹⁹ Réunion du 19-21 novembre 2006, dont les conclusions sont disponibles sur le site internet de la COSAC, <http://www.cosac.eu/finlande2006/reunion-pleniere-de-la-xxxvieme-cosac-du-19-au-21-novembre-2/> (consulté le 10.10.14).

⁴²⁰ V. les conclusions de la XXXVI^e réunion COSAC, Helsinki, 19-21 novembre 2006, 1^{er} point, <http://www.cosac.eu/finlande2006/reunion-pleniere-de-la-xxxvieme-cosac-du-19-au-21-novembre-2/> (consulté le 10.10.14).

directement aux parlements, sans passer par l'intermédiaire de leurs gouvernements, afin qu'ils puissent effectuer un contrôle de proportionnalité et de subsidiarité⁴²¹.

Les parlements nationaux ont la possibilité de soumettre un avis à la Commission concernant une proposition législative. Même si cet avis n'a aucune force contraignante pour la Commission, il constitue souvent la base d'un dialogue entre les instances nationales et européennes, dans la mesure où, dans la quasi-totalité de cas, les services de la Commission prennent le soin de répondre aux remarques faites par les parlementaires nationaux et tiennent compte de leurs points de vue. La Commission a, d'ailleurs, exprimé à plusieurs reprises sa conviction que ces échanges des vues constituent un moyen d'améliorer le processus législatif et la qualité des normes produites au niveau européen⁴²². Il va de soi que l'existence ou l'ampleur d'un avis dépend de l'importance de la proposition législative ainsi que de la compatibilité des normes proposées avec le droit national.

Ainsi, à l'occasion de la proposition de directive sur les droits des consommateurs, la Chambre des Lords britannique a pris la peine d'adresser à la Commission un rapport de 59 pages⁴²³, dans lequel elle expose de manière très détaillée toutes ses remarques et surtout ses réserves à l'égard de la proposition. Il serait, d'ailleurs, intéressant de mentionner que, à la fin de chaque chapitre correspondant à une partie de la directive, les parlementaires britanniques font part de leurs recommandations, qui reflètent, bien évidemment, leur propre droit national. On pourrait, ainsi, mentionner à titre indicatif le fameux « *right to reject* », qui se trouve au cœur du droit britannique de la consommation⁴²⁴ et qui permet au consommateur de « rejeter » la livraison des biens et de se rétracter du contrat, si les

⁴²¹ V. sur ce point, Jean-Luc SAURON & Virginie LANCERON, *L'administration nationale et l'Europe. Acteurs nationaux et décisions communautaires*, Paris, La documentation française, 2008, p. 30.

⁴²² V. à titre d'exemple la réponse de Mme. Margot Wallström, alors Vice-Présidente de la Commission, adressée à la *House of Lords* britannique, dans laquelle elle met l'accent sur « *the Commission's decision to encourage National Parliaments to react to its proposals and to improve the process of policy formulation* » (Lettre du 9 octobre 2009, C(2009)7831).

⁴²³ House of Lords, European Union Committee, 18th Report of Session 2008-09, *EU Consumers Rights Directive: getting it right*, Volume I: Report, Ordered to be printed 7 July 2009 and published 15 July 2009.

⁴²⁴ V. *Sales of Goods Act*, 1979, not. Articles 11, 18 et 30 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54> (consulté le 10.10.14).

marchandises ne correspondent pas à la description faite par le vendeur, ne sont pas d'une qualité satisfaisante ou sont impropres à l'usage auquel elles sont destinées⁴²⁵.

La réaction du Sénat français à cette même proposition de la Commission⁴²⁶ était beaucoup moins détaillée, sans référence à des dispositions particulières de la directive et avait comme objectif principal d'exposer les réserves des sénateurs français à l'égard du principe de l'harmonisation maximale, suivi par la proposition. Cependant, cette réaction plutôt réservée des sénateurs français, qui reflétait une certaine hostilité de l'Hexagone vis-à-vis de la proposition de directive, a été suivie par un rapport d'information assez analytique déposé par la commission des Affaires européennes de l'Assemblée nationale⁴²⁷. Exposant de manière détaillée les positions de la France à l'égard de l'initiative législative de la Commission, ce rapport a constitué le premier pas d'un échange entre le parlement français et le Parlement européen, et notamment de la Commission IMCO⁴²⁸, chargée de l'examen de la proposition à Strasbourg. Un premier échange de vues par vidéoconférence a été ainsi organisé le 26 février 2010 entre l'IMCO et la commission des Affaires européennes de l'Assemblée nationale, visant à renforcer le dialogue et à stimuler la réflexion à propos de la proposition de directive sur les droits des consommateurs.

Une question intéressante mais tout aussi difficile à traiter concerne la relation entre les avis des parlements nationaux et les positions des Etats membres, exprimées lors des négociations au sein du Conseil. Certes, le gouvernement d'un Etat n'est nullement lié par l'avis exprimé par ses parlementaires ; cependant, dans la grande majorité des cas, on peut remarquer qu'en pratique les opinions exprimées par les parlements nationaux sont, en quelque sorte, des précurseurs de la position que leurs gouvernements adopteront par la suite au Conseil. Cela pourrait d'ailleurs s'expliquer par le fait qu'à quelques exceptions près⁴²⁹, les gouvernements des Etats membres sont responsables devant leurs parlements et par conséquent détiennent la majorité des voix au sein des commissions des Affaires européennes, chargées

⁴²⁵ « ...under United Kingdom law where there is a breach of the implied conditions that goods comply with their description and be of satisfactory quality or fitness for the purpose, the goods can be rejected and the contract brought to an end », House of Lords, European Union Committee, 18th Report of Session 2008-09, *EU Consumers Rights Directive: getting it right*, op. cit., p. 40.

⁴²⁶ V. l'avis de la Commission des Affaires Européennes du Sénat, du 12 décembre 2008.

⁴²⁷ Rapport d'Information N°2099 du 25 novembre 2009 de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, présidée par Mme Marietta Karamanli sur les droits des consommateurs.

⁴²⁸ Commission du marché intérieur et de la protection du consommateur.

⁴²⁹ L'exemple le plus marquant est celui de Chypre.

d'exprimer les positions sur les propositions législatives présentées par la Commission.

94. La participation des parlements nationaux au processus décisionnel européen consacrée par le Traité de Lisbonne– Ce renforcement du rôle des parlements nationaux est conforme à l'esprit et aux mécanismes consacrés par le Traité de Lisbonne. Pour la première fois, la contribution des parlements nationaux au fonctionnement de l'Union est prévue par l'article 12 TUE⁴³⁰, auquel s'ajoutent deux protocoles⁴³¹, qui prévoient les modalités de la participation des parlementaires nationaux au processus décisionnel européen. Outre le droit d'information qui ressort renforcé, la participation des parlements au processus décisionnel est accrue concernant à la fois le contrôle de l'application du principe de subsidiarité lors de l'élaboration des normes européennes et la révision simplifiée des Traités.

Ces échanges avec les parlements nationaux permettent ainsi aux services de la Commission d'avoir un premier retour sur une proposition législative et de penser éventuellement à des modifications mais aussi d'anticiper les réactions des Etats membres lors des discussions au Conseil et au Parlement européens. Ils constituent alors –ne serait-ce qu'indirectement– une voie d'influence non négligeable des droits nationaux sur le droit européen.

⁴³⁰ Cet article dispose que : « Les parlements nationaux contribuent activement au bon fonctionnement de l'Union : a) en étant informés par les institutions de l'Union et en recevant notification des projets d'actes législatifs européens conformément au protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ; b) en veillant au respect du principe de subsidiarité conformément aux procédures prévues par le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ; c) en participant, dans le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, aux mécanismes d'évaluation de la mise en œuvre des politiques de l'Union dans cet espace, conformément à l'article 70 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et en étant associés au contrôle politique d'Europol et à l'évaluation des activités d'Eurojust, conformément aux articles 88 et 85 dudit traité ; d) en prenant part aux procédures de révision des traités, conformément à l'article 48 du présent traité ; e) en étant informés des demandes d'adhésion à l'Union conformément à l'article 49 du présent traité ; f) en participant à la coopération interparlementaire entre parlements nationaux et avec le Parlement européen, conformément au protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ».

⁴³¹ Protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne ainsi que Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexés au Traité de Lisbonne.

2. Les négociations au sein du Conseil

95. L'organisation des négociations au sein du Conseil– Les négociations entre les Etats membres au sein des groupes de travail du Conseil⁴³² constituent sans nul doute une des étapes les plus fascinantes de l'élaboration des normes européennes et en même temps les plus intéressantes du point de vue des influences nationales et de l'osmose de droits. Le Conseil présente, en effet, de par sa nature, la particularité d'être doté des compétences à la fois législatives et exécutives. Dans le cadre de la procédure de codécision –désormais la procédure législative ordinaire– le Conseil est amené à statuer sur les projets législatifs présentés par la Commission.

96. Les négociations au sein des groupes de travail du Conseil– Les négociations au sein du Conseil se déroulent, en pratique, sur trois niveaux : les groupes de travail, réunissant les délégations nationales des Etats membres auxquelles participent parfois des experts nationaux, le Comité des représentants permanents (Coreper), réunissant les représentants permanents (Coreper II) ou leurs adjoints (Coreper I) et enfin le Conseil des ministres. Il va de soi que plus le niveau hiérarchique des représentants nationaux est élevé, plus le dialogue et la nature des négociations deviennent politiques et moins il y a de marge de manœuvre pour une vraie discussion sur des points techniques et purement juridiques. Les Etats membres ont alors intérêt à tenter de trouver des compromis et des accords sur les textes proposés au sein des groupes de travail, qui deviennent, ainsi, le théâtre de tous les rapports de force, des influences et des alliances, des négociations, voire des « marchandages » entre les Etats membres. Chaque administration nationale a ainsi intérêt à bien analyser à la fois l'état de son propre droit national et ses demandes pour « pouvoir ensuite les "vendre" au niveau communautaire »⁴³³. Cela explique

⁴³² Selon Monsieur Jean-Luc Sauron, la fonction de négociation « recouvre l'ensemble des opérations, à la charge de l'administration de chacun des Etats membres, visant à faire prendre en compte, dans le texte communautaire, *le maximum de thèses ou d'intérêts nationaux possibles* » (nous soulignons), Jean-Luc SAURON, « Les réseaux d'administrations communautaires et nationales » in Jean-Bernard AUBY & Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 283-297, p. 284.

⁴³³ Jean-Luc SAURON, « Les réseaux d'administrations communautaires et nationales » *op.cit.*, not. p. 285.

pourquoi les groupes de travail au sein du Conseil présentent un intérêt particulier pour les influences nationales sur le droit européen.

Toutefois, les négociations au sein du Conseil des ministres peuvent également être intéressantes, dans la mesure où elles peuvent révéler les positions plus générales des Etats membres en faveur ou en défaveur d'une initiative législative européenne. Ainsi, il n'est pas rare que des Etats membres incitent les instances européennes à légiférer à propos de questions qui sont problématiques, à cause du caractère complexe ou politiquement sensible de celles-ci, au niveau du droit national. Telle a été, par exemple, la question des actions collectives exercées par les associations de défense des consommateurs, sur laquelle la France peinait, pendant longtemps à légiférer⁴³⁴. Jean Arthuis, alors secrétaire d'Etat chargé de la consommation et de la concurrence, après avoir étudié les différents projets concernant l'introduction en France de l'action en groupe, a « finalement pensé que ce dossier devait être traité au niveau européen »⁴³⁵. Il a ainsi déclaré devant le Sénat : « Vous savez que j'en ai saisi les instances communautaires lors du Conseil des ministres de la consommation du 7 avril 1987 pour *éviter qu'une telle innovation, aux effets difficilement mesurables, ne soit réservée en France, plaçant ainsi les entreprises françaises en situation défavorable* par rapport à leurs concurrentes étrangères »⁴³⁶.

Par ailleurs, la complexité de la matière visée par le projet législatif mais aussi la diversité des systèmes juridiques nationaux constituent des facteurs déterminants de la longueur ainsi que du contenu des négociations au sein des groupes de travail du Conseil. Le texte de la proposition présenté par la Commission constitue le point de départ et la base des négociations, dont le déroulement est organisé par l'Etat qui assure la présidence tournante.

On tentera de cerner successivement le rôle de deux acteurs-clés pour véhiculer des influences nationales: d'une part celui de la présidence et, d'autre part, celui des délégations nationales participant aux négociations. La décortication de la technique des procédures législatives européennes s'avère indispensable à cet égard.

⁴³⁴ Sur cette question v. infra sous n° 270 et s.

⁴³⁵ Louis BORE, « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995, p. 267-271, not. p. 267.

⁴³⁶ *JO Sénat Compte Rendu*, séance du 10 décembre 1987, p. 5225, cité par Louis BORE, « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *idem.* (nous soulignons).

97. Le rôle de la présidence du Conseil- La présidence peut jouer un rôle primordial, tant pour le déroulement fructueux des négociations que, indirectement, pour la détermination du contenu des normes adoptées. Concrètement, le pays qui assure la présidence est chargé non seulement de la coordination administrative des négociations mais aussi, et surtout, de la recherche d'un compromis. Il va de soi que la présidence a intérêt à présenter des résultats concrets et laisser l'impression qu'elle a contribué au progrès des négociations à la fin de son mandat. Par conséquent, plus on avance vers la fin du mandat, plus les pressions exercées par la présidence pour arriver à un compromis s'intensifient.

On remarque deux voies différentes que la présidence peut emprunter et qui servent de passerelle entre les droits nationaux et le droit européen naissant. Il s'agit des propositions présentées aux délégations nationales ainsi que de la technique dite des notes de bas de page, appelées dans le jargon européen des « *footnotes* ».

98. Les propositions présentées par la présidence aux délégations nationales- Les propositions sont, en effet, de nouveaux documents de compromis, censés refléter les négociations qui ont déjà eu lieu et qui constitueront la nouvelle base de négociations, en remplaçant, en quelque sorte, le texte initialement présenté par la Commission. Ces documents peuvent être d'une importance cruciale et donner une autre tournure aux négociations. A travers ces documents, la présidence, en quête de compromis, a la possibilité de mettre en valeur des solutions inspirées soit de son propre droit soit d'autres droits nationaux.

99. La technique de « notes de bas de page »- La technique dite des *footnotes* constitue la deuxième voie que la présidence peut emprunter, notamment lorsqu'elle estime que les discussions sont assez avancées ou qu'elle souhaite passer à la vitesse supérieure en mettant la pression sur les Etats pour qu'ils expriment leurs positions définitives. Lors de cette étape, la présidence invite les Etats à exposer toutes leurs objections ou réserves sur chaque article de la proposition, en précisant que le silence vaut acceptation. Les objections sont ensuite inscrites en notes de bas de page sous chaque article, ce qui permet d'avoir une vision plus claire sur les points de désaccord. La présidence tente ensuite de négocier avec les Etats pour qu'ils retirent un maximum de réserves. Là encore, un compromis ou plutôt un marchandage doit être effectué pour qu'un Etat retire ses réserves, souvent en

échange d'une modification qui lui est convenable sur une autre disposition de la proposition législative.

Certes, la présidence est officiellement présumée neutre ; toutefois, en pratique, son rôle dépasse largement celui d'un secrétariat qui rédige uniquement les minutes des réunions des groupes de travail. La manière dont elle mène les négociations et surtout les propositions qu'elle présente, reflètent non seulement les positions nationales déjà exprimées mais aussi, expressément ou implicitement, ses propres positions et les influences de son propre droit national. On pourrait évoquer⁴³⁷ l'exemple des négociations menées à propos de la proposition de directive sur les droits des consommateurs⁴³⁸, sur lesquelles la présidence espagnole⁴³⁹ avait évité tout au long de son mandat la discussion du Chapitre V de la proposition, portant sur les clauses abusives. Même si elle devait logiquement le traiter, dans la mesure où les négociations sous la présidence suédoise⁴⁴⁰ se sont arrêtées à la fin du Chapitre III, la délégation espagnole a préféré remettre à zéro la discussion des Chapitres, essentiellement à cause de son opposition à la réglementation des clauses abusives consacrée par le texte de la Commission. En effet, comme le droit espagnol consacre des listes très longues et détaillées de clauses abusives noires et grises, la délégation espagnole était, dès le début des négociations, fermement opposée à l'adoption d'une liste unique, exhaustive et assez restrictive, comme celle prévue par les annexes II et III de la proposition.

100. La rôle des délégations nationales- Si la présidence peut influencer indirectement la tournure des négociations et, partant, véhiculer des influences nationales, il n'en demeure pas moins que le rôle le plus important concernant les influences des droits nationaux lors des négociations au Conseil est joué par les délégations nationales. Leur objectif consiste, en effet, à promouvoir des solutions issues de leur propre système juridique ou influencées par lui, ainsi qu'à rechercher

⁴³⁷ La confidentialité des négociations qui, au moment où la recherche sur ces questions a été menée à Bruxelles (2009-2010), étaient en cours, ne nous a pas permis de donner de références plus complètes.

⁴³⁸ Proposition de directive, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM(2008) 614 final.

⁴³⁹ L'Espagne a assuré la présidence tournante de l'Union européenne pendant le 1^{er} semestre de l'année 2010.

⁴⁴⁰ La Suède a assuré la présidence tournante de l'Union européenne pendant le 2nd semestre de l'année 2009.

des alliances parmi les autres Etats membres. « Bon nombre des réticences exprimées par telle ou telle délégation sont attribuables au souci de ne pas voir l'adoption de cette directive provoquer trop de modifications dans leur droit national ou entraîner trop d'obligations nouvelles en matière de contrôle pour les Etats membres » lit-on ainsi dans une note du Conseil⁴⁴¹. Cette étape révèle ainsi le compromis vivant qui caractérise toute l'élaboration des normes européennes. Des alliances peuvent se former entre les Etats, soit à cause de la parenté ou de la similarité entre leurs systèmes juridiques soit à cause de leurs intérêts communs ponctuels. Ainsi, l'Allemagne s'allie souvent avec l'Autriche, dans la mesure où leurs cultures juridiques sont assez similaires; de l'autre côté, lors des négociations sur la proposition de directive concernant les consommateurs, les positions du Luxembourg étaient sur la même longueur d'onde que celles de la Lettonie, alors qu'aucune parenté ou similitude ne lie leurs systèmes juridiques. Les raisons de cet alignement sont à chercher dans le fait que les intérêts des deux pays concernant le fonctionnement du marché intérieur étaient quasi-identiques: étant tous deux des petits pays qui voudraient tirer profit des transactions transfrontalières, ils ont soutenu une harmonisation maximale des règles concernant la protection du consommateur dans le but de promouvoir les échanges commerciaux, la compétitivité des entreprises et la libre concurrence.

101. L'influence nationale par le biais de « non-papers »– Outre les techniques de négociations diplomatiques, les délégations nationales disposent d'un outil considérable afin de renforcer leur place et convaincre les autres Etats d'adopter leurs arguments: il s'agit des documents appelés des *non-papers*. Ce sont des textes informels qui ont la valeur d'une note verbale –et dénués par conséquent de toute force contraignante– et exposent les arguments ou les propositions juridiques de l'Etat qui les présente. En effet, si un Etat s'aperçoit au cours des négociations qu'un de ses arguments pourrait éventuellement être favorablement accueilli par les autres délégations, il peut proposer de leur communiquer un *non-paper* pour expliquer de

⁴⁴¹ Conseil, Note introductive de préparation de la session du Conseil «Consommateurs» du 15 octobre 1991, Proposition de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 8384/91 du 1er octobre 1991, p. 3.

manière plus approfondie le bien fondé de sa position ainsi que son utilité tant pour l'amélioration de la proposition législative que pour l'avancement des négociations.

L'intérêt de ces documents réside aussi dans le fait que, lors de cette démarche, les Etats se trouvent –du moins du point de vue des influences nationales– sur un pied d'égalité. Cela signifie qu'un « grand » pays, doté d'une tradition juridique forte, n'a pas plus de chances d'influencer la proposition qu'un Etat dont le système juridique n'a pas le même rayonnement. Au contraire, une proposition venant de la France ou du Royaume Uni est souvent susceptible de provoquer plus de réactions hostiles de la part des autres Etats membres qu'une proposition de la Slovénie ou de Malte.

Les *non-papers* constituent alors pour chaque Etat une manière de promouvoir, voire d'« exporter » son propre droit national, mais aussi un outil de négociation considérable. Les autres délégations ont ainsi le temps de bien étudier les arguments avancés en dehors du temps limité des réunions et de les soumettre à leurs autorités nationales pour avoir des instructions. Dans le cas où le *non-paper* a un retour favorable, il peut ensuite constituer une nouvelle base de dialogue entre les Etats et être repris par la présidence. On peut mentionner à titre d'exemple⁴⁴² le *non-paper* présenté par le Royaume Uni à propos de la proposition de directive sur les droits des consommateurs qui exposait les arguments pour le maintien du droit de rejet (*right to reject*⁴⁴³), ce qui était en principe contradictoire avec le caractère maximal de l'harmonisation visée par la proposition, ou encore celui de la France concernant le système des vices cachés. Tous les deux visaient à promouvoir les intérêts juridiques de chaque pays et les positions exprimées ont été prises en considération tant par la Commission que par le texte de compromis présenté par la présidence. Ainsi, il n'est pas rare que des impasses dans les négociations soient surmontées grâce à des propositions exposées dans un *non-paper*. Dans le cas d'espèce concernant les négociations sur la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, les réactions des délégations ainsi que des parlements nationaux ci-dessus mentionnés ont porté leurs fruits. En effet, la partie de la proposition de la Commission portant sur la conformité du bien vendu aux

⁴⁴² La confidentialité des négociations qui, au moment où la recherche sur ces questions a été menée (2009-2010) étaient en cours, ne nous a pas permis de donner de références plus complètes.

⁴⁴³ V. *supra* ° 92 et s.

stipulations contractuelles⁴⁴⁴, qui faisait l'objet des oppositions susmentionnées, a été retirée des négociations et, par conséquent, du texte de la directive finalement adoptée⁴⁴⁵.

⁴⁴⁴ V. les articles 24 et s. de la proposition de directive, COM(2008)614 final, *op. cit.*

⁴⁴⁵ V. Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* L 304 du 22.11.2011, p. 64–88.

SECTION 2 : LA PRISE EN COMPTE DU DROIT NATIONAL PAR LE BIAIS DE LA PARTICIPATION DES ACTEURS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE

102. La société civile au niveau européen- Si les acteurs institutionnels constituent la voie directe d'influence nationale, une autre voie, indirecte mais tout aussi importante, peut être empruntée et servir de passerelle entre les droits nationaux et le droit européen : il s'agit de la participation des acteurs de la société civile qui, à travers des processus plus ou moins institutionnalisés, peuvent être porteurs de droits nationaux.

Depuis de la fin des années 1980, la société civile, c'est-à-dire l'auto-organisation de la société en dehors du cadre étatique ou commercial, monte en puissance en termes non seulement de taille mais aussi de capacité et d'influence. Cet essor, résultat de la mondialisation et intimement lié à la gouvernance démocratique, a entraîné un bouleversement significatif du partage des pouvoirs entre l'Etat et la société. Selon le *Livre blanc de la gouvernance de l'Union européenne*⁴⁴⁶ « la société civile regroupe notamment les organisations syndicales et patronales, les organisations non gouvernementales, les associations professionnelles, les organisations caritatives, les organisations de base, les organisations qui impliquent les citoyens dans la vie locale et municipale, avec une contribution spécifique des Églises et communautés religieuses ».

103. La consécration de la participation de la société civile au processus décisionnel européen- Le rôle de la société civile dépasse les frontières nationales et se développe aussi au niveau multinational (européen ou international). Au niveau européen, la société civile acquiert un rôle de plus en plus considérable dans la mise en œuvre des politiques de l'Union et devient ainsi un interlocuteur important des institutions de l'Union, mise souvent sur un pied d'égalité avec les Etats membres. Tel qu'il est formulé, le nouvel article 11§2 du TUE est significatif à cet égard : « *Les institutions entretiennent un dialogue ouvert, transparent et régulier avec les*

⁴⁴⁶ Livre blanc de la gouvernance de l'Union européenne, COM (2001) 428 final du 25.07.2001

institutions représentatives et la société civile ». Il est d'ailleurs corroboré par l'article 15§1 TFUE se référant au principe d'ouverture des institutions à la société civile⁴⁴⁷.

104. L'émergence du dialogue civil à côté du dialogue social- « La participation et la consultation sont devenues les nouveaux mots à la mode » remarque Monsieur Derk-Jan Eppink⁴⁴⁸ pour montrer que la manière dont on concevait auparavant l'élaboration des normes au niveau européen a drastiquement changé. A côté des acteurs législatifs traditionnels, une pléthore d'acteurs privés participe et influence directement ou indirectement le processus de production des règles européennes. « Le processus décisionnel baigne désormais dans un marché d'influence où valeurs et intérêts des acteurs publics comme privés s'affrontent ou se fécondent »⁴⁴⁹. En commençant par les partenaires sociaux et les associations de défense des consommateurs et en terminant par les ONG et par les entreprises individuelles, cet ensemble assez hétéroclite d'influences a modifié le paysage institutionnel bruxellois, tout en créant un nouveau type de professionnels qui fait souvent peur aux juristes: les lobbyistes. Chargé de défendre ces intérêts privés, le lobbying européen est en perpétuelle mutation⁴⁵⁰ en s'adaptant au fil des années à l'élargissement de l'Union, la prolifération des acteurs et la différenciation des intérêts représentés.

Il est difficile de cerner avec précision, dans cet ensemble hétéroclite d'acteurs, ceux qui sont concernés par le terme « société civile » employé par l'article 11 §2 TUE. Etant donné que le dialogue social européen existait bien avant la consécration du dialogue avec la société civile, et est d'ailleurs, régi par des articles spécifiques du Traité⁴⁵¹, il semblerait que ce qu'on appelle « le dialogue civil » soit venu s'ajouter au dialogue social déjà existant⁴⁵². Cela ne signifie pas pour autant que les partenaires

⁴⁴⁷ L'article 15§1 dispose qu'« afin de promouvoir une bonne gouvernance et d'assurer la participation de la société civile, les institutions, organes et organismes de l'Union œuvrent dans le plus grand respect possible du principe d'ouverture ».

⁴⁴⁸ "Participation and consultation became the new buzz words" (traduction libre) Derk-Jan EPPINK, *Life of a European Mandarin. Inside the Commission*, op. cit., p. 33.

⁴⁴⁹ Christian MASSET, préface du livre de Stéphane DESSLAS, *Un lobbying professionnel à visage découvert. Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles*, Condé-sur-Noireau, édition du Palio, 2007, p. 9.

⁴⁵⁰ Terme emprunté à Daniel GUEGUEN, *Lobbying Européen*, Bruxelles, Europolitique-LGDJ, 2007, p. 13.

⁴⁵¹ V. les articles 151 à 156 TFUE.

⁴⁵² Ismaël OMARJEE, « Du traité de Rome au traité de Lisbonne : place de la société civile dans la construction européenne » in Nicole KERSCHEN, Monique LEGRAND & Michel MESSU (dir), *La symphonie discordante de l'Europe sociale*, Paris, édition de l'aube, 2013, p. 38-51, not. p.48-51.

sociaux ne font pas partie de la société civile au sens large du terme. Simplement, le dialogue social européen, en tant que forme la plus élaborée d'expression des intérêts privés face aux institutions européennes, est souvent traité séparément du dialogue civil, notamment à cause de sa principale différence par rapport à ce dernier, à savoir le pouvoir normatif des partenaires sociaux européens⁴⁵³. D'ailleurs, l'article 300 §2 TFUE peut être lu en ce sens : il se réfère ainsi aux « représentants des organisations d'employeurs, de salariés et d'autres acteurs représentatifs de la société civile »⁴⁵⁴. Il en résulte un traitement particulier accordé au dialogue social et aux partenaires sociaux par rapport aux autres organisations représentatives de la société civile, sans pour autant les exclure de la notion de société civile. L'utilisation du terme « autres » plaide, à notre avis, en faveur d'une telle interprétation⁴⁵⁵.

En ce qui concerne les contrats conclus par le consommateur et le travailleur, auxquels on limitera notre regard sur la société civile européenne, les acteurs jouant les rôles les plus importants sont sans doute les partenaires sociaux, à travers le dialogue social, et les associations de défense des consommateurs ainsi que les autres associations ou autres organisations de défense d'intérêts privés, à travers le dialogue social. Nous mettrons ainsi l'accent à titre principal sur la société civile qui s'exprime à travers des instances de représentation, en utilisant à cet égard le terme « société civile organisée » employé par le Traité de Nice⁴⁵⁶, et uniquement à titre accessoire aux autres formes d'expression des intérêts privés, qu'on appelle des parties prenantes (*stakeholders*). On examinera ainsi comment ces acteurs privés participent désormais de manière significative à la création du droit européen. C'est une forme d'acceptation de la défense des intérêts privés auxquels l'Union européenne accorde une place considérable tout en essayant de les canaliser.

⁴⁵³ V. également en ce sens, Ismaël OMARJEE, «Du traité de Rome au traité de Lisbonne : place de la société civile dans la construction européenne», *op. cit.*, not. p. 43 et 51.

⁴⁵⁴ Cet article porte sur le Comité économique et social européen (nous soulignons).

⁴⁵⁵ V. cependant Ismaël OMARJEE, «Du traité de Rome au traité de Lisbonne: place de la société civile dans la construction européenne», *op. cit.*, not. p. 43, où l'auteur considère qu'« une distinction semble être opérée entre les organisations s'employeurs et de salariés d'une part, et la société civile d'autre part, ce qui conduit *a priori* à ne pas inclure ces organisations au sein de la société civile ».

⁴⁵⁶ V. l'article 257 TCE, adopté par le Traité de Nice.

Si le rôle croissant confié à la société civile européenne ne fait aucun doute (*Paragraphe I*) la question qui se pose est celle de savoir si et dans quelle mesure ces acteurs privés peuvent véhiculer des influences nationales (*Paragraphe II*).

Paragraphe I: Le rôle privilégié accordé à la société civile au sein du processus décisionnel européen

Initialement développée au niveau national, l'action de la société civile a été étendue au niveau européen, où elle a connu un essor particulier (1). En effet, en quête de légitimité et de rapprochement des citoyens, l'Union a institutionnalisé le rôle de certains acteurs de la société civile, qui sont devenus des interlocuteurs privilégiés des instances européennes (2).

1. La participation de la société civile à la création du droit européen: une source de légitimité européenne d'origine nationale

105. La société civile, un concept né au niveau national– L'utilisation du terme « société civile » ne constitue pas une innovation. On la retrouve dans le vocabulaire de la philosophie politique dès le 17^{ème} siècle, pour ne pas remonter à l'Antiquité⁴⁵⁷ ou Cicéron qui définissait la *societas civilis* comme la communauté politiquement et juridiquement organisée⁴⁵⁸. Des penseurs comme Hobbes⁴⁵⁹, Locke⁴⁶⁰, Tocqueville⁴⁶¹, Hegel⁴⁶² ou Gramsci⁴⁶³ ont ainsi utilisé le concept de société civile dans le cadre de réflexions idéologiquement, socialement et politiquement marquées⁴⁶⁴. La notion a ainsi connu des mutations considérables pour devenir

⁴⁵⁷ Aristote estime ainsi dans les *Politiques* que la Cité (Polis) est tout d'abord une *koinonia politike* (*κοινωνία πολιτική*), une sorte de communauté, de société politique. « *Puisque toute polis, nous le voyons en effet, est une certaine koinonia (κοινωνία τινά); et que (nous voyons que) toute koinonia est instituée en vue d'un certain bien (car dans toutes leurs actions tous les hommes agissent en vue de ce qui leur semble être bien), il est d'une part évident que toutes les koinoniai ont en vue un certain bien, et que, d'autre part et avant tout, c'est, de tous les biens, le bien le plus normal (κυριοτάτου) que vise la koinonia la plus normale (κυριοτάτη) et qui enveloppe toutes les autres. Cette koinonia est celle que l'on appelle polis, c'est-à-dire une koinonia politique* », écrit-il. *Les Politiques*, I, 1252, al. 7.

⁴⁵⁸ CICÉRON, *De Officiis*, I, 17.

⁴⁵⁹ Thomas HOBBS, *Léviathan*, (1651), Paris, Gallimard, 2000.

⁴⁶⁰ John LOCKE, *Second Treatise on Civil Society*, (1690), Great Books in Philosophy Series, New York, Prometheus Books, 1986.

⁴⁶¹ Alexis TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, (1835) Paris, Gallimard, 1992.

⁴⁶² Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, (1821), Paris, GF Flammarion, 1999.

⁴⁶³ *Gramsci dans le texte, De l'avant aux derniers écrits de prison (1916-1935)*. Recueil de textes réalisé sous la direction de François Ricci en collaboration avec Jean Bramant, Paris, Éditions sociales, 1975.

⁴⁶⁴ François RANGEON, "Société civile: Histoire d'un mot", in CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *La société civile* (ouvrage collectif), Paris, PUF, 1986, p. 9-32, not. p. 9 et 10.

finalement un passe-partout politiquement correct, sans contenu fixe⁴⁶⁵, à tel point que certains auteurs estiment qu'elle ne fonctionne plus comme un concept mais comme un mythe⁴⁶⁶, ou comme un gadget, voire un prêt-à-penser intellectuel⁴⁶⁷. « Devenue l'étiquette de toutes sortes de marchandises, ou parfois même le label du vide, « société civile » forme un lieu commun où les commodités d'un mot de passe permettent de parler sans savoir ce que l'on dit, ce qui évite de trop se disputer » commente non sans ironie Monsieur Dominique Colas⁴⁶⁸.

Jusqu'au 20^{ème} siècle, la société civile était utilisée pour décrire des phénomènes et des osmose au niveau national⁴⁶⁹. Dans ce cadre, le principal clivage idéologique portait sur le caractère complémentaire ou exclusif de la relation entre la société civile et l'Etat dans lequel elle agissait⁴⁷⁰. Ce n'est que récemment, à partir de la fin du 20^{ème} siècle, que la notion civile connut une « véritable métamorphose »⁴⁷¹ : plutôt que de décrire le rôle de la société civile à l'échelle de l'Etat, la réflexion politique s'est désormais penchée sur le caractère transnational ou supranational que celle-ci commença à acquérir, dépassant le cadre des frontières nationales⁴⁷².

⁴⁶⁵ « Sans contenu fixe, la société civile prend sens à travers les aléas de son histoire, une histoire qui est l'objet d'une réappropriation et d'une réévaluation permanentes dans la mesure où elle est un des enjeux du débat politique actuel », François RANGEON, « Société civile : Histoire d'un mot », *op. cit.*, p. 32.

⁴⁶⁶ *Idem*, not. p. 29. V. aussi pour la question du « mythe » de la société civile, Omar ENCARNACION, *The myth of civil society: Social capital and democratic consolidation in Spain and Brazil*, New York, Palgrave Macmillan, 2003.

⁴⁶⁷ « on peut se demander si loin d'être la pierre philosophale, le Sésame capable tout à la fois d'ouvrir les portes d'une nouvelle culture politique et de faire accéder à une connaissance renouvelée du monde qui nous entoure, la société civile ne serait pas plutôt un de ces avatars du prêt-à-penser intellectuel, dans lequel l'effet de mode l'emporte sur la pertinence théorique - quelque chose de l'ordre du gadget plutôt que du concept. » Danièle LOCHAK, « La société civile : du concept au gadget », in CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *La société civile* (ouvrage collectif), Paris, PUF, 1986, p. 44-75, not. p. 44 et 45.

⁴⁶⁸ Dominique COLAS, *Le Glaive et le fléau : Généalogie de la société civile et du fanatisme*, Paris, édition Grasset, 1992, p. 44.

⁴⁶⁹ Pour une analyse synthétique de la genèse et l'évolution du concept de la société civile, v. parmi d'autres, Gautier PIROTTE, *La notion de société civile*, Paris, La Découverte, 2007, not. p. 7-32.

⁴⁷⁰ « Etat et société civile forment en effet dans l'imaginaire collectif un couple, dont les éléments sont indissociables; chacun apparaît comme le négatif de l'autre : de même qu'en traitant de l'Etat c'est la société civile qu'on aperçoit en filigrane, de même en évoquant la société civile c'est aussi de l'Etat qu'il est question – en creux » remarque Monsieur Jacques Chevallier. Jacques CHEVALLIER, « Présentation » in CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE *La société civile* (ouvrage collectif), Paris, PUF, 1986, p. 1-2. V. aussi Pierre-Marie DUPUY, « Le concept de société civile internationale, identification et genèse » in Habib GHERARI & Sandra SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Actes du colloque des 2-3 mars 2001, Paris, LGDJ, 2003, p. 5-18.

⁴⁷¹ François RANGEON, « Société civile: Histoire d'un mot », *op. cit.*, p. 27.

⁴⁷² V. à titre d'exemple Ulrich BECK, *What is globalization*, Cambridge, Polity Press, 2000. L'auteur fut un des premiers qui ont parlé d'une société civile transnationale.

D'ailleurs, son rôle est loin d'être « une novation européenne » mais présente un caractère beaucoup plus international⁴⁷³.

106. La société civile européenne, un ensemble hétéroclite– La société civile européenne peut, alors, être conçue comme un ensemble d'institutions supranationales et de réseaux transnationaux qui défendent des intérêts privés tout en participant activement tant à la production qu'à l'application des normes européennes⁴⁷⁴. Cette notion regroupe actuellement un large éventail d'acteurs⁴⁷⁵ qui n'ont ni le même niveau d'organisation, ni le même poids ou pouvoir d'influence. Leur point commun consiste, en effet, en leur ambition de porter la voix des citoyens européens. Toutefois, comme on a pu noter, une distinction d'ampleur et d'importance est souvent opérée entre le dialogue mené par les partenaires sociaux européens et le dialogue civil.

107. L'implication de la société civile au niveau national– Si la société civile a connu une transformation et un essor considérables au niveau européen, les institutions européennes ne sauraient s'attribuer l'invention de la pratique de la participation d'acteurs privés à l'élaboration et l'application des normes, qui plonge ses racines dans les traditions juridiques nationales. Ainsi, comme on l'a pu évoquer lors de l'examen du droit national⁴⁷⁶, la participation des intérêts privés à la prise des décisions et à l'élaboration des normes est bien connue au niveau national, notamment à travers le dialogue social. Il n'est pas, d'ailleurs, sans signification de se remémorer que les premiers acteurs privés organisés, dès 1957⁴⁷⁷, au niveau

⁴⁷³ Nicole KERSCHEN, Monique LEGRAND & Michel MESSU (dir), «Introduction» in Nicole KERSCHEN, Monique LEGRAND & Michel MESSU (dir), *La symphonie discordante de l'Europe sociale, op. cit.*, p. 11-12.

⁴⁷⁴ V. aussi la définition donnée par Jacques Delors, selon laquelle la société civile est constituée «des institutions plus ou moins formalisées sur une base volontaire qui sont structurées par le droit et qui ont un lien de formation de la volonté collective et de représentation des citoyens», Jacques DELORS, discours introductif aux débats de la première Convention du CES européen, COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, *La société civile organisée au niveau européen. Actes de la première Convention, Bruxelles, 15 et 16 octobre 1999*, Bruxelles, 2000, p. 81.

⁴⁷⁵ V. à propos de cette multitude d'acteurs la remarque de Madame Nancy Bermeo: « Civil society, for me, is a short-hand term for the vast network of associational life that lies between the individual political actor and the state ». Nancy BERMEO, "Civil society after democracy: some conclusions" in Nancy BERMEO & Philip NORD (eds.), *Civil Society before democracy. Lessons from Nineteenth-Century Europe*, Oxford-New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, p. 237-244, p. 238.

⁴⁷⁶ V. *supra*, sous n° 12 et s.

⁴⁷⁷ Il s'agissait à l'époque de l'Organisation régionale européenne (ORE) qui regroupait les syndicats interprofessionnels des six affiliés à la Confédération internationale des syndicats libres (CISL). En

européen furent les partenaires sociaux. « Une caractéristique essentielle commune à ces acteurs de la société civile organisée au niveau européen est leur fonction de médiateur calquée sur le niveau national » remarque Madame Béatrice Rangoni-Machiavelli, Présidente du Comité économique et social européen⁴⁷⁸. Un des principaux terrains d'action de la société civile sur le plan national étant le dialogue social, les partenaires sociaux européens ont ensuite « introduit leurs stratégies de communication nationales dans une procédure de négociation institutionnalisée au niveau européen »⁴⁷⁹. Le rôle confié à la société civile, en l'occurrence aux partenaires sociaux et, en second lieu, aux associations de défense des consommateurs, puise ainsi son fondement dans une vieille tradition qui s'est affirmée au niveau national⁴⁸⁰ et constitue une des caractéristiques nationales de la construction européenne et une de ses particularités par rapport aux autres organisations internationales⁴⁸¹.

108. Les finalités particulières de l'action de la société civile européenne– Cette origine nationale de la participation des acteurs de la société civile à la production normative ne signifie pas pour autant que les finalités et les fonctions de la société civile européenne sont identiques à celles poursuivies au niveau national. Ainsi, si l'essor de la société civile au niveau national fut progressif et justifié par les besoins pragmatiques d'un milieu socioprofessionnel et le maintien de la paix sociale, l'émergence de la société civile européenne a été plus spectaculaire. S'inscrivant « dans un nouveau référentiel ou paradigme plus favorable aux associations »⁴⁸², que l'Europe connaît à partir de la fin des années 1970, elle a été

avril 1969, au cours du Congrès de la Haye, la Confédération européenne des syndicats libres, précurseur de la CES, vit le jour. Pour un exposé détaillé de l'organisation syndicale au niveau européen, v. Georges DEBUNNE, « Dès la Communauté européenne du charbon et de l'acier, les syndicats s'organisent pour créer en 1973 la Confédération européenne des syndicats » in Jean-Claude BOUAL (dir.), *Vers une société civile européenne*, La Tour d'Aigues, éditions de l'aube/SECPB, 1999, p. 55-87.

⁴⁷⁸ COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, *La société civile organisée au niveau européen. Actes de la première Convention, Bruxelles, 15 et 16 octobre 1999*, op. cit., p. 23.

⁴⁷⁹ V. Béatrice RANGONI-MACHIAVELLI, *ibidem*.

⁴⁸⁰ Bernard BOSSU, « Harmonisation européenne et contrat de travail », in Christophe JAMIN & Denis MAZEAUD (dir.) *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 104.

⁴⁸¹ Sur l'émergence et le rôle de la société civile au niveau international et notamment sur sa participation à l'élaboration du droit international, v. parmi d'autres, Sandra SZUREK, « La société civile internationale et l'élaboration du droit international » in Habib GHERARI & Sandra SZUREK (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Actes du colloque des 2-3 mars 2001, op. cit., p. 49-75, not. p. 67 s.

⁴⁸² Rosa SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, Paris, Dalloz, 2007, p. 300.

principalement conçue comme une réponse au déficit démocratique dont souffraient –et continuent d’ailleurs de souffrir– les institutions de l’Union.

109. L’action de la société civile européenne, une réponse au déficit démocratique des institutions européennes– En effet, les institutions européennes sont souvent critiquées pour leur éloignement vis-à-vis des citoyens et de la réalité sociale au niveau national. « L’Union européenne connaît une sérieuse crise de confiance », déclare le président du Comité économique et social européen Roger Briesch lors d’une conférence sur la démocratie participative et la Constitution européenne en 2004, ajoutant aussitôt: « oui, nous savons tous qu’il y a un déficit démocratique, mais il y a aussi un déficit de participation »⁴⁸³.

La prise de conscience de cette absence d’échange et de communication entre la base de l’édifice européen et son sommet⁴⁸⁴, a amené les instances européennes et notamment la Commission à s’engager en faveur d’une ouverture vers la société civile, en favorisant la participation accrue de ses acteurs⁴⁸⁵, afin de résorber le déficit démocratique. Le recours aux acteurs de la société civile fonctionne alors comme « modèle alternatif de légitimation »⁴⁸⁶ pour les institutions européennes. De nouveaux concepts, comme la bonne gouvernance⁴⁸⁷ voire la co-gouvernance⁴⁸⁸, la démocratie participative⁴⁸⁹, délibérative⁴⁹⁰ ou encore associative⁴⁹¹, virent ainsi le jour et sont vite devenus le *leitmotiv* des politiques européennes.

⁴⁸³ COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, Conférence du 8 et 9 mars 2004, CES/04/32.

⁴⁸⁴ “The Commission was the first ‘government’ in Europe that was ready to engage in self-criticism and to propose items for reform”, remarque la députée européenne Madame Sylvia-Yvonne Kaufmann (MEP). V. *Governance Lunchtime Seminar, The view of the European Parliament on the White Paper on European Governance*, mardi 29 janvier 2002, disponible sur le site internet de la Commission http://ec.europa.eu/governance/docs/lunch-debate-29012002_en.pdf (consulté le 12.10.2014).

⁴⁸⁵ V. *Le Livre blanc de la gouvernance de l’Union européenne*, op. cit.

⁴⁸⁶ Laurent DUTOIT, *Parlement européen et société civile. Vers de nouveaux aménagements institutionnels*, Louvain-La-Neuve, Université de Genève, Academia Bruylant, 2009, p. 18 ; V. également Nicole KERSCHEN, Monique LEGRAND & Michel MESSU (dir), « Introduction » in Nicole KERSCHEN, Monique LEGRAND & Michel MESSU (dir), *La symphonie discordante de l’Europe sociale*, op. cit., p. 13.

⁴⁸⁷ V. à titre d’exemple l’article 15§1 TFUE.

⁴⁸⁸ V. Gautier PIROTTE, *La notion de société civile*, op. cit., not. p. 70s.

⁴⁸⁹ V. not. l’article 10§1 TUE.

⁴⁹⁰ Cette notion, liée à la démocratie participative met plutôt l’accent sur « l’importance accordée à la réciprocité dans la délibération ». V. Yvon PESQUEUX, « Pour une évaluation critique de la théorie des parties prenantes », in Maria BONNAFOUS-BOUCHER & Yvon PESQUEUX (dir), *Décider avec les parties prenantes. Approches d’une nouvelle théorie de la société civile*, Paris, La Découverte, coll. Recherches, 2006, not. p. 34-36.

110. Le dialogue social, une pratique nationale qui a connu un essor particulier au niveau européen- Dans le cadre de ce processus d'ouverture et d'intégration, le dialogue social occupe une place centrale et originale, étant considéré comme un moyen pour (r)établir la confiance aux institutions et une «force de modernisation et de changement»⁴⁹². L'action des partenaires sociaux est, par ailleurs, jugée indispensable pour la cohésion sociale au sein de l'UE. Selon la Commission⁴⁹³, le dialogue social constitue à la fois une clé pour une meilleure gouvernance d'une Union élargie et un moteur des réformes économiques et sociales. Le rôle des partenaires sociaux devient primordial, dans la mesure où ils constituent le moyen par excellence pour la mise en œuvre de la Stratégie européenne pour l'emploi mais aussi « une source de légitimité à explorer »⁴⁹⁴ pour les institutions. « L'Union européenne doit mettre l'accent sur le maintien du modèle social européen, promouvoir le rôle des partenaires sociaux et approfondir le dialogue social tant au niveau national qu'au niveau européen » remarque Monsieur Wim Kok dans son rapport « Relever le défi », présenté au Conseil et la Commission en novembre 2004⁴⁹⁵. La toute récente directive 2014/54/UE souligne également le caractère fondamental tant du dialogue social que du dialogue civil, en énonçant que « les États membres favorisent le dialogue avec les partenaires sociaux et les organisations non gouvernementales concernées qui ont, conformément au droit national ou aux pratiques nationales, un intérêt légitime à contribuer à la lutte contre les restrictions et obstacles injustifiés au droit à la libre circulation »⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ La démocratie associative « remet en cause le modèle classique de l'organisation de l'Etat et de la démocratie et permet d'entrevoir des constructions sociales non étatiques ». V. parmi d'autres Laurent DUTOIT, *Parlement européen et société civile. Vers de nouveaux aménagements institutionnels*, Publications de l'Institut Européen de l'Université de Genève n° 5, Université de Genève, Brylant, 2009, not. p. 59-62.

⁴⁹² V. Communication de la Commission *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement*, COM (2002) 341 final du 26.6.2002.

⁴⁹³ *Idem*, not. p. 4.

⁴⁹⁴ Rosa SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, op. cit., p. 301.

⁴⁹⁵ « Pour atteindre les objectifs d'une croissance plus forte et d'un emploi accru et, ainsi, soutenir le modèle social européen, il faudra une orientation politique ferme, déterminée et convaincante. Les États membres et la Commission européenne doivent redoubler leurs efforts pour faire changer les choses. L'accent doit d'avantage être mis sur la participation des partenaires sociaux européens et sur l'adhésion des citoyens européens au changement. », Wim KOK (dir), *Relever le défi. La Stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi*, Rapport présenté à la Commission européenne, novembre 2004, p. 7.

⁴⁹⁶ Directive 2014/54/UE du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, JOUE L 128 du 30.4.2014, p. 8-14.

On remarque ainsi que si au niveau national la reconnaissance du rôle des acteurs non étatiques vient plutôt « par le bas », à savoir par les revendications et les besoins de la société, au niveau européen la démarche est inverse : l'instauration de la société civile est imposée « par le haut »⁴⁹⁷. La différence des finalités et des objectifs poursuivis par les actions de la société au niveau européen et au niveau national explique d'ailleurs la remarquable évolution qu'a connue la société civile européenne: ses acteurs se sont très rapidement dotés de pouvoirs institutionnels, voire normatifs. Ainsi, certains auteurs affirment que les partenaires sociaux européens sont arrivés à un point d' « autonomie parfaite », dans la mesure où ils ont la « capacité de se saisir d'un thème de politique sociale et de conclure en toute liberté des accords collectifs européens »⁴⁹⁸. Il semble alors que l'« emprunt » a dépassé en quelque sorte l'« original » : les partenaires sociaux européens ont ensuite constitué un modèle pour les partenaires sociaux nationaux, ce qui constitue une parfaite illustration des interactions entre les deux ordres juridiques.

2. Le rôle institutionnalisé des acteurs de la société civile européenne

111. L'institutionnalisation de l'action des partenaires sociaux européens– Développées au niveau européen, les pratiques nationales de dialogue entre les autorités étatiques et les acteurs de la société civile ont connu un tout autre essor. La participation de ces derniers au processus décisionnel européen est devenue plus ou moins institutionnalisée. Les premiers acteurs qui furent dotés d'un rôle institutionnel et qui continuent, d'ailleurs, à constituer la clé de voûte du dialogue entre les instances européennes et la société civile, sont les partenaires sociaux. Ce sont, d'ailleurs, les seuls acteurs de la société civile qui sont dotés de pouvoirs normatifs. Dans la mesure où ils constituent en même temps des acteurs clés pour l'élaboration du droit européen du travail, il convient de dresser les grandes lignes de leurs fonctions.

A partir du Sommet de Paris en 1972, des ambitions sociales sont très progressivement venues s'ajouter aux objectifs purement économiques de l'Union.

⁴⁹⁷ Rosa SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, op. cit., p. 304.

⁴⁹⁸ Christophe VIGNEAU, « Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTD eur.* 2002, p. 653-683, not. p. 662.

Les consultations et les concertations avec les partenaires sociaux ont débuté dans les années 1960 et 1970 au sein de comités consultatifs, du comité permanent de l'emploi et de conférences tripartites sur des questions économiques et sociales. Cependant, c'est en 1985, avec le lancement d'un dialogue social bipartite à l'initiative du président de la Commission de l'époque Jacques Delors, que le dialogue a réellement entamé son évolution vers un espace européen de négociation collective.

Jusqu'en 1991, les activités bipartites avaient débouché essentiellement sur l'adoption de résolutions, de déclarations et d'avis communs, qui n'avaient aucune force contraignante. C'est après l'Accord européen sur la politique sociale que les conventions négociées par les partenaires sociaux européens ont pu être dotées d'un effet juridique⁴⁹⁹. L'accord signé par les Etats membres de l'UE à l'exception du Royaume Uni et de l'Irlande⁵⁰⁰ a, en effet, repris les termes de l'accord du 31 octobre 1991 conclu par les partenaires sociaux, qui portait sur des propositions de rédaction des anciens articles 118§4, 118A et 118B⁵⁰¹ TCEE en cours de discussion à l'époque⁵⁰². Le fait que les termes de cet accord aient été indexés sans modifications essentielles au Traité de Maastricht pour être ensuite incorporés dans le Traité d'Amsterdam, est significatif de l'importance primordiale que l'Union européenne attache aux partenaires sociaux. Le Traité de Lisbonne a, d'ailleurs, réaffirmé cette place prépondérante, notamment en ajoutant l'article 152 TFUE qui place explicitement la promotion du dialogue social parmi les priorités de l'Union⁵⁰³.

⁴⁹⁹ Bernard TEYSSIE, «La négociation collective et la norme communautaire dans l'accord européen sur la politique sociale», *JCP E*, 1994, I, n° 352, p. 215-22.

⁵⁰⁰ Puisque les négociations entamées dans le cadre de la Conférence sur la révision du Traité CE ont été conduites dans l'impasse à cause du veto britannique qui concernait les dispositions sur la politique sociale, on a opté pour la forme du Protocole et de l'Accord qui n'ont été signés que par les 11 Etats membres restants de l'Union européenne à l'époque. V. Georgios ZORBAS, «Ο ρόλος των κοινωνικών εταίρων στο κοινοτικό επίπεδο και οι νέες διαδικασίες που θεσπίστηκαν με τη συμφωνία για την κοινωνική πολιτική» (« Le rôle des partenaires sociaux au niveau européen et les nouvelles procédures introduites par l'accord sur la politique sociale »), *EErgD*, 1995, p. 193 et s., not. p. 194.

⁵⁰¹ Ces articles confiaient à la Commission une mission tendant à promouvoir la collaboration entre les Etats membres dans le domaine social. Une telle mission ne pourrait déboucher que sur des actes (avis, recommandations etc.) qui n'étaient pas dotés de force obligatoire, conformément à l'ancien article 189 du Traité. V. Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, 2^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2014, p. 43-44.

⁵⁰² V. Georgios SPYROPOULOS, « Η ευρωπαϊκή εμπειρία στο χώρο των συλλογικών διαπραγματεύσεων » (« L'expérience européenne en matière de négociations collectives »), *EErgD* 1996, p. 289 et s., not. p. 339. Selon l'auteur, le terme « convention collective européenne » n'a pas été utilisé, car il provoque toujours de la réticence et ne correspondait pas à la volonté des parties qui ont signé l'accord.

⁵⁰³ Cet article dispose en effet que « l'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux,

Outre son importance pour la construction de l'édifice européen, l'Accord européen sur la politique sociale a désigné les partenaires sociaux européens comme nouveaux acteurs importants de la scène européenne. Si le texte du Traité ne définit pas la notion de partenaires sociaux, les documents de la Commission européenne⁵⁰⁴ présentent des listes de partenaires sociaux qui participent aux procédures de consultation et de négociation. Ces organisations⁵⁰⁵ participent au dialogue social européen qui revêt deux grandes formes: un dialogue bipartite entre les organisations patronales et syndicales européennes, et un dialogue tripartite qui consiste en une interaction entre les partenaires sociaux et les pouvoirs publics. Le dialogue social européen a débouché sur la production de nombreux documents, notamment l'adoption d'environ 300 textes conjoints par les partenaires sociaux européens⁵⁰⁶.

112. L'institutionnalisation de l'action des partenaires sociaux européens- Les pouvoirs concédés aux partenaires sociaux européens se sont renforcés au fil des années de telle sorte qu'on pourrait affirmer qu'ils sont actuellement porteurs d'une nouvelle forme de normativité. L'institutionnalisation des partenaires sociaux dans le processus décisionnel européen se traduit notamment par une priorité accordée au dialogue social dans l'élaboration des normes sociales européennes. Il s'agit d'un changement d'orientation de la politique de L'Union européenne, réalisé par un recul de ses organes législatifs traditionnels en faveur des partenaires sociaux: ce sont eux qui mènent le dialogue social et

dans le respect de leur autonomie. Le sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi contribue au dialogue social ».

⁵⁰⁴V. par exemple les communications de la Commission du 14 décembre 1993, *op.cit*; COM (1996) 448 final du 18 septembre 1996 sur le développement du dialogue social au niveau communautaire; et COM (1998) 332 final du 20 mai 1998 intitulée « Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire ».

⁵⁰⁵ Au niveau interprofessionnel européen, les travailleurs sont représentés par la CES (Confédération européenne des syndicats). Les employeurs européens sont représentés par trois organisations différentes: l'UNICE (Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe), qui représente les intérêts des milieux économiques et industriels vis-à-vis des institutions européennes, l'UEAPME (Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises), qui participe au dialogue social européen en tant que membre de la délégation de l'UNICE et représente les petites et moyennes entreprises et le CEEP (Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général), qui s'occupe des activités des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général.

⁵⁰⁶ Pour la version électronique de ces documents, v. la rubrique « dialogue social » du site Internet de la Commission, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=329&langId=fr> (consulté le 12.10.2014).

participent par le biais des accords collectifs à la création du droit européen. En pratique, le rôle des partenaires sociaux européens contient deux volets principaux : d'une part une compétence consultative et d'autre part une compétence normative.

113. La compétence consultative des partenaires sociaux européens– La première mission attribuée aux partenaires sociaux est la consultation. En vertu de l'article 3 de l'accord, devenu l'article 138 TCE, puis l'article 154 TFUE, « la Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau de l'Union et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties ». Elle doit, notamment, avant de présenter toute proposition en matière sociale, consulter les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action européenne; ensuite, si elle estime qu'une telle action doit être entreprise, elle doit statuer sur le contenu de la proposition envisagée. Dans le cadre de cette procédure, les partenaires sociaux peuvent remettre à la Commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation. Ils ont aussi la possibilité d'informer la Commission de leur volonté d'engager des négociations susceptibles de conduire à la conclusion d'un accord collectif, dans un délai minimum de 9 mois qui leur est accordé à cette fin⁵⁰⁷.

Lors de la consultation, la Commission européenne essaie notamment de dépasser les difficultés ou les réticences que l'un ou l'autre des partenaires pourrait manifester et qui risqueraient de ralentir les progrès. Un large éventail de moyens est utilisé par la Commission à cet égard : réunions, études réalisées en commun, ou encore groupes de travail mixtes voire fourniture de l'assistance technique jugée nécessaire pour soutenir le dialogue, pour en citer quelques uns⁵⁰⁸.

L'esprit et la lettre de ces dispositions qui sont imprégnées d'une logique complètement différente par rapport aux anciens articles 118, 118A et 118B TCEE,

⁵⁰⁷ L'article 154 dispose dans son alinéa 2 que « la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action de l'Union ». Selon l'alinéa 3 « si la Commission, après cette consultation, estime qu'une action de l'Union est souhaitable, elle consulte les partenaires sociaux sur le contenu de la proposition envisagée. Les partenaires sociaux remettent à la Commission un avis ou, le cas échéant, une recommandation ». Finalement, l'alinéa 4 prévoit qu' « à l'occasion des consultations visées aux paragraphes 2 et 3, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager le processus prévu à l'article 155. La durée de ce processus ne peut pas dépasser neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par les partenaires sociaux concernés et la Commission ».

⁵⁰⁸ V. la communication de la Commission européenne du 14 décembre 1993 concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale, COM (1993) 600 final.

démontrent la volonté du législateur européen de renforcer le rôle consultatif et décisionnel confié aux partenaires sociaux. L'article ne prévoit certes pas de lier la Commission à l'avis des partenaires sociaux et précise que celle-ci reste, en théorie, libre d'évaluer l'opportunité d'entreprendre une action européenne sur le sujet en question. Il n'en demeure pas moins que la Commission ne s'est jamais opposée, jusqu'à présent, à un avis unanime émis par les organisations professionnelles européennes⁵⁰⁹.

En pratique, la Commission européenne a, à plusieurs reprises, sollicité l'avis consultatif des partenaires sociaux. L'implication des partenaires sociaux dans la rédaction des normes européennes est tellement importante que certains auteurs ont pu parler «d'inceste DG V/ CES»⁵¹⁰. On peut compter pas moins de 87 procédures de consultation⁵¹¹, parmi lesquelles celle du 10 février 2000 concernant la révision de la directive 80/987/CE relative à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, celles du 26 septembre 1995 (1^{ère} consultation) et du 9 avril 1996 (2^{ème} consultation) concernant la flexibilité du temps de travail et la sécurité des travailleurs, ou encore celle concernant la révision de la directive sur le temps de travail (24 mars 2010).

114. La compétence normative des partenaires sociaux européens- Malgré l'importance de leur compétence consultative, la pierre angulaire du rôle des partenaires sociaux européens est sans nul doute leur pouvoir normatif. L'Accord européen sur la politique sociale fut le premier texte européen à conférer aux partenaires sociaux un rôle décisionnel qui les institue co-régulateurs du droit du travail européen.

L'article 4 de l'Accord, devenu l'article 139 TCE et par la suite l'article 155 TFUE, prévoit que « le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut

⁵⁰⁹ V. en ce sens Georgios SPYROPOULOS, « Ο ρόλος του κοινωνικού διαλόγου και των συλλογικών διαπραγματεύσεων στην ολοκλήρωση της Κοινωνικής Ευρώπης » («Le rôle du dialogue social et des négociations collectives dans l'aboutissement de l'Europe sociale »), *EErgD* 1993, p. 435 et s., not. p. 437.

⁵¹⁰ Jean-Emmanuel RAY, «Les sources de la loi du 31 janvier 2007», *Dr. soc.* 2010, p. 496-503, not. p. 497.

⁵¹¹ V. la liste complète des cas de consultation des partenaires sociaux sur le site Internet de la Commission européenne, Direction Générale Emploi, Affaires sociales et égalité des chances, <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?advSearchKey=&mode=advancedSubmit&langId=fr&policyArea=&type=50&country=0&year=0> (consulté le 12.10.2014).

conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords ». Selon la communication de la Commission du 14 décembre 1993 concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale⁵¹², « les partenaires sociaux ne sont pas tenus de se limiter au contenu des propositions que la Commission est en train d'élaborer ».

Un point intéressant concerne la mise en œuvre des accords conclus par cette procédure au niveau européen. En effet, les accords constituent des contrats de droit privé ; selon le principe de l'effet relatif des conventions ils n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes. Si on souhaite que l'accord ait un champ d'application plus large on peut soit suivre une médiation nationale réalisée selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux Etats membres, soit intégrer l'accord à un instrument européen de nature réglementaire et donc demander à la Commission de soumettre l'accord au Conseil en lui proposant l'adoption d'une décision.

Deux voies sont alors ouvertes en vertu de l'article 155 al. 2 du TFUE⁵¹³, pour la mise en œuvre des accords conclus :

- l'accord peut être transposé par les partenaires sociaux de chaque Etat membre et est, dans ce cas, doté de la portée normative de la convention collective au niveau national;
- dans le cas contraire, il revêt la forme d'une « décision »⁵¹⁴ européenne.

⁵¹² COM (1993) 600 final, *op. cit.*, p. 19, §§ 30 et s.

⁵¹³ Selon cette disposition « La mise en œuvre des accords conclus au niveau de l'Union intervient soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit, dans les matières relevant de l'article 153, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission. Le Parlement européen est informé. Le Conseil statue à l'unanimité lorsque l'accord en question contient une ou plusieurs dispositions relatives à l'un des domaines pour lesquels l'unanimité est requise en vertu de l'article 153, paragraphe 2 ».

⁵¹⁴ Le terme « décision » utilisé par l'article 155§2 se réfère, selon la Commission (V. la communication de la Commission COM (1999) 203 final du 28 avril 1999, relative à la proposition de directive concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, p. 10), à tous les actes législatifs contraignants au titre de l'article 249 TCE (nouvel article 288 TFUE). Il appartient à la Commission de décider *ad hoc* quel est l'instrument le plus approprié pour la mise en œuvre de l'accord. La Commission peut ainsi choisir, plutôt qu'une décision, la voie -la plus souvent utilisée- d'une directive ou celle d'un règlement, afin d'assurer la transposition d'un accord collectif dans les droits nationaux. Le Tribunal de première instance a, d'ailleurs, expressément admis que la « décision » prévue par l'article 139 du Traité puisse prendre la forme de directive (v. TPI, 17 juin 1998, *UEAMPE e.a. c/ Conseil*, Aff. T-135/96, *Rec. II-2335*). De toute façon, dans les cas d'une décision ou d'une directive on a recours à la norme étatique. Cela signifie que pour que l'accord collectif soit appliqué il doit être transposé dans les droits nationaux des Etats membres. V. à ce sujet Bernard TEYSSIE, Pierre-Henri ANTONMATTEI & Philippe COURSIER, « Droit social européen et international », *JCP éd. E*, 1996, n° 565, p. 248-254.

La première voie de mise en œuvre des accords, à savoir sa transposition par les partenaires sociaux ne fera pas l'objet d'une analyse à ce stade, étant donné qu'elle est relative à l'application des règles adoptées au niveau européen dans les ordres juridiques nationaux⁵¹⁵.

En ce qui concerne la deuxième voie que nous avons énoncée, les partenaires sociaux européens ont déjà utilisé leurs compétences quasi-législatives et les négociations ont débouché sur des directives. On est pourtant encore loin d'accords contenant des dispositions réglementaires précises ; les accords conclus sont des accords-cadres qui contiennent des orientations plus générales. On citera ainsi, à titre d'illustration d'accords conclus au niveau intersectoriel et touchant le contrat de travail, la directive sur le temps partiel⁵¹⁶, la directive sur le contrat de travail à durée déterminée⁵¹⁷ et celle sur le congé parental⁵¹⁸.

Le droit du travail européen évolue ainsi grâce aux partenaires sociaux : une des initiatives les plus intéressantes fut sans doute l'accord concernant le contrat de travail à temps partiel et surtout le contrat de travail à durée déterminée, dans la mesure où les politiques menées antérieurement par l'Union européenne avaient échoué⁵¹⁹. Ainsi, en ce qui concerne les négociations sur le contrat de travail à durée indéterminée, le Conseil avait, en décembre 1994, « officiellement déclaré l'échec des discussions », en considérant qu'un vote à l'unanimité était « improbable dans un proche avenir »⁵²⁰. Cet accord constitue un pas vers la construction progressive d'un droit européen conventionnel, axé sur l'autonomie de la négociation collective.

115. Le rôle moins institutionnalisé des associations de défense des consommateurs au niveau européen- Dotées d'un rôle moins institutionnalisé que

⁵¹⁵ Sur cette question v. *infra*, sous n° 307 et s.

⁵¹⁶ Directive 97/81/CE du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOCE* L 14, 20.1.1998, p. 9-14.

⁵¹⁷ Directive 99/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, *JOCE* L 175 du 10/07/1999, p. 0043 - 0048.

⁵¹⁸ Directive 96/34/CE du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOCE* L 145, 19.6.1996, p. 4-9.

⁵¹⁹ V. l'introduction de la communication de la Commission européenne du 28 avril 1999, relative à la proposition de cette directive qui avoue que « vu l'absence de progrès au sein du Conseil, la Commission a décidé d'engager la procédure prévue par l'accord sur la politique sociale », *op. cit.*, p. 2.

⁵²⁰ V. le rapport du Parlement européen (Commission de l'emploi et des affaires sociales, rapporteur Karin Jöns) sur la proposition de la Commission relative à une directive du Conseil concernant l'accord-cadre CES-UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, A4-0261/99, PE 230.208 déf, du 30 avril 1999, p. 12.

les partenaires sociaux, les associations de défense des consommateurs disposent de pouvoirs d'influence non négligeables. Elles participent, en effet, au dialogue civil et sont également représentées au sein du Comité économique et social européen⁵²¹. Présentes dans l'arène bruxelloise depuis le début des années 1960,⁵²² les associations de défense des consommateurs européens sont des fédérations des organismes nationaux de consommateurs des Etats membres. Leur mode de fonctionnement se rapproche de celui des partenaires sociaux à l'exception de la possibilité de conclure des accords ayant une force contraignante. Même si leur rôle est ainsi plutôt consultatif que normatif, les associations européennes de défense des consommateurs participent activement à l'élaboration et la négociation des normes européennes. Les institutions européennes reconnaissent leur importance et jugent opportun de les consulter lors de l'élaboration de propositions législatives en matière de protection des consommateurs⁵²³. Les deux organismes actuellement habilités à recevoir le financement européen pour les aider à effectuer leurs activités, l'ANEC⁵²⁴ et le BEUC, ont une visibilité et un poids de négociation tellement reconnu que, pour reprendre un lieu commun parmi les lobbyistes à Bruxelles, « à défaut de partager leurs avis, au moins faut-il les connaître »⁵²⁵.

En influant de manière décisive sur les politiques de l'Union, les partenaires sociaux et les associations de défense des consommateurs sont devenus des acteurs essentiels du lien politique et institutionnel entre l'Union et les citoyens, que celui-ci

⁵²¹ Cet organe consultatif de l'Union est censé exprimer les positions de la société civile européenne, en réunissant des représentants des travailleurs, des employeurs et des autres acteurs représentatifs de la société civile, dont les associations de défense des consommateurs. Sur le rôle et le fonctionnement du Comité économique et social européen, v. les articles 300 à 304 TFUE ainsi que son site internet officiel <http://www.eesc.europa.eu/?i=portal.fr.home> (consulté le 12.10.2014).

⁵²² Le Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC), une fédération d'associations de consommateurs des pays membres représentant les intérêts des consommateurs auprès de l'Union européenne, est créé en 1962.

⁵²³ V. la résolution du Parlement européen du 20 mai 2008 sur la stratégie communautaire en matière de politique des consommateurs pour la période 2007-2013, A6-0155/2008, où le Parlement « souligne l'importance du rôle que jouent les organisations de consommateurs dans l'amélioration de la culture de protection des consommateurs; estime que des organisations de consommateurs fortes et indépendantes sont le fondement d'une politique efficace de protection des consommateurs et invite la Commission et les États membres à leur accorder un financement suffisant; conseille à la Commission, lors de l'élaboration de propositions législatives relatives à la protection des consommateurs, de resserrer les contacts avec les organisations non gouvernementales de consommateurs, qui sont les mieux à même de définir les besoins réels des consommateurs ».

⁵²⁴ Association européenne pour la coordination de la représentation des consommateurs dans la normalisation.

⁵²⁵ V. Daniel GUEGUEN, *Lobbying européen*, Bruxelles-Paris, Europolitique-LGDJ, 2007, p. 135.

soit conflictuel ou non. Ce qui est encore plus intéressant dans notre cas est la place que ces mêmes acteurs réussissent progressivement à se tailler au sein d'une organisation intergouvernementale comme l'Union européenne. Arrivant dans un terrain institutionnel encore en formation, ils visent à se poser en piliers d'une nouvelle forme d'organisation politique qui n'est à proprement parler ni purement étatique, ni purement intergouvernementale.

Paragraphe II : Les acteurs de la société civile, porteurs de droits nationaux ?

Bien que l'importance du rôle des acteurs de la société civile pour l'élaboration des normes européennes ne fasse aucun doute, qualifier leurs interventions d'influences nationales ne va pas de soi. La question qui se pose consiste alors à comprendre dans quelle mesure les acteurs de la société civile sont porteurs de droits nationaux. Il convient à ce titre d'examiner d'abord les interventions des acteurs de ce qu'on appelle « la société civile organisée » (1), avant de se pencher sur le rôle des autres parties prenantes (2).

1. Les acteurs de la société civile organisée

116. La définition de la société civile organisée– Consacré par le Traité de Nice⁵²⁶, le terme « société civile organisée » renvoie à la partie de la société civile qui s'exprime à travers des instances de représentation. Même si le Traité de Lisbonne se réfère simplement à « la société civile »⁵²⁷, « la lecture des diverses publications des institutions de l'Union européenne montre que les deux expressions sont utilisées presque indifféremment »⁵²⁸. Nous la maintiendrons notamment pour la distinguer des autres parties prenantes. Comme le remarque le Comité économique et social européen, « la notion de société civile organisée est ainsi utilisée « pour pouvoir établir une distinction entre la société civile, d'une part, et ses organisations, d'autre part »⁵²⁹. Cette distinction est justifiée par la finalité de notre approche. En effet, la société civile organisée présente des liens importants avec les Etats membres, en raison de sa structure sous forme d'associations ou de confédérations comportant des associations nationales. Par conséquent, les influences nationales sont plus faciles à détecter que dans le cas des parties prenantes.

Selon la définition retenue par le Comité économique et social, on entend par société civile organisée « l'ensemble de toutes les structures organisationnelles dont

⁵²⁶ Art. 257 CE.

⁵²⁷ V. les art. 11 TUE et 15, 300 et 302 TFUE.

⁵²⁸ Ismaël OMARJEE, « Du traité de Rome au traité de Lisbonne : place de la société civile dans la construction européenne », *op. cit.*, not. p. 43-44.

⁵²⁹ COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, *La société civile organisée au niveau européen. Actes de la première Convention, Bruxelles, 15 et 16 octobre 1999, op. cit.*, p. 37.

les membres servent l'intérêt général par le biais du processus démocratique basé sur le discours et le consensus et jouent également le rôle de médiateurs entre les pouvoirs publics et les citoyens »⁵³⁰. Concrètement, la société civile organisée comprend cinq catégories d'acteurs :

- les partenaires sociaux ;
- les organisations représentatives des milieux socioéconomiques ;
- les ONG ;
- les organisations de base⁵³¹ ;
- les communautés religieuses.

117. Quelle place pour l'influence nationale au sein des organisations de la société civile organisée ? – Etant donné que ces acteurs sont principalement organisés sous forme d'associations ou de confédérations d'associations⁵³², prouver qu'ils constituent des voies d'influences nationales s'avère pour le moins laborieux. Ainsi, si on prend l'exemple des partenaires sociaux européens, comme la CES, principal syndicat ouvrier européen, on remarque qu'il s'agit de confédérations comportant à la fois des associations nationales issues des Etats membres⁵³³ et des fédérations sectorielles. Par conséquent, la participation de ces acteurs au dialogue social européen est déterminée par des positions communes adoptées à la suite des négociations. Dans ce contexte de décisions collectives, comment pourrait-on prétendre que les partenaires sociaux européens véhiculent, à travers le processus décisionnel européen, des influences nationales ?

L'étude du fonctionnement des organisations des partenaires sociaux européens est très illustrative, étant donné que les partenaires sociaux constituent,

⁵³⁰ V. l'avis du CES sur « Le rôle et la contribution de la société civile organisée dans la construction européenne » adopté le 22 septembre 1999, cité dans l'ouvrage du COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, *La société civile organisée au niveau européen. Actes de la première Convention, Bruxelles, 15 et 16 octobre 1999, op. cit.*, p. 37. V. également Nicole KERSCHEN, Monique LEGRAND & Michel MESSU (dir), *La symphonie discordante de l'Europe sociale, op. cit.*, not. p. 24-25.

⁵³¹ Selon le rapport synthétique des débats de la première Convention du CES, on entend par organisation de base « les organisations qui, dans la société, sont créées par la base et poursuivent des objectifs qui concernent leurs membres, par exemple les organisations de jeunesse, les associations familiales et toutes les organisations par l'intermédiaire desquelles les citoyens participent à la vie locale et municipale », COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, *La société civile organisée au niveau européen. Actes de la première Convention, Bruxelles, 15 et 16 octobre 1999*, Bruxelles, 2000, p. 38.

⁵³² COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, *La société civile organisée au niveau européen. Actes de la première Convention, Bruxelles, 15 et 16 octobre 1999, op. cit.*, p. 37.

⁵³³ Des associations nationales issues d'Etats européens hors Union européenne peuvent aussi y participer.

comme on l'a déjà exposé, la partie la plus institutionnalisée de la société civile européenne. En effet, et notamment après les derniers élargissements de l'Union, ces acteurs éprouvent une difficulté considérable à trouver des accords sur des positions communes, « en raison du poids toujours grandissant du fait national »⁵³⁴. Il est alors évident que tout en traitant de sujets européens, les syndicats raisonnent et se positionnent par rapport à leurs propres droits nationaux. « Les associations traitent les thématiques européennes comme bon leur semble et selon leurs propres référents nationaux » affirme Madame Rosa Sanchez-Salgado⁵³⁵. Cette idée est d'ailleurs confirmée par les participants eux-mêmes. Ainsi, Roger Louet, représentant de la CESL (Confédération européenne des syndicats libres dans la Communauté) avait remarqué au cours d'un échange de vues du Comité permanent de l'emploi à propos de la proposition de directive sur les licenciements collectifs⁵³⁶ que « chaque participant au dialogue est *forcément influencé* dans son appréciation par *les résultats que donne le système national* qu'il connaît »⁵³⁷.

Un jeu d'influences s'effectue au sein des fédérations afin de convaincre les autres membres de s'allier autour d'une position qui est nécessairement influencée par le droit national de la délégation qui la défend et qui sera ensuite adoptée comme position commune par la fédération. Le mode de fonctionnement au sein des fédérations européennes se rapproche alors « de celui d'une délégation nationale au Conseil »⁵³⁸. On peut alors soutenir qu'on retrouve des influences nationales dans l'action de la société civile organisée, et notamment dans l'action des partenaires sociaux européens, de la même manière que ces influences-ci sont exercées à l'occasion des négociations au niveau du Conseil européen. Les propos de Monsieur Antoine Lyon-Caen concernant le fonctionnement des partenaires sociaux européens, vont, d'ailleurs, en ce sens : « n'est véritablement associée au processus de décision

⁵³⁴ Stéphane DESSLAS, *Un lobbying professionnel à visage découvert. Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles*, Condé-sur-Noireau, édition du Palio, 2007, p. 53.

⁵³⁵ Rosa SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, *op. cit.*, p. 308.

⁵³⁶ Directive 75/129/CEE du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE L* 48, 22.02.1975, p. 29-30.

⁵³⁷ Opinions exprimées par les représentants des organisations des partenaires sociaux au cours de l'échange de vues du Comité permanent de l'emploi du 26 octobre 1972, Conseil européen, Addendum au document R/2329/72 (SOC 237) du 2 novembre 1972, p. 7 et 8 (nous soulignons).

⁵³⁸ Stéphane DESSLAS, *Un lobbying professionnel à visage découvert. Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles*, *op. cit.*, p. 54. L'auteur rajoute, d'ailleurs, que « l'un des atouts des fédérations est l'opportunité qu'elles offrent d'appréhender globalement les *différentes sensibilités nationales* sur le dossier », *idem*, p.55 (nous soulignons).

communautaire que la Confédération européenne des syndicats (CES) qui regroupe 40 confédérations de 21 pays d'Europe. Les participants aux dialogues sectoriels sont parfois membres de la CES... Ce sont tantôt des organisations régionales de fédération internationale, tantôt des regroupements de syndicats nationaux sans rattachement international »⁵³⁹.

118. Les organisations de la société civile en tant qu'interlocuteurs des institutions européennes- Outre leur participation au dialogue social qu'on a déjà évoquée⁵⁴⁰, les partenaires sociaux peuvent devenir porteurs de droits et d'intérêts nationaux par le biais de leur action en tant qu'interlocuteurs privilégiés des institutions européennes au sens large du terme. Concrètement, les différentes associations nationales restent très écoutées par les fonctionnaires de la Commission et ont une présence significative auprès des parlementaires et du Comité économique et social. Ce dernier est d'ailleurs considéré comme l'organe par excellence qui représente les intérêts des partenaires sociaux et des autres acteurs de la société civile organisée⁵⁴¹. Cependant, « leur principal relais se situe au niveau du Conseil des ministres via les associations syndicales nationales, capables de contacter n'importe quel ministre à n'importe quel moment »⁵⁴². Ainsi, l'action des organisations de la société civile organisée présente deux facettes : d'une part, un rôle collectif en tant qu'acteur au niveau européen ; d'autre part, un rôle individuel de chaque composante nationale de l'organisation européenne, qui implique des liens avec les instances de représentation de son Etat membre d'origine. Cette passerelle entre les composantes nationales des organisations de la société civile européenne et les délégations nationales des Etats membres peut être empruntée des deux côtés.

En effet, conscientes de ce rôle stratégique des acteurs de la société civile organisée, les administrations nationales encouragent souvent les représentants des intérêts privés de leur pays « à accroître les stratégies d'influence directe sur les cabinets et les services de la Commission »⁵⁴³, notamment pendant la période décisive

⁵³⁹ Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p. 352-367, not. § 35, p. 363.

⁵⁴⁰ V. *supra* sous n° 111 et s.

⁵⁴¹ V. l'article 300 TFUE.

⁵⁴² Daniel GUEGUEN, *Lobbying Européen*, *op. cit.*, p. 61.

⁵⁴³ Jean-Luc SAURON, « Les réseaux d'administrations communautaires et nationales » in Jean-Bernard AUBY & Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir), *Droit administratif européen*, *op. cit.*, p. 285.

des négociations. Il n'est, d'ailleurs, pas rare que les administrations nationales prennent des contacts avec les acteurs de la société civile européenne. Ainsi, lors de la préparation de la présidence française de 2008, une réunion entre les partenaires sociaux européens et nationaux a été organisée par le ministère du Travail dans le cadre du CDSEI⁵⁴⁴ « afin d'initier une méthode de travail commune avec les partenaires sociaux »⁵⁴⁵.

Des liens, certes indirects mais tout aussi importants, existent entre les acteurs de la société civile organisée et les droits nationaux. Si ces liens sont plus marqués dans le cas des partenaires sociaux européens, à cause de la forte coloration nationale du droit du travail ainsi que de l'existence, au niveau national, d'une longue pratique de dialogue social, ils concernent aussi les autres acteurs, de telle sorte qu'on pourrait affirmer qu'ils sont porteurs, dans une certaine mesure, de droits nationaux. Peut être évoqué, à titre d'illustration de ces liens, le fait que les premiers accords signés par les partenaires sociaux européens, comme celui sur le temps partiel, celui sur le contrat de travail à durée déterminée ou celui sur le congé parental, transformés ensuite en directives, ne liaient pas le Royaume Uni et l'Irlande. En effet, les systèmes juridiques régissant les relations de travail de ces deux pays diffèrent sensiblement des systèmes dits romano-germaniques. C'est la raison pour laquelle ils n'avaient pas signé l'accord européen sur la politique sociale. Cette particularité nationale ainsi que la réticence que cette dernière engendrait sont également reflétées sur les accords conclus par les partenaires sociaux européens. Une exclusion a été ainsi prévue dans les accords conclus concernant le Royaume Uni et l'Irlande. Ce n'est que plus tard que le champ d'application des dispositions desdits accords a été étendu par d'autres directives du Conseil⁵⁴⁶ au Royaume Uni et à l'Irlande.

⁵⁴⁴ Comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales.

⁵⁴⁵ V. le communiqué de presse du 20 février 2008, disponible sur le site internet du ministère du Travail, de la Solidarité et de la Fonction publique, <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/actualite-presse,42/communiqués,95/reunion-des-partenaires-sociaux,7406.html> (consulté le 10.10.2010).

⁵⁴⁶ Directives 97/75/CE du 15 décembre 1997 modifiant et étendant au Royaume-Uni la directive 96/34/CE concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOCE* L 010 du 16/01/1998 p. 0024 – 0024 ; 98/23/CE du 7 avril 1998 étendant au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord la directive 97/81/CE concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOCE* L 131 du 05/05/1998 p. 0010 – 0010 ; et 94/45/CE 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, *JOCE* L 254 du 30/09/1994 p. 0064 - 0072.

2. Les autres « parties prenantes » (*stakeholders*)⁵⁴⁷

119. Les parties prenantes, acteurs au niveau européen- S'il n'est pas évident de qualifier les acteurs de la société civile organisée comme porteurs de droits nationaux, la même tâche s'avère encore plus difficile lorsqu'on se penche sur les autres parties prenantes représentant des intérêts privés dans l'arène européenne. Ces acteurs, qui peuvent être des individus ou des groupements ayant un intérêt dans l'élaboration des normes européennes, notamment des entreprises, sont le plus souvent représentés auprès des institutions par des lobbyistes. La question est alors de savoir dans quelle mesure ces parties prenantes, qui ne sont pas organisées autour d'une association nationale, peuvent véhiculer des influences nationales.

Emprunté de la tradition du *common law*⁵⁴⁸, le rôle du lobbying a connu une expansion considérable pendant les deux dernières décennies et les lobbyistes ont conquis une place privilégiée sur la scène européenne. Malgré la mauvaise réputation que l'idée du lobbying connaît en France⁵⁴⁹, force est de constater que sur le terrain les français sont de plus en plus présents, de telle sorte qu'on peut parler à Bruxelles d'un «lobbying français» –donc représentant des intérêts français- en pleine évolution⁵⁵⁰. On compte aujourd'hui plus de 150 antennes permanentes de groupes d'intérêts français installées à Bruxelles⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ Le terme « *stakeholder* » fit son apparition aux Etats-Unis pendant les mandats du président Reagan. V. not. Edward R. FREEMAN, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston, Pittman, 1984. Le terme est ensuite sorti du contexte du management stratégique américain et devenu un terme plus générique, traduit en langue française par « partie prenante » et désignant « les groupes d'individus qui sont indispensables à la survie de l'entreprise ». La notion de partie prenante s'est progressivement éloignée du cadre de l'entreprise et a obtenu un contenu beaucoup plus flou. V. Samuel MERCIER « La théorie des parties prenantes : une synthèse de la littérature » in Maria BONNAFOUS-BOUCHER & Yvon PESQUEUX (dir), *Décider avec les parties prenantes. Approches d'une nouvelle théorie de la société civile*, Paris, La Découverte, 2006, p. 157 s.

⁵⁴⁸ Sur les origines tant du mot que de la pratique du lobbying v. parmi d'autres Jean-Louis CLERGERIE, « L'influence du lobbying sur les institutions communautaires », in Aline DE WALSCHE (dir.), *Promenades au sein du droit européen. Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 89-115.

⁵⁴⁹ Il est d'ailleurs assez intéressant de noter qu'il n'existe pas en langue française un mot équivalent au «lobbying».

⁵⁵⁰ Le sous-titre de l'ouvrage de Stéphane DESSLAS « *Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles* » est assez éloquent à ce titre.

⁵⁵¹ B. VAYSSIÈRE, *Groupes de pression en Europe. Europe des citoyens ou des intérêts?*, Toulouse, Privat, 2002, p. 51 cité par Jean-Louis CLERGERIE, « L'influence du lobbying sur les institutions communautaires » *op. cit.*, p. 91.

Ces acteurs contribuent à l'élaboration du droit européen, «notamment grâce à l'apport de leurs compétences techniques»⁵⁵². Un de leurs principaux moyens d'influence au sein de la Commission est la participation aux groupes d'experts et de réflexion thématiques, mis en place par la Commission avant la publication d'une proposition législative⁵⁵³. Plus le sujet est technique, plus la marge de manœuvre et d'influence des parties prenantes est importante. Ainsi, les négociations préparatoires à l'adoption de la Directive TSF (Télévision Sans Frontières) sur les services audiovisuels⁵⁵⁴ ou du Règlement REACH sur les substances chimiques⁵⁵⁵ ont constitué des théâtres d'action du lobbying bruxellois, notamment à cause de leur caractère technique ou grâce à celui-ci⁵⁵⁶.

En proposant aux fonctionnaires chargés de l'élaboration de l'initiative législative des solutions «clés en main» sur des sujets complexes et techniques, ils réussissent à faire passer leurs positions tout en maintenant une forte visibilité auprès des institutions. Après la déclaration du Conseil de Birmingham du 16 octobre 1992⁵⁵⁷, les institutions et, en particulier, la Commission ont tenté de formaliser ces contacts avec les parties prenantes, notamment dans le but de les rendre plus transparents tout en maintenant le caractère élargi des consultations⁵⁵⁸.

120. Des influences nationales véhiculées à travers les parties prenantes ?- Les positions défendues par les parties prenantes sont nécessairement

⁵⁵² Jean-Louis CLERGERIE, « L'influence du lobbying sur les institutions communautaires », *op. cit.*, p. 99.

⁵⁵³ V. à ce sujet la Communication de la Commission « Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d'intérêt » du 2 décembre 2002, dans laquelle la Commission reconnaît que « certains de ces groupes d'intérêt constituent un moyen de fournir à la Commission des connaissances techniques spécifiques dans toutes sortes de secteurs, par exemple pour l'élaboration de réglementations techniques » en rajoutant que « le canal des comités consultatifs et groupes d'experts qui assistent la Commission » constitue un des moyens de dialogue, doc. 93/C 63/02, p. 1, chapitre II.

⁵⁵⁴ Directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CE, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE* L 332 du 18.12.2007, p. 27-45.

⁵⁵⁵ Règlement (CE) n° 1907/2006 du 18 décembre 2006, concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques, *JOCE* L 396 du 30.12.2006, p. 1-849.

⁵⁵⁶ V. sur les deux dossiers en question, Stéphane DESSLAS, *Un lobbying professionnel à visage découvert. Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles*, *op. cit.*, not. p. 30-45.

⁵⁵⁷ Conclusions du Conseil européen de Birmingham du 16 octobre 1992, annexe I « Déclaration de Birmingham, Une Communauté proche de ses citoyens », Doc/92/6 du 16 octobre 1992.

⁵⁵⁸ V. not. la communication de la Commission « Un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d'intérêt » du 2 décembre 2002, *op. cit.*, ainsi que l'article 11§3 TUE.

influencées par le droit national du pays où celles-ci exercent leur activité. C'est à travers ce prisme qu'elles abordent, en tout cas en première lecture, les propositions européennes⁵⁵⁹. Cela ne signifie pas pour autant que tous les groupes de pression français vont obligatoirement promouvoir au niveau européen des thèses ou des positions issues du droit français. Cependant, en raisonnant sur la base de leur propre droit national, ils influencent le droit européen en ce sens, ne serait-ce que pour adopter des solutions qui combleront les lacunes de leur droit national.

Enfin, les groupes de travail au sein du Conseil constituent un autre canal de dialogue entre les parties prenantes et les institutions. Les contacts passent soit par les experts nationaux participant aux réunions, avec lesquels les lobbyistes tissent des « liens plus ou moins étroits »⁵⁶⁰ soit par la Représentation permanente⁵⁶¹ de leur pays d'origine, ce qui démontre, d'ailleurs, les inspirations nationales des interventions. Tous ces liens et voies de dialogue permettent ainsi aux parties prenantes de participer au processus de décision européen et de « marquer de leur empreinte la législation communautaire »⁵⁶².

⁵⁵⁹ Le représentant d'une profession libérale, ayant participé à l'étude menée par Stéphane Desslas avait d'ailleurs « concédé avoir d'abord étudié le texte sous un angle purement juridique de comparaison avec la législation nationale », v. Stéphane DESSLAS, *Un lobbying professionnel à visage découvert. Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles*, op. cit., p. 50.

⁵⁶⁰ Stéphane DESSLAS, *Un lobbying professionnel à visage découvert. Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles*, op. cit., p. 100.

⁵⁶¹ « La Représentation de la France y prend toute sa part » souligne Monsieur Christian Masset, représentant permanent Adjoint de la France auprès de l'Union européenne, dans le préface du livre de Stéphane DESSLAS, *Un lobbying professionnel à visage découvert. Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles*, op. cit., p. 12.

⁵⁶² Jean-Louis CLERGERIE, « L'influence du lobbying sur les institutions communautaires », op. cit., p. 100.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

121. L'indéniable influence nationale sur l'élaboration du droit européen—En décortiquant le processus décisionnel européen, nous avons pu constater les voies que les acteurs nationaux peuvent emprunter afin d'influencer l'élaboration du droit européen et tenter d'« exporter » des solutions élaborées au niveau national. Certes, le poids et le fonctionnement de ces acteurs n'est pas le même : les influences des acteurs institutionnels sont plus directes et facilement repérables que celles véhiculées à travers la société civile. Toutefois, l'ensemble de ces acteurs nationaux participe, directement ou indirectement, à la création du droit européen et, partant, au processus d'européanisation du droit national.

Il convient, alors, de se pencher sur les marques concrètes de cette influence nationale dans les deux champs matériels étudiés.

**CHAPITRE II : LES MARQUES DE LA PARTICIPATION DU DROIT NATIONAL À
L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN**

122. À la recherche des traces nationales concrètes sur la réglementation européenne des contrats conclus par le consommateur et le travailleur- Les droits nationaux empruntent, comme on l'a constaté dans le chapitre précédent, différentes voies afin de marquer de leur empreinte le droit de l'Union. Il convient alors de se pencher sur les traces tangibles de ces influences, faisant partie du jeu d'interactions entre droit européen et droit national et la première étape de l'eupéanisation du droit national. Cette influence nationale est, d'ailleurs, souvent expressément reconnue, voire même revendiquée, par les autorités françaises. Ainsi, en s'adressant aux sénateurs à propos de la proposition de directive sur les droits des consommateurs⁵⁶³, François Doubin, alors Ministre délégué à l'artisanat, au commerce et à la consommation, énonce que « la France, s'étant saisie la première de chacun de ces sujets, a joué à la fois un rôle moteur et une action d'orientation de fond pour les travaux européens. Qu'il vaille mieux être en avant-garde, et donc capable d'influer sur un projet européen, plutôt que de se trouver « à la traîne » et d'être obligé de s'adapter à des *textes conçus par ailleurs* constitue un avantage que personne ne peut contester »⁵⁶⁴.

On recherchera, en effet, les marques du droit français sur le droit européen, au moment de son élaboration. Chercher des influences nationales ne signifie pas nécessairement que le droit européen ait purement et simplement reproduit des dispositions ou des solutions issues du droit français. Il s'agit plutôt de positions à propos ou sur la base du droit national, véhiculées soit par des acteurs institutionnalisés soit par des acteurs de la société civile, qui par le biais des voies de dialogue et d'influence déjà exposées, les ont diffusées au niveau européen.

Il est évident que les marques nationales sont plus faciles à identifier dans les directives votées avant les élargissements successifs de l'Union, notamment celui de 2004, que dans celles adoptées par l'Union des 28. Toutefois, l'avantage des directives relativement récentes est une plus grande transparence des travaux préparatoires, ce

⁵⁶³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM(2008) 614 final.

⁵⁶⁴ JO Sénat Compte Rendu, séance du 15 octobre 1991, p. 2860 (nous soulignons).

qui facilite la tâche du chercheur. Les principales sources d'information sur lesquelles on se basera pour donner quelques éléments de réponse sont les archives des institutions, en premier lieu les archives historiques de la Commission et du Conseil et accessoirement les archives de la Direction générale chargée de l'élaboration de chaque projet législatif. Les travaux préparatoires menés par la Commission en vue d'adopter une proposition, les réunions du Conseil (groupes de travail ou Coreper) ou encore les interventions (*non-papers*) de différents groupes d'intérêt nous offrent des documents particulièrement riches et révélateurs des influences nationales. Enfin, certaines informations nous ont été fournies par les responsables des organisations de la société civile organisée au niveau européen, à savoir principalement les partenaires sociaux et les associations de défense des consommateurs.

Les contrats conclus par le travailleur (*Section 1*) et le consommateur (*Section 2*) limiteront, par ailleurs, matériellement le champ de notre recherche.

SECTION 1 : LES MARQUES NATIONALES SUR LA REGLEMENTATION EUROPÉENNE DU CONTRAT CONCLU PAR LE TRAVAILLEUR

Les réglementations européennes du contrat conclu par le travailleur sont assez fragmentaires et portent le plus souvent sur des questions périphériques, notamment à cause de la grande diversité des systèmes juridiques nationaux. Ainsi, les interventions en la matière demeurent peu nombreuses et se limitent à quelques directives d'harmonisation minimale⁵⁶⁵.

On peut, toutefois, distinguer deux types d'influences françaises sur le droit européen: en amont, à savoir avant la publication d'un projet législatif, d'une part, et en aval, c'est-à-dire après la publication, d'autre part. Le premier cas vise les marques nationales sur la proposition législative (*Paragraphe I*) alors que le second cas se réfère à des influences réalisées entre le moment de la publication du projet et l'adoption du texte définitif, à savoir principalement pendant la période des négociations (*Paragraphe II*).

⁵⁶⁵ V. *infra* sous n° 161 et s.

Paragraphe I: Les influences nationales avant la publication de la proposition législative européenne

123. Les outils de recherche- Il convient d'abord de considérer le cas où le droit français a laissé ses empreintes sur des propositions législatives européennes en matière de contrat conclu par le travailleur. L'examen des travaux préparatoires de la Commission ainsi que de la législation française préexistante et de ses applications jurisprudentielles⁵⁶⁶, s'avère très utile à cet égard. Les documents des réunions des groupes de travail au sein du Conseil peuvent également nous fournir des indices, même s'ils sont postérieurs à la publication de la proposition. En effet, plus le projet présenté par la Commission prend en considération les positions du droit français préexistant, moins la délégation française intervient lors des négociations au Conseil, ou, en tout cas, ses observations ne portent pas sur des points fondamentaux du texte. Le fait que le français fut, au moins jusqu'à la fin des années 1990, la langue de travail et de rédaction des textes a également joué un rôle, dans la mesure où il a facilité la perméabilité et le dialogue avec le monde juridique de l'Hexagone.

124. Les marques nationales sur la directive relative au détachement des travailleurs- Si on prend l'exemple de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services⁵⁶⁷, on remarque que l'exposé des motifs de la proposition de directive⁵⁶⁸ présente les différentes réglementations nationales du contrat de travail, susceptibles de constituer une source de concurrence déloyale notamment pour les pays qui, comme la France, prévoyaient des dispositions beaucoup plus protectrices des travailleurs, sans pour autant se référer à des dispositions nationales régissant la question du détachement des travailleurs. On se rend alors compte que des 12 Etats membres que comptait la Communauté en 1991 (année de la publication de la proposition) seuls deux, à savoir la Belgique et la France, consacraient des dispositions spécifiques aux travailleurs détachés.

⁵⁶⁶ V. *supra* sous n° 14 et s.

⁵⁶⁷ Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOCE L* 018 du 21/01/1997 p. 0001 - 0006.

⁵⁶⁸ COM(91) 230 final du 1^{er} août 1991.

En effet, la France, pays « importateur » de travailleurs, était déjà confrontée à la question, notamment après l'arrêt *Rush Portuguesa*, rendu par la CJCE en 1990⁵⁶⁹. Le législateur avait alors réagi en adoptant une circulaire administrative pour les entreprises européennes du bâtiment et des travaux publics⁵⁷⁰. La circulaire désignait les règles applicables sur un certain nombre de domaines, tels que le salaire minimal, la durée maximale du travail ou le repos hebdomadaire⁵⁷¹. Certes, l'alignement des dispositions de la proposition de directive et de la circulaire ne saurait nous amener à déduire que cette dernière a constitué une source directe du droit européen, d'autant plus que la circulaire était adoptée à peine 3 mois avant la publication de la proposition et qu'elle n'est nullement citée dans les travaux préparatoires de la Commission. Il s'agit donc plutôt d'une anticipation sur la directive⁵⁷² que d'une influence directe. Il n'en demeure pas moins que la proposition allait dans le sens tant des intérêts de la France en tant que pays qui reçoit de la main-d'œuvre étrangère que de la réglementation du droit français, particulièrement protectrice des travailleurs.

Ainsi, la délégation du Sénat chargée d'examiner une des modifications de la proposition de directive, après avoir précisé que « les dispositions françaises applicables en la matière vont au-delà des exigences de la proposition de directive » souligne que la France a « un intérêt évident à l'adoption de la proposition »⁵⁷³. Cet intérêt français à l'adoption de la directive explique d'ailleurs le fait que, lorsque les

⁵⁶⁹ CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Lda contre Office national d'immigration*, Aff. C-113/89, Rec. I-01417. Lors de cette affaire, opposant une société publique portugaise qui avait conclu un contrat de sous-traitance pour la construction d'une ligne de chemin de fer en France, à l'Office National de l'Immigration, la Cour a répondu à une question préjudicielle posée par le Tribunal Administratif de Versailles, en énonçant qu'« une entreprise établie au Portugal qui fournit des prestations de services dans le secteur de la construction et des travaux publics dans un autre État membre peut se déplacer avec son propre personnel qu'elle fait venir du Portugal pour la durée des travaux concernés. Dans un tel cas, les autorités de l'État membre sur le territoire duquel les travaux doivent être réalisés ne sauraient imposer des conditions au prestataire de services qui concernent l'embauche de main d'œuvre sur place ou l'obtention d'une autorisation de travail pour le personnel portugais ».

⁵⁷⁰ Circulaire du 2 mai 1991, publiée dans les *Liaisons sociales*, législation sociale, D2, n°6524 du 21 mai 1991.

⁵⁷¹ Pour une présentation détaillée de la circulaire ainsi que de ses modifications par la loi quinquennale du 20 décembre 1993, v. parmi d'autres Sophie ROBIN, « L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger », *Dr. soc.* 1994, p. 127-135, not. p. 131.

⁵⁷² V. à ce titre Sophie ROBIN, « L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger », *ibidem*. Sur la question de l'application anticipée des directives européennes v. *infra* sous n° 307 et s.

⁵⁷³ Senat, Commission des affaires européennes, réunions du 25 octobre et 22 novembre 1995.

négociations entre les Etats membres menaient à une impasse –notamment à cause des désaccords à propos de l'article 3 de la proposition– faisant craindre qu'elles n'aboutissent pas à l'adoption de la directive, le législateur français a adopté l'article 36 de la loi quinquennale du 20 décembre 1993⁵⁷⁴. Rajoutant un article L. 341-5 au Code du Travail, cette loi non seulement se rapprochait davantage du texte de la proposition mais assurait une meilleure protection des salariés, dans la mesure où elle ne prévoyait pas de durée minimale du contrat de travail pour que ses dispositions soient applicables.

A la lecture de l'exposé des motifs accompagnant la proposition, un autre détail saute aux yeux du juriste français: dès les premières pages, une référence à l'article d'Antoine Lyon-Caen « Le droit, la mobilité et les relations de travail : quelles perspectives »⁵⁷⁵ est faite dans l'objectif de justifier la nécessité d'une intervention européenne en la matière⁵⁷⁶ ; une référence anodine de prime abord mais qui démontre bien la pénétration du droit et de la doctrine français et leur prise en considération par les rédacteurs du projet. D'ailleurs, il n'est pas sans intérêt de noter que les influences françaises sur le droit européen du travail aient été beaucoup plus visibles pendant les huit années de la présidence de Jacques Delors⁵⁷⁷.

125. Les marques nationales sur la directive relative aux licenciements collectifs– Il est évident que plus le nombre d'Etats membres est restreint plus les traces nationales sont facilement identifiables. Ainsi, au moment de la présentation de la proposition de directive sur les licenciements collectifs⁵⁷⁸, la Communauté ne comptait que les six Etats fondateurs⁵⁷⁹, ce qui assure une meilleure traçabilité des marques nationales à la fois sur le texte de la proposition et sur les négociations.

⁵⁷⁴ Loi 93-313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

⁵⁷⁵ Antoine LYON-CAEN « Le droit, la mobilité et les relations de travail : quelles perspectives » *Rev. Marché Commun*, n°334, 1991, p. 108-113.

⁵⁷⁶ « Une nouvelle mobilité intra-communautaire des travailleurs dans le cadre de leur emploi, différente de la mobilité traditionnelle à la recherche d'un nouvel emploi, se développe de plus en plus dans la Communauté européenne », v. l'exposé des motifs de la communication, COM(91) 230 final du 1^{er} août 1991, p. 2 paragraphe 1.

⁵⁷⁷ Etant donné que Jacques Delors était Président de la Commission de 1985 à 1993, la proposition de directive a été adoptée pendant sa présidence, même si le texte final a été voté pendant la présidence de Jacques Santer.

⁵⁷⁸ Cette proposition a finalement abouti à l'adoption de la directive 75/129/CEE du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE L 048* du 22/02/1975, p. 0029 - 0030.

⁵⁷⁹ La proposition est en effet publiée le 8 novembre 1972, avant, donc le premier élargissement de 1973, par lequel le Royaume Uni, l'Irlande et le Danemark ont adhéré à la Communauté.

Ladite directive, la première importante intervention européenne en matière de contrat conclu par le travailleur, constitue un exemple par excellence de création des normes européennes sur la base des droits nationaux. Cette perméabilité ressort d'ailleurs clairement de l'argumentation de la Commission. « C'est dans ce sens qu'a été conçue la proposition de directive ci-après qui, d'une part, *se base sur les dispositions et procédures en vigueur dans les Etats membres* mais qui, d'autre part, prévoit leur rapprochement afin d'éliminer des conséquences très divergentes, voire contradictoires » lit-on dans l'exposé des motifs de la proposition modifiée⁵⁸⁰. Cette même idée est également affirmée par le Conseil qui énonce, quelques jours avant la publication de la proposition, qu'il convient « d'examiner *la situation dans les divers Etats membres* afin de pouvoir, le cas échéant, déterminer les mesures qui peuvent être prises *utilement* sur le plan communautaire »⁵⁸¹.

Les droits nationaux servant de point de départ, la Commission s'est engagée, à la suite de l'accord intervenu le 5 juin 1967 au sein du Conseil, à effectuer et à transmettre à ce dernier une étude sur les dispositions nationales en faveur des travailleurs en cas de licenciement collectif, ainsi qu'à organiser des consultations avec les partenaires sociaux. Un rapport de synthèse, exposant de manière très détaillée l'état des droits nationaux est alors rédigé⁵⁸² et transmis le 16 mai 1972 au Conseil et la Commission des affaires sociales du Parlement. Dans le rapport, traitant le licenciement tant individuel que collectif, le droit français occupe une place prépondérante, notamment à cause de la protection qu'il assurait aux travailleurs, tant avant qu'après le licenciement. Ce rapport a été, par la suite, utilisé comme base pour déterminer les questions sur lesquelles porterait l'intervention européenne ainsi que pour fixer le contenu des règles proposées. Par ailleurs, le gouvernement français a transmis au Conseil, à titre d'information, une note présentant ses réponses adressées au Bureau international du travail sur la cessation de la relation de travail⁵⁸³.

⁵⁸⁰ COM(73)1980 final du 26 novembre 1973, p. 3 (nous soulignons).

⁵⁸¹ Conseil, Addendum au doc. R/2329/72, SOC 237 du 2 novembre 1972, p. 1.

⁵⁸² *Dispositions en faveur des travailleurs en cas de licenciement dans le droit des pays membres des Communautés Européennes. Rapport de synthèse et conclusions de la Commission*, SEC(72)1516 final du 3 mai 1972.

⁵⁸³ Note de transmission au Conseil du 28 novembre 1961, 1515/61, SOC 136.

Il a été alors décidé de limiter le champ d'application de la proposition de directive sur trois points de la réglementation des licenciements collectifs : la notion de licenciement collectif, le rôle des organes de représentation des travailleurs et celui des autorités publiques. Il convient donc d'examiner les marques du droit français⁵⁸⁴ sur chacun de ces points, marques plus ou moins importantes. Dans la mesure où les dispositions de la proposition sur ces questions ont été reprises, avec de légères modifications par la directive, les influences françaises sont, par voie de conséquence, répercutées sur le texte final.

126. La notion de licenciement- En ce qui concerne la notion de licenciement collectif, il ressort des rapports de la Commission mais aussi du Parlement⁵⁸⁵ que les droits nationaux examinés connaissaient deux approches différentes en la matière : la grande majorité des pays⁵⁸⁶ utilisait un critère quantitatif afin de définir le licenciement collectif, consistant en un nombre figé ou un pourcentage de travailleurs licenciés. L'autre approche, pratiquée principalement par le droit français⁵⁸⁷ était le critère qualitatif, visant tout licenciement effectué pour des raisons économiques ou techniques, donc pour des raisons non inhérentes à la personne du travailleur⁵⁸⁸. Cette position du droit français a influencé, dans une certaine mesure, les dispositions de la proposition de directive qui a souhaité « concilier les deux approches »⁵⁸⁹. Elle a ainsi considéré comme collectif tout

⁵⁸⁴ Pour une analyse des positions du droit positif ainsi que de la jurisprudence française sur les questions touchées par la directive, v. la note transmise au Conseil par la Représentation Permanente de la France, *Note relative aux règles françaises applicables en matière de licenciement collectif*, transmise au Conseil le 28 septembre 1972, R/1995/72, SOC 198.

⁵⁸⁵ V. not. l'avant-projet de rapport de la Commission des affaires sociales et de la santé publique du Parlement du 21 décembre 1972, doc. 200/72 (rapporteur: M. L. Delia Briotta).

⁵⁸⁶ V. not. L'Allemagne, le Luxembourg, la Belgique et, dans une certaine mesure l'Italie, les Pays-Bas n'ayant pas de définition légale de la notion.

⁵⁸⁷ V. en ce sens la note d'information sur l'état des droits nationaux rédigée par les services de la Commission et adressée au Conseil, *Note d'information au Conseil concernant les licenciements collectifs*, SEC(72) 2435 final du 12 juillet 1972, p. 2.

⁵⁸⁸ V. à ce titre l'ordonnance n°45-1030 du 24 mai 1945 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi, *JO* du 25 mai 1945 page 2970 ; ainsi que l'accord national interprofessionnel du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi.

⁵⁸⁹ Avant-projet de rapport de la Commission des affaires sociales et de la santé publique du Parlement du 21 décembre 1972, *op. cit.*, p. 15.

licenciement effectué pour un motif non inhérent à la personne du travailleur et affectant un certain nombre déterminé de salariés⁵⁹⁰.

127. Le rôle des représentants des travailleurs dans la procédure de licenciements collectifs– Le deuxième point portait sur le rôle des représentants des travailleurs. Parmi les droits nationaux qui ont servi de source d’inspiration pour la proposition, seule l’Allemagne connaissait un système d’implication très importante des organes représentatifs des travailleurs dans la procédure de licenciement. Toutefois, cette position ne pouvait pas constituer un dénominateur commun, dans la mesure où elle fait partie du contexte allemand très particulier concernant la participation des travailleurs à la prise de décisions dans l’entreprise⁵⁹¹. Parmi les autres systèmes juridiques, seul le français prévoyait une information et une consultation obligatoires, en temps utile des délégués du personnel⁵⁹². Cette thèse a été finalement reproduite par la proposition de directive⁵⁹³, afin de mettre en place une « véritable consultation obligatoire »⁵⁹⁴.

128. L’intervention de l’autorité publique dans la procédure de licenciements collectifs– Enfin, la dernière question concernait l’intervention de l’autorité publique dans la procédure de licenciements collectifs. La subordination du licenciement à l’obtention d’une autorisation de l’autorité publique était prévue notamment en France⁵⁹⁵ et aux Pays-Bas. Les autres Etats membres reconnaissaient simplement une possibilité de notification⁵⁹⁶ ou bien ne prévoyaient aucune disposition spécifique en la matière⁵⁹⁷. Cette position a été adoptée par la proposition, qui n’a cependant pas imposé des délais précis dans lesquels l’autorisation devait être

⁵⁹⁰ V. article 1 de la proposition de directive.

⁵⁹¹ V. *supra* sous n° 14 et s.

⁵⁹² V. notamment l’ordonnance n°45-280 du 22 février 1945, *JO* du 23 février 1945 page 954.

⁵⁹³ V. l’article 4 de la proposition de directive.

⁵⁹⁴ Avant-projet de rapport de la Commission des affaires sociales et de la santé publique du Parlement du 21 décembre 1972, *op. cit.*, p. 15.

⁵⁹⁵ Autorisation par les services de la main d’œuvre, v. l’ordonnance du 24 mai 1945 précitée.

⁵⁹⁶ V. par exemple les dispositions des droits belge, luxembourgeois et, dans une certaine mesure, allemand.

⁵⁹⁷ C’était notamment le cas du droit italien.

obtenue⁵⁹⁸. Cette inspiration est, d'ailleurs, expressément mentionnée dans le rapport du Parlement⁵⁹⁹.

129. Les marques nationales sur la directive relative à l'obligation d'information du travailleur– On peut, d'ailleurs, identifier des traces du droit national même dans des directives qui ont, par la suite, posé des problèmes de transposition en France. Tel est le cas, par exemple, de la directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat de travail⁶⁰⁰. En étudiant les travaux préparatoires de la proposition de directive, adoptée d'ailleurs en un temps record⁶⁰¹, on observe que les droits nationaux prévoyant déjà une obligation pour l'employeur d'informer par écrit le travailleur des termes de son contrat sont examinés de manière détaillée par la Commission. Concrètement, la communication annonçant la proposition de directive⁶⁰² expose de manière détaillée l'état des droits nationaux. Elle mentionne ainsi expressément⁶⁰³ tant les Etats imposant la forme écrite du contrat de travail⁶⁰⁴ – notamment pour certaines formes d'emploi – que ceux qui imposaient une obligation à l'employeur d'informer par écrit les salariés des conditions essentielles de leur contrat. La Commission a choisi une voie médiane entre ces deux options, à savoir l'écrit en tant qu'élément de preuve et l'obligation d'information de l'employeur. D'ailleurs, l'intitulé initial «directive relative à un élément de preuve de la relation de travail», employé par la proposition de directive est indicatif à cet égard. La formation consensuelle du contrat de travail, consacrée, entre autres, par le droit français, n'a pas été donc mise en cause. « Selon la loi, la doctrine et la jurisprudence les plus répandues en Europe, la relation de travail peut être constatée sous n'importe quelle

⁵⁹⁸ Article 3 de la proposition de directive.

⁵⁹⁹ Avant-projet de rapport de la Commission des affaires sociales et de la santé publique du Parlement du 21 décembre 1972, *op. cit.*, p. 20.

⁶⁰⁰ Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, *JOCE* L 288 du 18.10.1991, p. 32–35.

⁶⁰¹ En effet, la proposition a été publiée en janvier 1991 et le texte final a été adopté en octobre de la même année.

⁶⁰² COM(90) 563 final du 8 janvier 1991.

⁶⁰³ COM(90) 563 final, *op. cit.*, not. p. 6 et 7.

⁶⁰⁴ C'était le cas uniquement de l'Irlande et du Royaume Uni, ce qui explique pourquoi la directive était plutôt d'inspiration anglo-saxonne.

forme et il doit continuer d'en être ainsi » précise l'avis du Comité économique et social sur la proposition de directive⁶⁰⁵.

130. L'étude comparative sur les dispositions nationales régissant les conditions de travail menée par la Commission– La proposition renvoie aussi à une étude comparative des dispositions régissant les conditions de travail dans les Etats membres, effectuée par les services de la Commission en 1989⁶⁰⁶. Ce rapport de 80 pages couvrant les principales questions de la réglementation des relations de travail (acteurs, sources de réglementation, conflits du travail, réglementation de la relation individuelle etc.) a servi de base et de source d'information aux services de la Commission pour l'élaboration d'un certain nombre de directives en la matière⁶⁰⁷. Indépendamment des disparités nationales flagrantes sur les différents aspects de la réglementation du contrat de travail, il est intéressant d'observer que la présentation générale des conditions de validité du contrat est tout à fait familière au juriste français. En effet, l'étude se réfère expressément aux quatre conditions de validité des contrats exigées par le Code civil, à savoir la capacité de contracter, le consentement, la cause et l'objet du contrat⁶⁰⁸. Si on considère que certaines notions comme la cause sont des éléments phares et des traits caractéristiques du droit français, on pourrait penser que cette étude constitue l'une des dernières traces du rayonnement du droit civil français, qui a connu son apogée pendant le 19^{ème} siècle⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ CES, Avis du 24 avril 1991, SOC/208, p. 2.

⁶⁰⁶ En effet, le Conseil européen des 28 et 29 juin 1988 à Hanovre avait chargé la Commission d'effectuer une telle étude comparative et de rendre un rapport de synthèse. *Etude comparative des dispositions régissant les conditions de travail dans les Etats membres de la Communauté*, SEC(89) 1137 du 30 juin 1989.

⁶⁰⁷ V. par exemple la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services précitée. L'exposé des motifs accompagnant la proposition de cette directive fait également référence aux conclusions de l'étude comparative, COM(91)230 final, *op. cit.*, p. 9.

⁶⁰⁸ « L'âge requis pour avoir la pleine capacité de contracter est de 18 ans révolus dans tous les Etats membres. [...] Le consentement doit être obtenu conformément au droit civil ou commun. La violence, le dol et l'erreur sont des causes d'annulation. L'objet du contrat (prestation de travail) et sa cause (les obligations des deux parties) doivent être possibles et licites, autrement dit conformes à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs », *Etude comparative des dispositions régissant les conditions de travail dans les Etats membres de la Communauté*, SEC(89) 1137 du 30 juin 1989, p. 15.

⁶⁰⁹ V. parmi d'autres, l'analyse très intéressante de Sylvain SOLEIL, « Le succès des modèles juridiques français dans le monde au XIX^e siècle. Retour sur quatre clefs d'explication » in *Journées juridiques francopolonaises. Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens* (ouvrage collectif), Paris, mare & martin, 2013, p. 557-594.

131. La prise en considération de la notion de lien de subordination-

Enfin, on retrouve dans l'exposé des motifs accompagnant la proposition de directive, la notion de lien de subordination constituant, comme on l'a déjà exposé⁶¹⁰, la pièce maitresse de la conception du contrat de travail en droit national. Concrètement, la proposition justifie la pertinence de l'intervention de l'Union dans un souci de protection du travailleur, confronté de plus en plus à des formes diversifiées de travail. « La mise en place de nouvelles formules de travail à distance, comme le télé-travail, peut également contribuer à l'altération du lien de *subordination constitutif du contrat de travail, qui caractérise la situation du salarié* »⁶¹¹ rajoute la communication qui reflète parfaitement sur ce point la position du système juridique français.

⁶¹⁰ V. *supra* sous n° 14 et s.

⁶¹¹ COM(90)563 final, *op. cit.*, p. 3 (nous soulignons).

Paragraphe II : Les influences nationales après la publication de la proposition législative européenne

132. Les marques nationales sur la directive relative au détachement des travailleurs- L'ampleur des modifications obtenues à la suite des interventions ou des demandes françaises pendant la période des négociations, varie, comme on l'a déjà mentionné, en fonction de la mesure dans laquelle le droit ou les intérêts français ont été pris en compte par la proposition législative. Ainsi, si on mentionne l'exemple de la directive 96/71/CE sur le détachement de travailleurs qui était alignée tant sur le droit français que sur les intérêts de la France en tant que pays qui « importe » des travailleurs⁶¹², on observe que les revendications françaises se focalisent sur deux points principaux: englober expressément la possibilité pour les Etats membres de prévoir des dispositions plus favorables aux travailleurs dans leur droit national d'une part ; supprimer toute exclusion du contrat de travail du champ d'application de la directive, indépendamment de sa durée. La proposition de directive prévoyait, en effet, dans son article 3§2 que la directive ne serait pas applicable aux contrats de travail d'une durée inférieure à trois mois. Ces deux points, soulevés dès la toute première réunion du groupe de travail au Conseil⁶¹³, ont constitué l'arsenal majeur de la France tout au long des négociations.

133. Le maintien des dispositions nationales plus favorables- La première revendication, justifiée par la préoccupation de la France de maintenir la possibilité de continuer à appliquer le droit français, jugé plus protecteur que certaines dispositions de la directive, a été facilement acceptée et insérée dans la première proposition modifiée, présentée par la Commission⁶¹⁴. Un nouveau paragraphe 3 est alors ajouté à l'article 3 énonçant que « les dispositions du paragraphe 1 ne font pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs prévues par la législation applicable ». Il est, d'ailleurs, intéressant de noter que l'exposé des motifs, censé expliquer les modifications apportées au texte

⁶¹² V. *supra* sous 102 et s.

⁶¹³ V. le résumé des travaux du Groupe des Questions sociales du 1^{er} octobre 1991, Conseil 4165/92 SOC 18, not. p. 13 (La France demande de préciser que les conditions de travail plus favorables au pays d'origine ne sont pas préjugées) et 15 (La France demande la suppression des exclusions, en évoquant le risque de détournement de la directive par les travaux répétitifs difficilement discernés).

⁶¹⁴ Proposition modifiée par la Commission, COM(93)225 final du 15 juin 1993.

initial, lorsqu'il se réfère à l'addition dudit paragraphe en la justifiant uniquement par sa conformité à l'avis du Parlement – comme pour donner une légitimité supplémentaire à la modification– alors que celle-ci constituait une proposition expresse de la France⁶¹⁵.

134. La suppression de la condition de durée minimale du contrat de travail– Le second point d'intérêt français portait sur la suppression de la durée minimale de trois mois pour que les dispositions de la directive soient applicables sur un contrat de travail. Cette question de la durée minimale prit l'allure de la plus grande divergence entre les dispositions du droit français et celles de la proposition européenne. Dans un premier temps, la position française en la matière était très ferme, la délégation de la France répétant à plusieurs reprises qu'il s'agissait « d'un point politique fondamental »⁶¹⁶. Une promotion des thèses françaises était faite auprès des députés européens. Les fruits de cette pression sont visibles sur la première série de modifications apportées par le Parlement qui a proposé de réduire la durée minimale à un mois⁶¹⁷. La proposition a été acceptée par la Commission et englobée dans la première proposition modifiée de directive⁶¹⁸. Là encore, aucune référence à la revendication de la France n'est faite dans l'exposé des motifs de la proposition modifiée, qui cherche à fonder la légitimité de la réduction du délai initial sur l'avis du Parlement ainsi que sur la cohérence avec l'article 4§3 de la directive 91/533/CEE⁶¹⁹, pourtant sans rapport direct avec la directive en discussion⁶²⁰. Malgré cette prise en compte –ne serait-ce que partielle– de son argumentation, la France a continué à soulever constamment son attachement au principe «seuil zéro»

⁶¹⁵ « Le paragraphe 3 a été inséré afin de refléter l'avis du Parlement et a pour but de garantir l'application des conditions de travail plus favorables prévues par la législation applicable, généralement la législation du pays d'origine » mentionne l'exposé des motifs, Proposition modifiée par la Commission, COM(93)225 final, *op. cit.*, p. 4.

⁶¹⁶ V. à titre d'exemple le résumé des travaux du Groupe des Questions sociales du 24 septembre 1992, Conseil 8255/92 SOC 265, p. 19.

⁶¹⁷ V. l'avis du Parlement en première lecture du 10 février 1993, *JOCE C* 1993/72/85.

⁶¹⁸ COM(1993) 225 final du 15 juin 1993.

⁶¹⁹ Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, précitée.

⁶²⁰ « Le paragraphe 2 a été modifié à la demande du Parlement. [...] Le nouveau délai [...] est conforme à l'article 4 paragraphe 3 de la directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le salarié des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail. Ledit article autorise l'employeur à ne pas délivrer une nouvelle déclaration écrite à un travailleur détaché lorsque le détachement dure moins d'un mois», COM(93) 225 final, *op. cit.*, p. 4.

ou «dès le premier jour»⁶²¹. Elle a fini par céder « à titre de compromis »⁶²² lorsque les négociations ont été activement reprises, après une assez longue période de dialogue infructueux.

135. Les marques nationales sur la directive relative aux licenciements collectifs- Dans le cas de la directive 75/129/CEE du 17 février 1975 sur les licenciements collectifs⁶²³, le droit français avait déjà exercé, comme on l'a expliqué⁶²⁴, une certaine influence sur le texte de la proposition. Les efforts de la délégation française pendant la période des négociations se sont alors focalisés sur des points périphériques, en vue notamment de promouvoir des solutions plus favorables aux travailleurs, conformément à la conception du droit français. Afin de faciliter cette démarche, la Représentation permanente de la France a transmis au groupe de travail du Conseil un *non-paper* résumant les règles françaises applicables en matière de licenciement collectif⁶²⁵. Toutefois, un nombre très restreint de ces revendications a été finalement pris en considération par le texte final, la participation aux négociations du Royaume Uni qui avait, entre-temps, adhéré à la Communauté ne facilitant pas l'adoption des thèses d'inspiration française.

136. La question de la procédure de licenciement- Ainsi, sur la question de la procédure de licenciements, la France a obtenu qu'aucun délai précis ne soit imposé pour la durée des consultations des représentants des travailleurs et, partant, pour la notification, par la suite, du projet des licenciements à l'autorité. Ce point est alors resté sous réglementation nationale. « La durée des consultations est régie en France par des règles qui font varier cette durée suivant la taille de l'entreprise. Il serait donc opportun de ne pas intervenir dans ce domaine dans les dispositions

⁶²¹ V. à titre d'exemple le résumé des travaux du Groupe des Questions sociales du 15 novembre 1994, Conseil 10899/94 SOC 319, p. 7.

⁶²² V. le résumé des travaux du Groupe des Questions sociales du 20 mars 1996, Conseil 5682/96 SOC 69, p. 4.

⁶²³ Directive 75/129/CEE du 17 février 1975, précitée.

⁶²⁴ V. *supra* sous n° 102 et s.

⁶²⁵ *Note relative aux règles françaises applicables en matière de licenciement collectif*, transmise au Conseil le 28 septembre 1972, R/1995/72, SOC 198.

internes » a invoqué à plusieurs reprises la délégation française lors des négociations au Conseil⁶²⁶. Cette thèse a été finalement adoptée dans le texte final.

137. Le maintien des dispositions nationales plus favorables– La France a donc accepté, à titre de compromis, d'abandonner certaines de ses revendications, en échange d'une disposition permettant aux Etats membres d'introduire ou de maintenir des règles plus favorables aux travailleurs. Tel était le cas, à titre d'exemple, de l'article 4§4 de la proposition permettant à l'autorité publique de refuser les licenciements collectifs si, après vérification, les motifs invoqués par l'employeur se révèlent inexacts, qui était d'inspiration française. Face à la demande de suppression invoquée par tous les autres Etats, la délégation française a déclaré qu' « elle était prête à faire un effort pour aboutir à un résultat positif, étant donné que les législations nationales peuvent toujours être plus favorables aux travailleurs que la directive »⁶²⁷. Ainsi, l'article 5 du texte final de la directive prévoit expressément cette faculté, alors qu'elle n'était pas englobée dans le texte de la proposition.

138. Nuancer la portée des influences nationales sur la réglementation européenne du contrat conclu par le travailleur– En somme, on peut remarquer que l'influence du droit français sur la réglementation du contrat conclu par le travailleur au niveau européen est bel et bien existante, notamment jusqu'à la fin des années 1990 et surtout pendant la période où Jacques Delors était à la direction de la « Princesse » des institutions. Toutefois, dans l'ensemble, elle reste quelque peu en sourdine. En effet, avant le grand élargissement de 2004 le droit social européen était principalement sous l'influence française et allemande, ce qui est expliqué à la fois par le rayonnement de ces deux systèmes juridiques nationaux à l'échelle européenne ET par le rôle de ces pays dans la construction européenne.

Cependant, le bilan de la prise en compte concrète des positions du droit français, tant en amont qu'en aval, demeure plutôt mitigé. Indépendamment des rapports de force politiques tant à la Commission qu'au Conseil, le caractère du droit

⁶²⁶ Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales, réunion du 3 avril 1974, Conseil 754/74 SOC 78, p. 10 bis et 11 bis.

⁶²⁷ Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales au Conseil, réunion du 25 septembre 1974, Conseil 1621/74 SOC 193.

français, très protecteur du travailleur pourrait constituer une explication. En effet, le contrat de travail présentant une forte identité nationale, les institutions européennes ont très progressivement commencé à y intervenir afin d'assurer, dans un premier temps, le fonctionnement du marché intérieur et, ensuite, une protection sociale⁶²⁸.

La protection accrue garantie par le droit français⁶²⁹ ne pourrait donc que très difficilement constituer un dénominateur commun, acceptable par les autres Etats membres, étant donné que la grande majorité de directives adoptées en la matière est d'harmonisation minimale⁶³⁰. La délégation française au Conseil a souvent « déploré la tournure que prennent les négociations », en regrettant « qu'il n'apparaisse pas possible d'aller plus loin pour que l'harmonisation des législations sociales se traduise par un progrès plus net de la protection accordée aux travailleurs »⁶³¹. C'est, d'ailleurs, une des raisons pour lesquelles les thèses françaises sont beaucoup plus favorablement accueillies par le Parlement ou le Comité économique et social que par la Commission ou le Conseil.

⁶²⁸ « Les différences importantes en matière de protection des travailleurs en cas de licenciement collectif ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun, en ce qu'elles créent des disparités dans les conditions de concurrence » mentionne la Commission dans sa proposition modifiée de directive sur les licenciements collectifs pour ajouter aussitôt que son objectif était d' « obtenir qu'une réglementation communautaire concernant les licenciements collectifs réponde au mieux à sa double finalité: fonction de protection sociale et régulateur économique ». COM(73) 1980 du 26 novembre 1973, p. 1 et 3 respectivement. Sur cette question v. également *infra* sous n° 161 et s.

⁶²⁹ « Si on compare la solution préconisée par la Commission avec celle en vigueur en France, l'on constate que la législation française est conçue de telle sorte qu'elle assure aux travailleurs une plus grande protection » remarque la délégation de la France au Conseil réagissant au rapport de la Commission sur l'état de droit aux Etats membres concernant les licenciements collectifs. Note des travaux au Conseil, réunion du 5 mai 1972, Conseil 1275/72 SOC 148, p. 6 et 7.

⁶³⁰ Sur cette question v. également *infra* sous n° 211 et s.

⁶³¹ V. à propos de la directive 75/129/CEE sur les licenciements collectifs, Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales, réunion du 24 avril 1974, Conseil 860/74 SOC 87, p. 29 bis.

SECTION 2 : LES MARQUES NATIONALES SUR LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE DU CONTRAT DE CONSOMMATION

139. Une influence nationale de portée réduite– La première impression du juriste qui cherche à identifier les marques nationales sur la réglementation européenne du contrat conclu par le consommateur et que celles-ci sont moins visibles que celles portant sur le contrat conclu par le travailleur. Pourtant, on a pu constater que le droit national a développé un système de protection du consommateur, partie faible au contrat, assez avancé⁶³². On aurait, ainsi, pu s'attendre à une influence plus visible. Deux raisons sont susceptibles d'expliquer ce phénomène : d'une part, l'évolution du droit national en la matière, étant donné que, contrairement au droit du travail, le droit de la consommation a une histoire beaucoup moins longue au niveau national. Par conséquent, son essor au niveau national coïncide avec le développement des règles européennes en la matière, ce qui explique également l'ampleur des empreintes nationales sur le droit européen. En d'autres termes, le droit national de la consommation a, en quelque sorte, « grandi » avec le droit européen de la consommation. Toutefois, les influences nationales sont loin d'être inexistantes, notamment lorsque les réglementations européennes ont des répercussions plus ou moins directes sur le droit civil. Le caractère complexe ou casuistique du droit national préexistant constitue, comme on le verra, une autre explication de cette influence réduite.

De la même manière que pour le travailleur, on essaiera d'identifier les marques nationales sur la réglementation européenne du contrat conclu par le consommateur. Il est évident que les remarques préliminaires de caractère général faites à l'occasion de l'examen du contrat de travail valent aussi pour le contrat de consommation *mutatis mutandis*. Seront examinées les influences en amont, d'une part (*Paragraphe I*) et celles en aval, d'autre part (*Paragraphe II*).

⁶³² V. *supra* sous n° 59 et s.

Paragraphe I: Les influences nationales avant la publication de la proposition législative

140. Les marques nationales sur la directive relative aux clauses abusives- Un des projets les plus importants entrepris à l'échelle européenne concernant le contrat de consommation est sans nul doute celui de la réglementation des clauses abusives, qui a finalement abouti à l'adoption de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993⁶³³. L'importance du projet, résidant surtout dans son ampleur ainsi que son caractère moins ponctuel que les autres interventions européennes en matière de protection du consommateur⁶³⁴, explique, au moins en partie⁶³⁵, la durée des travaux préparatoires. Ils ont été entamés dès 1975, avec l'élaboration des projets de propositions qui ont été discutés avec les experts gouvernementaux, et ont duré presque 20 ans. Il va de soi que, afin de mener à bien ce projet, les services de la Commission ont lancé une vaste consultation au niveau national et ont étudié de manière approfondie l'état de droit dans les Etats membres, six au moment où les premières discussions ont été abordées, douze au moment de la publication de la proposition.

141. L'approche *ad hoc* de la loi de 1978 empêchant l'adoption du système national- Cette utilisation des droits nationaux comme source d'inspiration et point de départ est apparente dans l'exposé des motifs accompagnant la proposition de directive. Pas moins de 65 pages sont, alors, consacrées à la

⁶³³ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L 095 du 21/04/1993 p. 0029 - 0034.

⁶³⁴ Il est intéressant de noter que la Commission juridique du Parlement a exprimé, à l'occasion de l'examen du document de réflexion de 1984 rédigé par la Commission, l'avis qu'une directive dans le domaine ne devrait pas concerner uniquement la protection des consommateurs mais avoir un champ d'application beaucoup plus général. V. le rapport de M. Geoffrey Hoon (rapporteur de la Commission juridique) Parlement Européen, Rapport sur les clauses abusives dans les contrats (Commission juridique et des droits des citoyens, Rapporteur M. Geoffrey W. Hoon) du 13 janvier 1986, Doc. A 2-194/85, PE 100.391/déf., p. 6. Sur cette question v. *infra* sous n° 161 et s. D'ailleurs, la Commission justifie dans son exposé des motifs de la proposition de directive son champ d'application assez restrictif en notant que « les temps ne sont pas mûrs pour un rapprochement ou une unification des législations nationales sur l'ensemble des obligations contractuelles et quasi contractuelles, ni même sur le domaine limité de la vente de biens et la fourniture de services ». COM(90) 322 final du 3 septembre 1990, p. 13.

⁶³⁵ L'autre explication serait l'intense activité législative entreprise par les Etats membres entre 1974 et 1987. V. en ce sens l'exposé des motifs de la Commission, accompagnant la proposition de directive, COM(90) 322 final, *op. cit.*

présentation des législations nationales. La réglementation consacrée par le droit français détient une place importante, à cause de sa « structure très différente de celle des autres Etats membres »⁶³⁶, même si l'exposé des motifs qualifie d'« un des événements les plus intéressants des années soixante-dix dans le domaine des clauses contractuelles abusives »⁶³⁷ l'adoption de la loi allemande du 9 décembre 1976⁶³⁸. La particularité française réside dans une approche qualifiée de « droit administratif »⁶³⁹ adoptée par la loi du 10 janvier 1978⁶⁴⁰. En effet, en vertu des articles 35 à 38 de ladite loi, pouvaient être réputées non écrites des clauses contenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou consommateur, lorsqu'elles étaient imposées à ce dernier par un abus de puissance économique et conféraient à son cocontractant un avantage excessif⁶⁴¹. Contrairement à la majorité des Etats membres, la législation française ne prévoyait aucune liste « noire » ou « grise » de clauses mais elle mettait en place la Commission des clauses abusives qui recommandait la suppression ou la modification des clauses pouvant être ensuite interdites par des décrets en Conseil d'Etat. Bien qu'assurant une protection élevée pour le consommateur, surtout grâce à sa portée générale⁶⁴², le système adopté en France n'a pas pu constituer –en tout cas pas directement– un modèle à suivre pour le législateur européen, notamment à cause de cette réglementation *ad hoc* de chaque clause, qui ne rassurait ni les institutions européennes⁶⁴³ ni les autres Etats membres. D'ailleurs, nous avons pu constater que la jurisprudence de la Cour de cassation a finalement contourné la condition posée

⁶³⁶ COM(90) 322 final, *op. cit.*, p. 16.

⁶³⁷ *Idem*, p. 18.

⁶³⁸ *Gesetz zur Regelung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB Gesetz)* du 9 décembre 1976, *Bundesgesetzblatt* 1976, I. S 3317, disponible sur le site internet <http://www.netlaw.de/gesetze/agbg.htm> (consulté le 13.10.2014) Lors de la réforme du Code civil allemand (BGB) en 2002, cette loi a été codifiée dans le BGB.

⁶³⁹ COM(90) 322 final, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁴⁰ Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services complétée par la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs.

⁶⁴¹ *V. supra* sous n° 59 et s.

⁶⁴² On peut citer à titre d'exemple le fait que le droit français n'opérait aucune distinction entre clauses préétablies (standardisées) et clauses négociées, contrairement à d'autres Etats membres, comme le Royaume Uni.

⁶⁴³ « Toutefois, en vertu de la loi de 1978, les tribunaux ne jouissent pratiquement d'aucun pouvoir discrétionnaire. Ils appliquent la lettre de la loi, mais ne peuvent guère faire plus » lit-on dans l'exposé des motifs de la Commission, COM(90) 322 final, *op. cit.*, p. 16.

par l'article 35 de la loi de 1978 qui exigeait l'interdiction de la clause par décret⁶⁴⁴. Un système axé autour d'une liste de clauses présumées abusives a donc été jugé préférable⁶⁴⁵.

142. La définition de la clause abusive- Toutefois, on peut retrouver des marques du droit français sur d'autres points de la proposition de directive. Tel est le cas, par exemple, de la définition de la clause abusive retenue par la proposition qui se réfère au déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties⁶⁴⁶, approche très proche de la notion de l'avantage excessif conféré au professionnel, utilisée par le droit national. Certes, la notion de déséquilibre significatif constitue une appréciation plus globale que celle d'avantage excessif. Toutefois, les deux notions reflètent la conception du droit national, à savoir l'équilibre contractuel rompu. D'ailleurs, le projet de loi sur la protection et l'information des consommateurs, présenté avant la loi de 1978, avait même fait référence explicite au « déséquilibre manifeste des droits et des obligations des parties »⁶⁴⁷.

143. Les actions en cessation- Un autre point concerne le rôle des associations de défense des consommateurs. En effet, pour combler les lacunes du système assez casuistique instauré par la loi du 10 janvier 1978, le législateur a habilité les associations agréées de consommateurs à demander la suppression des clauses abusives englobées dans les modèles de conventions habituellement proposées aux consommateurs⁶⁴⁸. En reflétant cette position française, la proposition de directive prévoit dans ses considérants la possibilité pour les organisations de

⁶⁴⁴ V. *supra* sous n° 59 et s.

⁶⁴⁵ Selon les considérants de la proposition de directive « il est souhaitable d'identifier certains types de clauses qui ne doivent jamais être utilisées dans les contrats conclus avec les consommateurs », *idem* p. 69, 13^{ème} considérant.

⁶⁴⁶ Article 2 de la proposition.

⁶⁴⁷ Article 26 du projet de loi sur la protection et l'information des consommateur (cité par Hélène BRICKS, *Les clauses abusives*, Paris, LGDJ, 1982, p. 9) définissait la clause abusive de la manière suivante : « Dans les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel sur le modèle d'un projet établi en tout ou en partie à l'avance par ce dernier pour y soumettre, sans réelle faculté de modifications de la part des consommateurs, les opérations qu'il propose, *est abusive toute clause ou ensemble de clauses entraînant au détriment du consommateur un déséquilibre manifeste des droits et des obligations des parties* » (nous soulignons). Le fait que les deux notions (avantage excessif et déséquilibre significatif) ont été traitées de manière quasi-identique par la jurisprudence française après la transposition de la directive 93/13/CEE va également dans le même sens.

⁶⁴⁸ Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, *JO* du 6 janvier 1988 p. 219.

protection des consommateurs d'introduire un recours contre des clauses abusives soit devant un tribunal soit devant un organe administratif compétent⁶⁴⁹.

144. Les marques nationales sur la directive relative aux contrats conclus par démarchage– Une autre directive tout aussi importante en matière de protection du consommateur –même si elle concerne un sujet plus ciblé que les clauses abusives- porte de manière plus visible les marques du droit français. Il s'agit de la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux⁶⁵⁰. Là encore les droits nationaux des neuf Etats membres de la Communauté (à l'époque) constituent clairement le point de départ et une présentation détaillée leur est consacrée par la proposition de directive⁶⁵¹.

A la lecture de l'exposé de la Commission on se rend compte que la France disposait d'une des réglementations les plus détaillées en la matière⁶⁵², tout en considérant comme licites –sous certaines conditions- les actes de démarchage. Concrètement, la question était traitée par la loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile⁶⁵³. Grâce à son approche globale, le droit français a influencé tant l'esprit général de la proposition que des dispositions particulières.

145. Le champ d'application de la réglementation– En commençant par le champ d'application de la proposition⁶⁵⁴, on remarque que celui-ci reste assez vaste, en couvrant, comme la loi française, tout contrat signé en dehors d'un établissement commercial. Ledit article *in fine* reprend même la terminologie exacte employée en droit français, en énonçant que « ces contrats ou engagements sont mentionnés ci-

⁶⁴⁹ COM(90) 322 final, *op. cit.*, p. 69, 14^{ème} considérant. Sur la question de recours collectifs des consommateurs après l'intervention européenne, v. *infra* sous n° 307 et s.

⁶⁵⁰ Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *JOCE* L 372 du 31/12/1985 p. 0031 – 0033.

⁶⁵¹ COM(76) 544 final du 12 janvier 1977.

⁶⁵² En effet, sur huit Etats membres deux (l'Italie et l'Irlande) ne prévoyaient aucune règle spécifique en la matière, deux (le Danemark et le Luxembourg en principe et dans une certaine mesure l'Allemagne) interdisaient de manière quasi-absolue la vente en dehors de l'établissement commercial, deux autres (la Belgique et l'Allemagne) réglémentaient uniquement certains aspects de la question (ex. vente à tempérament) et uniquement les Pays-Bas étaient dotés d'un ensemble de règles un peu plus complet.

⁶⁵³ Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, *JO* du 23 décembre 1972, p. 13348.

⁶⁵⁴ Article 1 de la proposition de directive, COM(76) 544 final *op. cit.*.

après sous les termes de « contrats négociés par démarchage à domicile ». Toujours dans le champ d'application de la directive, la notion de consommateur est exprimée en termes très généraux tout en précisant que la directive ne concerne que les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur. « Celle-ci (la proposition de directive) ne s'applique pas aux contrats conclus entre deux commerçants ou entre deux consommateurs puisque, dans ce cas, en général aucune des deux parties n'est désavantagée par rapport à l'autre » explique le rapport du Parlement Européen examinant la proposition⁶⁵⁵. On peut alors remarquer l'écho de la définition du consommateur accordée par le droit français qui mettait l'accent sur l'avantage excessif conféré au professionnel mais également la conception nationale de la réglementation du contrat conclu par le consommateur, axée sur le rééquilibrage contractuel.

146. Les modalités contractuelles- L'article 3 de la proposition impose la forme écrite du contrat conclu par démarchage ainsi que les mentions obligatoires que celui-ci doit comporter, à l'instar de la loi de 1972. La totalité des mentions prévues par l'article 2 de ladite loi figurent dans la proposition de directive et sont même reprises dans le même ordre. Il en est de même pour l'obligation d'une signature du contrat de la main propre du consommateur⁶⁵⁶, le délai de rétractation de sept jours⁶⁵⁷ ainsi que l'interdiction de renoncer au droit de rétractation⁶⁵⁸. Quant au point de départ du délai de réflexion, selon le droit français le délai commençait à compter à partir de la commande ou l'engagement de l'achat⁶⁵⁹, alors que l'article 6§2 de la proposition restait assez flou en la matière, permettant ainsi aux Etats membres de prévoir que le délai commencerait à courir à compter d'une date ultérieure à celle de la signature du contrat. Comme l'explique l'exposé des motifs de la Commission, l'article 6 laisse sciemment place à plusieurs réglementations, dans la mesure où « dans les Etats membres où un tel droit de révocation existe dès à présent,

⁶⁵⁵ Rapport du Parlement européen sur la proposition de directive concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, doc. 227/77 du 29 août 1977 (rapporteur M. James Spicer), p. 13.

⁶⁵⁶ Article 4§1 de la proposition COM(76) 544 final, *op cit.*

⁶⁵⁷ Article 6§1 de la proposition, *idem*.

⁶⁵⁸ Article 6§4 de la proposition *idem*.

⁶⁵⁹ Article 4 de la loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 précitée.

différentes solutions ont été adoptées sur le point de savoir si le contrat n'est formé qu'à l'issue du délai de réflexion ou s'il l'est déjà avant l'expiration de ce délai »⁶⁶⁰.

Quant à la règle protectrice de l'article 4 de la loi de 1972, à laquelle le législateur français a accordé une importance particulière, elle n'a été que partiellement reprise par la proposition. En effet, alors que cet article interdisait tout paiement du professionnel avant l'expiration du délai de réflexion de sept jours, l'article 9 de la proposition permet au professionnel de demander le paiement d'un acompte.

147. L'absence de marques françaises sur la directive relative à la multipropriété en temps partagé, malgré l'existence d'un système juridique national développé– Enfin, un autre exemple portant très clairement des marques nationales est celui de la proposition de directive concernant la protection des acquéreurs dans les contrats portant sur l'utilisation d'objets immobiliers en régime de jouissance à temps partagé⁶⁶¹, directive communément appelée « *timeshare directive* »⁶⁶². A la différence des deux autres exemples qu'on vient de mentionner, ce projet législatif portait sur un sujet très pointu et assez technique et rares étaient les législations nationales qui y consacraient des dispositions spécifiques. Toutefois, comme c'était le cas de la proposition relative aux clauses abusives, le droit français, bien qu'il disposât d'une législation spécifique en la matière, n'a pas considérablement influencé l'initiative législative européenne, notamment à cause de sa complexité.

Le caractère technique de la question et l'absence des dispositions particulières dans la majorité des ordres juridiques nationaux, justifie en partie la longueur de l'exposé des motifs de la proposition, qui contient à la fois une analyse économique et une présentation très détaillée des systèmes mis en place par les droits nationaux. Hormis le fait que la pratique dite de multipropriété avait

⁶⁶⁰ COM(76) 544 final, *op. cit.*, p. 8.

⁶⁶¹ Proposition du 24 juillet 1992, COM(92) 220 final, qui a donné lieu à la directive 94/47/CE du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *JOCE L 280* du 29.10.1994, p. 83-87.

⁶⁶² Selon le rapport de la Commission la dénomination française «droit de jouissance à temps partagé» est préférable «pour des raisons d'exactitude conceptuelle» mais le terme « *timeshare* » est utilisé par les services de la Commission «pour des raisons d'ordre pratique». COM(92) 220 final, *op. cit.*, p. 4.

commencé en France dans les années 1960⁶⁶³, le droit français constituait un des trois systèmes nationaux⁶⁶⁴ qui avaient déjà adopté une réglementation spécifique en la matière. Ces trois droits nationaux sont expressément utilisés par les services de la Commission comme base de l'initiative législative⁶⁶⁵. Trois conceptions différentes étaient alors consacrées au niveau national : au Portugal la mutlipropriété était conçue comme un droit réel, distinct des droits réels traditionnels ; en Grèce comme un droit de location ; en France, la loi n° 86-18 du 6 janvier 1986⁶⁶⁶ avait opté pour un droit sociétaire, c'est-à-dire un droit personnel.

La conception finalement retenue par la proposition fut celle du droit réel, tout en couvrant « tout autre droit portant sur l'utilisation d'un bien immobilier »⁶⁶⁷. Ainsi, la conception du droit français n'était en principe pas remise en cause. Toutefois, le droit portugais était, sur ces dispositions particulières, concernant notamment le droit d'information ou de rétractation du consommateur ainsi que les mentions que le contrat devrait comporter, beaucoup plus simple et facile à appliquer au niveau européen que le système sociétaire prévu par le droit français. C'est la principale raison qui explique l'absence d'influence directe de la loi de 1986 sur le texte de la proposition.

⁶⁶³ On se réfère à la station de ski «Superdévoluy» dans les Alpes françaises, où cette pratique a été née vers 1965, sous le slogan « ne louez plus une chambre, achetez l'hôtel, c'est moins onéreux ». Cette référence est également citée par l'exposé des motifs de la Commission, COM(92) 220 final, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁶⁴ Les deux autres pays dotés d'une législation spécifique étaient le Portugal et la Grèce.

⁶⁶⁵ COM(92) 220 final, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁶⁶ Loi n° 86-18 du 6 janvier 1986, relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé, *JO* n°0006 du 8 janvier 1986 p. 382.

⁶⁶⁷ V. l'article 2 de la proposition ainsi que les commentaires et explications de la Commission, COM(92) 220 final, *op. cit.*, not. p. 43.

Paragraphe II : Les influences nationales après la publication de la proposition législative européenne

148. Les marques nationales sur la directive relative aux clauses abusives– En commençant par l'intervention européenne ayant la portée la plus générale en matière de contrat conclu par le consommateur, à savoir la directive sur les clauses abusives⁶⁶⁸, on remarque que les traces du droit national sur la proposition de directive étaient plutôt limitées⁶⁶⁹. Les efforts des acteurs nationaux se sont alors focalisés sur les négociations au Conseil. L'objectif principal était d'éliminer certains points de la proposition qui n'étaient pas conformes à la lettre ou l'esprit de la législation française et, uniquement à titre accessoire, d'ajouter de nouvelles dispositions. Un certain nombre de modifications ont pu ainsi être obtenues.

149. La suppression de la référence à la bonne foi– La délégation française a insisté, dans un premier temps, sur la suppression du 4^{ème} tiret de l'article 2 de la proposition qui, consacrant la définition des clauses abusives, considérait comme telle une clause « incompatible avec les exigences de bonne foi ». Cette disposition, plutôt d'inspiration allemande⁶⁷⁰, était jugée très restrictive. Deux raisons peuvent expliquer cette réticence : le fait que le législateur français n'ait pas eu recours à la bonne foi comme critère du caractère abusif d'une clause d'une part; l'utilisation différente de la notion de bonne foi consacrée par le droit français par rapport au droit allemand d'autre part. En effet, la conception du droit français est basée sur le déséquilibre structurel du contrat, qui n'implique pas nécessairement que le professionnel ait agi de mauvaise foi. C'est le rapport inégalitaire entre les parties qui peut aboutir à un déséquilibre⁶⁷¹. La délégation de la France voulait remplacer ce critère par « la notion de l'abus de puissance économique ou d'avantage pour le professionnel »⁶⁷², notions qui étaient employées par la loi et la jurisprudence de l'Hexagone. Si ce dernier argument n'a pas pu trouver d'écho parmi les autres

⁶⁶⁸ Directive 93/12/CE précitée.

⁶⁶⁹ V. *supra* sous n° 129 et s.

⁶⁷⁰ V. la présentation de l'état des droits nationaux consacrée par l'exposé des motifs de la Commission, COM(90) 322 final, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁷¹ V. *supra* sous n° 59 et s.

⁶⁷² V. le résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs, réunion du 15 avril 1991, Conseil 5818/91 CONSOM 7.

délégations, la suppression du critère de la bonne foi a été soutenue par plusieurs Etats membres⁶⁷³ et elle a finalement été prise en compte dans le texte définitif.

150. La suppression de l'interprétation la plus favorable au consommateur– Un autre point supprimé suite à des revendications de la France concernait l'article 5§1 al. 2 de la proposition modifiée⁶⁷⁴ disposant qu'en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. La France s'y est opposée, en avançant l'argument que « cette disposition est contraire en droit civil dans son pays, l'interprétation qui prévaut devant être la plus favorable à celui qui a contracté l'obligation, donc éventuellement au professionnel »⁶⁷⁵. Cette remarque reflète bien l'état du droit français à l'époque, pour lequel le contrat de consommation abordé sous l'angle du droit commun. La demande a été accueillie dans un premier temps et la disposition en question ne figurait pas dans le texte révisé de la proposition de directive. Toutefois, l'interprétation plus favorable au consommateur a été finalement intégrée dans le texte final de la directive⁶⁷⁶.

151. L'application de la réglementation à tout type de contrat– La question la plus épineuse pour les intérêts français était sans aucun doute celle de l'application de la directive à tout type de clauses, qu'elles soient standardisées ou non. Comme on l'a déjà exposé, la loi du 10 janvier 1978 et la jurisprudence ne faisaient pas de distinction entre clauses négociées et clauses préétablies, thèse qui était aussi adoptée par la proposition de directive. Toutefois, au cours des négociations, certains Etats membres dont le droit national ne portait pas sur les clauses dites négociées⁶⁷⁷, ont exprimé des réticences et n'ont voulu couvrir par le champ d'application de la directive que les clauses préétablies. En présentant un texte de compromis avant la fin de son mandat en juin 1992, la présidence portugaise a

⁶⁷³ *Ibidem*.

⁶⁷⁴ COM(92) 66 final du 4 mars 1992.

⁶⁷⁵ V. le résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs, réunion du 10 mars 1992, Conseil 5259/92 CONSOM 10, p. 13.

⁶⁷⁶V. l'art. 5 de la directive 93/13/CEE.

⁶⁷⁷ Par exemple le Royaume Uni, l'Irlande, l'Italie ou les Pays-Bas. V. à titre indicatif le résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs, réunion du 16 juillet 1991, Conseil 7603/91 CONSOM 15, lors de laquelle la France affirme qu'« il faut viser tout type de clauses, tel que proposé par la Commission, qu'elles soient standardisées/préétablies ou non » alors que ces Etats membres y sont opposés.

inclus les deux types de clauses « *compte tenu de l'objectif d'harmonisation et pour éviter d'éventuels détournements du droit d'un type de clauses à un autre* »⁶⁷⁸. L'article 4 du compromis était particulièrement favorable à la France, dans la mesure où il reflétait les positions du droit national et l'idée de la protection de la partie faible par le rétablissement de l'équilibre contractuel rompu, en disposant qu'«une clause contractuelle, ayant fait l'objet d'une négociation individuelle, est considérée comme abusive lorsqu'elle crée au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif et injustifié, dont les conséquences sont gravement défavorables pour celui-ci et lorsque cette clause lui a été imposée du fait de la puissance économique du professionnel et/ou à cause de la propre faiblesse économique du consommateur et/ou de son manque d'expérience dans les affaires »⁶⁷⁹. L'argument de la France a été cependant rejeté par le Coreper, qui a restreint l'application de la directive aux seules clauses standardisées, en estimant que « *dans le cadre de l'équilibre global du compromis et compte tenu du caractère minimal clairement confirmé de la directive, la plupart des délégations préfèrent ne pas inclure explicitement les clauses négociées dans le champ d'application et peuvent en conséquence accepter la suppression de l'article 4 figurant dans la précédente version du compromis* »⁶⁸⁰. Le fait que la directive ait été adoptée à la suite de compromis successifs, a été, d'ailleurs, expressément reconnu par la Commission elle-même, qui a convenu que la directive, « fruit de compromis délicats entre les traditions juridiques » des Etats-membres, en a « déçu plus d'un »⁶⁸¹.

La France a donc pu uniquement obtenir la consécration expresse du caractère minimal de la directive avec la faculté non ambiguë des Etats membres d'adopter des dispositions plus strictes que la directive. Un article 8 bis a ainsi été ajouté par la présidence portugaise⁶⁸², maintenu par le Coreper et est devenu ensuite l'article 8 de

⁶⁷⁸ *Note Introductive au Coreper, Compromis présenté par la présidence, Conseil 7065/92 du 9 juin 1992, p. 3 (nous soulignons).*

⁶⁷⁹ Articles 3 et 4 et considérants 11 et 15 de la *Note Introductive au Coreper, Compromis présenté par la présidence, op. cit.*

⁶⁸⁰ Rapport du Coreper, Conseil 7503/92, réunion du 24 juin 1992, CONSOM 34, p. 3 (nous soulignons).

⁶⁸¹ Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs du 27 avril 2000, COM (2000) 248 final, p. 5.

⁶⁸² L'article 8 bis disposait que « Les Etats membres peuvent adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le Traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé pour le consommateur » *Note Introductive au Coreper, Compromis présenté par la présidence, op. cit.*

la directive. La France a donc garanti son droit de traiter de manière identique les deux types de clauses au niveau national, sans pour autant que cette position ne devienne une règle harmonisée.

152. Les marques nationales sur la directive relative aux contrats conclus par démarchage– Le contexte n’était pas le même lors des négociations à propos de la proposition de directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux⁶⁸³. Pourtant, le résultat final est pour le moins comparable, en termes d’influence du droit français, à celui de la directive sur les clauses abusives. En effet, comme on a déjà expliqué, la proposition de directive était très influencée par le droit français, ce qui explique que les interventions et les revendications des acteurs français après la publication de la proposition n’aient porté que sur des points secondaires du texte. Cependant, un certain nombre de modifications apportées au texte de la proposition, à la suite de la demande d’autres Etats membres a nuancé considérablement les traces françaises sur le texte final. Les négociations n’étant pas toujours fructueuses –elles ont duré pas moins de 8 ans⁶⁸⁴–, la Commission et le Conseil ont du « alléger » le texte initial afin d’« éviter d’imposer aux Etats membres de modifier dans une mesure trop considérable leur législation »⁶⁸⁵.

Concrètement, la délégation française était en faveur du maintien de l’article 3 de la proposition⁶⁸⁶, mentionnant de manière détaillée les éléments que le contrat

⁶⁸³ Les négociations ont abouti à l’adoption de la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 précitée.

⁶⁸⁴ Un des Etats qui exprimait, jusqu’à la fin des négociations, des réserves sur le principe même de légiférer en la matière était l’Allemagne. V. en ce sens la Note de la présidence française du 8 juin 1984, à l’attention du président du Conseil «Affaires générales», doc. 7412/84 CONSOM 40, où la présidence mentionnait que « la délégation allemande n’a pas été en mesure de lever sa réserve générale sur cette proposition » pour ajouter que « c’est la seule réserve qui subsiste [...] empêchant ainsi l’adoption de cette proposition présentée par la Commission en janvier 1977 et qui a fait l’objet de discussions au sein du Conseil depuis plus de 8 années », p. 1.

⁶⁸⁵ « L’on comprend assurément que la Commission entende éviter d’imposer aux Etats membres de modifier dans une mesure trop considérable leur législation en matière de contrats négociés par démarchage à domicile », mentionne le rapport du Parlement européen, Rapport du Parlement européen sur la proposition de directive, doc. 227/77 du 29 août 1977 (rapporteur M. James Spicer), p. 22.

⁶⁸⁶ V. à titre d’exemple le résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs du Conseil, à l’occasion de la discussion de la proposition modifiée. « La délégation française peut également accepter dans l’ensemble les informations énoncées dans ce paragraphe ; elle est d’avis toutefois que l’adresse du démarché n’est pas indispensable et préférerait que l’information porte également sur l’adresse du fournisseur du bien si celui-ci est différent du démarcheur. Elle souhaiterait aussi inclure dans la liste des informations le lieu de conclusion du contrat plutôt que l’adresse du démarché et a insisté tout particulièrement sur l’importance de l’information relative à la

devrait comporter. Cependant, cette énumération précise, qui reflétait le droit français, a finalement été remplacée par la phrase plutôt neutre « mentionne les éléments permettant d'identifier le contrat » de l'article 4 de la directive. De même, la sanction de nullité du contrat en cas de non-respect des conditions prévues par la directive⁶⁸⁷, sanction soutenue par la France⁶⁸⁸ a été supprimée. Toutefois, la plus grande objection de la délégation française a été exprimée –sans pour autant être acceptée– à propos de la suppression de l'article 9, qui, reproduisant une thèse du droit français, interdisait au professionnel d'exiger le paiement de la totalité du prix avant l'expiration du délai de réflexion. La France accordait une importance particulière à cette disposition « sur le plan des principes de la protection du consommateur ». En effet, selon les arguments avancés par la délégation française, « sans un tel article relatif à l'interdiction de paiement intégral ou partiel, le commerçant disposerait, par le simple biais du versement d'un acompte, d'un moyen de pression non négligeable sur le consommateur ce qui affaiblirait considérablement le droit de renonciation de ce dernier »⁶⁸⁹.

En fin de compte, la France a donné son accord pour un texte moins contraignant que celui de la proposition, en échange⁶⁹⁰, comme c'était le cas pour la directive sur les clauses abusives, d'un article⁶⁹¹ permettant aux Etats membres d'adopter ou maintenir des dispositions plus protectrices du consommateur. Ainsi, lors d'une réunion du Coreper « la délégation française, après avoir rappelé son appui au texte de la proposition initiale de la Commission a indiqué que, *dans le cadre d'un compromis global, elle pourrait envisager d'accepter une directive allégée* telle que

faculté de renonciation de la part du démarché». Groupe protection et information des consommateurs, réunions des 13 et 14 février 1978, Conseil R/450/78 CONSOM 5, p. 5.

⁶⁸⁷ Article 5 de la proposition de directive, COM(76) 544 final précité.

⁶⁸⁸ V. à titre d'exemple le résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs du Conseil, à l'occasion de la discussion de la proposition modifiée. « La délégation française peut accepter cet article qui ne précise pas si la nullité envisagée est absolue ou relative ; elle a indiqué que sa législation prévoyait essentiellement des sanctions pénales et que par conséquent la question de la nullité ne suscitait guère de difficultés dans son pays. Elle a considéré que la nullité ne pouvait pas être automatique et immédiate pour le consommateur mais qu'elle devait être prononcée par le tribunal », Groupe protection et information des consommateurs, réunions des 13 et 14 février 1978, Conseil R/450/78 CONSOM 5, p. 10.

⁶⁸⁹ V. le résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs du Conseil, réunions des 5 et 6 mars 1979, Conseil 5340/79 CONSOM 9, p. 11.

⁶⁹⁰ Pour la demande de la France, appuyée d'autres délégations, en faveur de l'insertion d'un tel article, v. à titre d'exemple le résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs, réunions des 13 et 14 novembre 1978, Conseil R/3317/78 CONSOM 34, p. 14.

⁶⁹¹ Article 8 de la directive.

suggérée par la présidence ». Elle a toutefois ajouté que « l'affaiblissement de la protection du consommateur qui en résulterait serait toutefois tel que ses autorités ne pourraient envisager d'apporter des modifications à la législation française qui assure au consommateur un niveau de protection supérieur »⁶⁹².

153. Les notes à l'attention du président du Conseil, révélatrices des compromis au moment de l'adoption des règles européennes– Indépendamment des influences françaises, il est intéressant, du point de vue des rapports de force politiques et des techniques de négociations entre les Etats membres au moment de l'élaboration des normes européennes, de voir les notes personnelles et confidentielles écrites par la présidence à l'attention du président du Conseil « Protection des consommateurs », chargé de la direction et l'organisation de la discussion au sein du Conseil des ministres. On évoquera deux exemples à cet égard, toujours à propos de la directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. Le premier est celui d'une note rédigée par la présidence grecque qui propose au Président les instructions suivantes afin de gérer la réticence exprimée par certains Etats : « Si la délégation du Danemark lève sa réserve générale, il est très improbable que la délégation allemande bloque à elle seule l'adoption de cette directive. En ce qui concerne la délégation du Royaume Uni, si elle obtient satisfaction sur sa demande de modification de l'article 3 paragraphe 2 a), elle indiquera que, même si les procédures devant le Parlement ne sont pas formellement terminées, elle sera à même de lever sa réserve dans l'avenir proche»⁶⁹³.

Le second exemple est une note, rédigée cette fois-ci par la présidence française, portant sur les réserves émises par l'Allemagne, dernier Etat membre qui bloquait l'adoption de la directive. La présidence tente alors d'expliquer les raisons de cette réticence allemande et de donner des lignes directrices au Président du Conseil,

⁶⁹² V. le Rapport du Coreper sur le texte simplifié de compromis proposé par la présidence, réunion du 3 mars 1980, Conseil 5461/80 CONSOM 16, p. 2.

⁶⁹³ Personal information for the President: « If the Danish delegation lifts its general reservation it is unlikely that the German delegation will block the adoption of this directive in isolation. As regards the United Kingdom delegation, if it obtains satisfaction on its amendment to article 3, paragraph 2 a), it will probably indicate that, even if the procedures in Parliament are not formally terminated, it will be able in the near future to lift its reservation », Note de la présidence grecque du 5 décembre 1983, à l'attention du président du Conseil « Protection des consommateurs », 892^{ème} réunion, 12 décembre 1984, p. 5 (traduction libre).

en mentionnant : « selon les informations dont dispose le Secrétariat, la réserve allemande (qui est relativement récente) serait due plus particulièrement à l'opposition d'un parlementaire influent du FDP⁶⁹⁴, bien qu'au sein même de la coalition gouvernementale, la CSU⁶⁹⁵ ait récemment déposé devant le Bundestag un projet de loi conforme à la proposition de directive. Parmi d'autres éléments d'information, il est à noter : que le Ministre allemand représentant généralement la RFA au sein du Conseil « Protection des Consommateurs » est également membre du FDP ; que les associations de consommateurs allemands sont tout à fait favorables à la proposition de directive ; que la plupart des entreprises allemandes de démarchage accordent déjà, en pratique, sur une base volontaire, le délai de réflexion de 7 jours prévu par la directive »⁶⁹⁶.

Cette dernière note reflète ainsi le rôle de l'ensemble des acteurs nationaux impliqués dans l'élaboration du droit européen et susceptibles d'être porteurs d'influence nationale : acteurs politiques nationaux –parlementaires, délégations nationales– mais aussi acteurs de la société civile.

⁶⁹⁴ *Freie Demokratische Partei*, Parti libéral-démocrate.

⁶⁹⁵ *Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.*, Union chrétienne-sociale en Bavière.

⁶⁹⁶ Note de la présidence française du 8 juin 1984 à l'attention du président du Conseil « Affaires Générales », doc. 7412/84 CONSOM 40, p. 2.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

154. Le bilan mitigé des résultats de l'influence nationale sur l'élaboration du droit européen– Il ne fait aucun doute que le droit et les intérêts français trouvent bien leur place dans cette procédure d'élaboration du droit de l'Union. Dans la quasi-totalité des cas mentionnés, tant en matière de contrat conclu par le travailleur que de celui conclu par le consommateur, la France était déjà dotée d'un cadre juridique plus ou moins complet, qu'elle a su promouvoir au niveau européen afin qu'il constitue une source d'inspiration, tant avant qu'après la publication de la proposition législative.

Toutefois, le bilan général demeure plutôt mitigé dans les deux matières considérées. Malgré une protection accrue garantie au travailleur et au consommateur, le rayonnement du droit français reste limité par rapport à son potentiel et le poids politique de la France.

155. Des explications possibles de cette influence réduite– Une première explication de cette constatation pourrait résider dans le fait qu'à la différence du droit français, le droit européen ne vise pas nécessairement la meilleure protection, en termes absolus, du consommateur ou du travailleur⁶⁹⁷. La grande majorité des directives qu'on a examinées sont d'harmonisation minimale, ce qui signifie que l'objectif recherché est l'adoption d'un socle minimum de règles plutôt qu'une protection accrue. Même lorsque des normes assurant une protection assez élevée du consommateur ou du travailleur sont comprises dans la proposition législative, comme c'était par exemple le cas de la proposition de directive relative aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, les discussions au sein du Conseil viennent arrondir les angles et réduire, par voie de conséquence, tant le niveau de protection que les marques françaises.

Une autre explication serait que si les contraintes imposées par le droit national respectivement au professionnel et l'employeur étaient adoptées telles quelles au niveau européen, les charges et le coût que ce changement impliquerait

⁶⁹⁷ Sur cette question v. *infra* sous n° 211 et s., 276 et s.

pour les entreprises ne faciliteraient pas le fonctionnement du marché intérieur, qui demeure l'objectif primordial poursuivi par les institutions européennes.

Enfin, on ne doit pas négliger le rôle des alliances politiques, notamment après le grand élargissement de l'Union, opéré en 2004. Dans un Conseil à 28, la France demeure, certes, un pays au poids politique incontestable mais il lui devient beaucoup plus difficile de convaincre ses partenaires d'adopter des positions qui dépassent le plus petit dénominateur commun.

CONCLUSION DU TITRE II

156. Le mythe de la neutralité du droit européen- En dépit de son caractère technique, souvent opaque et très casuel, l'influence du droit national sur le droit européen, effectuée par le biais des acteurs plus ou moins institutionnels, demeure sans nul doute un champ de travail fascinant pour les juristes, qui se situe entre le juridique et le politique et qui, vu de l'extérieur mais aussi de l'intérieur, peut nous apprendre beaucoup sur l'édifice européen. Elle peut, notamment, assurer une meilleure compréhension des règles européennes, en vue de leur intégration dans les ordres juridiques nationaux.

Même si, comme on a pu constater, les institutions européennes essaient souvent de gommer l'origine nationale des règles européennes, comme pour leur accorder une certaine neutralité, gage de légitimité, il n'en est rien. En tout état de cause, s'il y a une conclusion à tirer de cette série de procédures et de démarches politico-juridiques, c'est que le droit européen est loin d'être neutre.

CONCLUSION DE LA PARTIE I

Après avoir esquissé les modèles nationaux du contrat de travail et du contrat de consommation, nous avons pu constater par quels biais et dans quelle mesure les conceptions du droit national influencent l'élaboration du droit de l'Union. A travers le processus législatif européen, le droit national constitue la base du droit de l'Union qui devient ainsi un droit créé « en commun »⁶⁹⁸. Il ne fait aucun doute que ce rôle du droit national en tant que source du droit européen fait partie du processus de son européanisation.

Toutefois, en dépit de ses origines nationales, le droit européen a su construire une conception du consommateur et du travailleur qui lui est propre et qui influence, à son tour, le droit national (*Partie II*).

⁶⁹⁸ Jean-Sylvestre BERGE, «Le droit d'une « communauté de lois »: le front européen », *op. cit.*, not. p. 136. L'auteur se réfère à la « communauté de droit » ainsi qu'à la « communauté de lois » : « Avec ses particularités le droit communautaire peut être compris comme le droit coordinateur d'une « communauté de lois », comme avant lui le droit international privé a été présenté, dans un sens qui lui est propre, comme le fruit d'une « communauté de droit ».

PARTIE II : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT EUROPÉEN DANS LE CONTEXTE NATIONAL

157. L'eupéanisation du droit national par la mise en œuvre du droit européen– Si la participation du droit national à l'élaboration du droit européen constitue la première étape du processus d'eupéanisation du droit national, elle est suivie par celle de la mise en œuvre du droit européen dans le contexte national. En effet, en puisant ses origines dans le droit national, le droit de l'Union crée ses propres modèles du consommateur et du travailleur, suivant les finalités et les contraintes qui sont les siennes. Ces modèles influencent, à leur tour, le droit national lors de la réception du droit européen dans l'ordre juridique national. De cette manière, le droit national qui avait servi de base pour la création du droit de l'Union évolue en raison de la réception de ce dernier.

Il s'agit alors de se pencher sur l'émergence de ces modèles propres au droit de l'Union (*Titre I*) avant d'examiner dans quelle mesure et par quels moyens ceux-ci exercent une influence sur le droit national (*Titre II*).

TITRE I: L'EMERGENCE DU MODELE EUROPEEN DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR

158. L'émergence d'un modèle propre au droit européen construit sur la base des droits nationaux– Si les droits nationaux constituent le point de départ, la base et la source d'inspiration du droit européen, force est de constater que ce dernier a su bâtir, certes en utilisant des matières premières importées, un édifice, des conceptions et des mécanismes qui lui sont propres. « Tout en *amalgamant des éléments tirés de la comparaison* des droits nationaux », le droit européen obéit « à une *logique propre* déterminée par la dynamique du marché commun », remarque Monsieur Philippe Martin⁶⁹⁹. Ainsi, les emprunts nationaux sont en quelque sorte déracinés du contexte dans lequel ils ont été créés et passent par le « rouleau compresseur » du processus décisionnel européen⁷⁰⁰ pour remonter au rang européen. Même s'il « entretient toujours des liens de filiation incestueuse avec ses divers géniteurs »⁷⁰¹ le droit européen a su développer au fur et à mesure un modèle autonome. Ce caractère autonome⁷⁰² du modèle européen est non seulement dû aux particularités de la procédure législative européenne mais aussi forgé par l'application et l'interprétation effectuées par les instances européennes et notamment par la Cour de Justice. On se penchera, ainsi, sur l'émergence de ce modèle européen du consommateur et du travailleur.

⁶⁹⁹ Philippe MARTIN, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *RTD eur*, 1994, p. 609-630, not. p. 609.

⁷⁰⁰ V. *supra*, sous n° 76 et s.

⁷⁰¹ Expression appartenant à Madame Marie-Jeanne Campana, préface de la thèse de Guillaume BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Fondation Varenne, Paris, LGDJ, 2009, p. XI.

⁷⁰² Certains auteurs ont, toutefois, contesté l'existence d'une réglementation européenne autonome en la matière. V. par exemple dans le domaine du droit de la consommation les arguments avancés par Jean Calais-Auloy et Frank Steinmetz pour qui « le droit de la consommation reste essentiellement national [...]. Il n'existe donc pas, à proprement parler, un droit communautaire de la consommation », *Droit de la consommation*, 5^{ème} édition, Précis, Paris, Dalloz, 2000, p. 39. Ces arguments sont repris dans la version ultérieure : Jean Calais-Auloy et Henri Temple, *Droit de la consommation*, 8^{ème} édition, Précis, Dalloz, Paris, 2010, p.46. Cette argumentation ne paraît plus d'actualité aujourd'hui. Au contraire, le droit de la consommation a tendance à devenir essentiellement européen. V. en ce sens Daniel FASQUELLE, « Rapport introductif » in Daniel FASQUELLE & Patrick MEUNIER (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, Paris, La documentation française, 2002, p. 7-25, not. p.11.

159. D'une réglementation de l'acte contractuel à une réglementation de l'acteur du marché– Au niveau national, la relation contractuelle se trouve au cœur de la notion et du régime accordés au consommateur et au travailleur. En effet, malgré un régime actuel différent et une réglementation propre à chacun des deux contractants, il s'agit de deux réalités, socio-économiques d'abord, puis juridiques, qui partagent un passé civiliste commun, dans la mesure où elles ont initialement revêtu la forme d'un contrat civil avant de s'émanciper progressivement du droit civil et de se doter d'une autonomie⁷⁰³.

En revanche, au niveau européen la notion de contrat n'est pas, en tout cas à première vue, la pièce maîtresse de la conception et de la réglementation du consommateur et du travailleur. Le droit européen se construit dans un premier temps autour des personnes, des acteurs, le consommateur et le travailleur étant probablement les acteurs les plus importants, tant sur le plan économique que sur le plan social. Les traités se réfèrent ainsi à la protection du consommateur⁷⁰⁴ ou du travailleur⁷⁰⁵ mais ne réglementent pas directement le contrat conclu par ces personnes. Ce n'est que dans un deuxième temps, en raison des liens contractuels créés par l'action du consommateur et du travailleur, qu'on peut parler de l'émergence d'une notion de contrat en droit européen⁷⁰⁶. Comme le remarque Monsieur Jean-Sylvestre Bergé, « le droit communautaire produit le plus souvent un *effet horizontal*, sa mise en œuvre est inséparable des liens qui se tissent entre les *individus*. Quand ces liens sont d'ordre contractuel, la question peut se poser parfois de l'effet produit par le droit communautaire sur la définition et le régime juridique

⁷⁰³ V. *supra*, sous n° 12 et s.

⁷⁰⁴ V. à titre d'exemple le Titre IX ajouté par le Traité de Maastricht de 1992, intitulé « Protection des consommateurs », qui a introduit l'article 129A TCE, devenu l'article 169 TFUE.

⁷⁰⁵ V. à titre d'exemple l'article 48 du Traité de Rome sur la libre circulation des travailleurs.

⁷⁰⁶ Pour une étude approfondie de la notion de contrat en droit privé européen, qui ne fait pourtant pas l'unanimité de la doctrine, v. notamment Guillaume BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, thèse, Fondation Varenne, LGDJ, Paris, 2009. V. aussi Jean-Pierre Pizzio qui affirme que « la construction d'un droit contractuel communautaire de consommation est devenu, depuis le traité de Maastricht signé en 1992, un des objectifs majeurs de la Commission européenne », Jean-Pierre PIZZIO, « L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs » in *Protection du consommateur dans l'espace européen, Droit et Patrimoine*, n° 108, octobre 2002, p. 59-70, not p. 59. Cependant, même si on admet que la réglementation du lien contractuel est devenue une priorité pour le législateur européen en ce qui concerne le contrat de consommation, on ne pourrait que très difficilement appliquer le même raisonnement sur le contrat de travail.

du contrat »⁷⁰⁷. On passe, ainsi, d'un raisonnement essentiellement contractuel au niveau national à un raisonnement beaucoup plus axé autour des personnes en tant qu'opérateurs économiques et de la réglementation de leur action, au niveau européen.

160. Les raisons expliquant la différence d'approche entre le droit national et le droit européen- Plusieurs raisons pourraient expliquer cette approche différente du droit européen et du droit français : l'absence d'une tradition civiliste commune aux Etats membres ; le caractère fragmentaire et progressif de l'intervention législative européenne, lié, entre autres, aux compétences de l'Union ; les objectifs poursuivis par le droit européen, notamment la réalisation du marché intérieur ; mais aussi le fait qu'en régissant les acteurs plutôt que les contrats, l'Union fixe les personnes comme destinataires de ses normes et comme sujets de droit. Elle vise, par ce biais, à la fois à légitimer son action aux yeux des citoyens mais, en même temps, à court-circuiter, en quelque sorte, les Etats membres. Tous ces facteurs ont fortement déterminé tant l'envergure que le contenu des règles touchant aux contrats conclus par les deux acteurs⁷⁰⁸. Par ailleurs, cette détermination explique, dans une certaine mesure, les différences entre l'intervention européenne concernant le consommateur et celle visant le travailleur. Ces différences concernent à la fois le moment où chacun de ces domaines commence à attirer l'attention du législateur européen, l'ampleur des règles édictées ou, parfois, les instruments employés pour y parvenir.

Nonobstant ces différences, des analogies entre la conception européenne du consommateur et de celle du travailleur peuvent être établies. Au-delà du lien contractuel, on est en présence de deux catégories de personnes, d'agents, ayant vocation à jouer un rôle primordial dans la construction de l'édifice européen. Ce rôle ne se limite pas à la fonction économique mais présente également un aspect social très important. Cette comparabilité des conceptions entraîne logiquement une

⁷⁰⁷ Jean-Sylvestre BERGE, « Le clivage acteurs publics-privés à la lumière du droit communautaire : le contrat face à un impératif de santé publique », *RDC* 2004, p. 1075-1080, not. p.1076 (nous soulignons).

⁷⁰⁸ V. en ce sens, Guillaume BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, *op. cit.*, notamment p. 191 : « le contrat s'est trouvé simplement adossé à un objectif, celui de la réalisation du marché ».

comparabilité de l'intervention européenne dans les deux matières, tant sur le plan de l'acquis communautaire que sur le plan de la technique législative⁷⁰⁹.

Il s'agit, alors, de dresser le modèle européen du consommateur et du travailleur, en recherchant si l'intervention européenne dans les deux matières présente des similarités. On constate ainsi des rapprochements tant sur le plan matériel, à savoir la notion et le régime du consommateur et du travailleur (*Chapitre I*) que sur le plan formel, à savoir les instruments et les méthodes mis en place pour la réalisation du modèle européen (*Chapitre II*).

⁷⁰⁹ Il est d'ailleurs à noter que certains auteurs l'ont déjà remarqué, sans pour autant entrer dans les détails. V. par exemple l'article de Nobert Reich qui, en analysant le droit européen de la consommation fait remarquer cette comparabilité de l'intervention européenne en matière de droit de la consommation et en matière de droit de travail : « La deuxième partie de mes remarques traitera de l'acquis communautaire dans la protection du consommateur [...] en me penchant sur les principes et les techniques utilisées pour l'harmonisation. *Ceux-ci ont inclus des méthodes qui apparaissent également dans la politique sociale et environnementale*, et ont conduit au développement de règles, comme le principe de la meilleure politique de protection du consommateur, complété par le principe de l'harmonisation minimum et l'efficacité de la protection légale. » (« The second part of my remarks will deal with the acquis communautaire in consumer protection [...] with looking into the principles and techniques used for harmonisation. *These have included methods which also appear in social and environmental policy*, and have resulted in the development of rules, such as the principle of best policy consumer protection, supplemented by the principle of minimal harmonisation and effectiveness of legal protection »), Norbert REICH, « European Consumer Law and its Relationship to Private Law », *European Review of Private Law*, n° 3, 1995, p.285-305, not. p. 285-286 (traduction libre, nous soulignons).

**CHAPITRE I : L'ELABORATION D'UN MODELE DU CONSOMMATEUR ET DU
TRAVAILLEUR PROPRE AU DROIT EUROPEEN**

161. Le consommateur et le travailleur en tant qu'acteurs du marché, puis en tant que citoyens européens– Le droit de l'Union a su, au fur et à mesure que les interventions législatives en provenance de Bruxelles se sont multipliées, construire progressivement un modèle européen du consommateur et du travailleur. En effet, son action est d'abord axée sur les acteurs avant de commencer à s'intéresser aux relations contractuelles que ces derniers créent. La conception du consommateur et du travailleur européens est bâtie sur deux grands axes : leur traitement en tant qu'acteurs du marché commun, dans un premier temps ; dans un second temps, leur conception en tant que citoyens européens, ou, plutôt, la conception du citoyen européen en tant que consommateur et travailleur.

Certes, l'approche du travailleur et du consommateur sous ces deux angles peut être soumise à des critiques. On peut, par exemple, lui reprocher qu'un nombre important d'interventions européennes traite le travailleur ou le consommateur à la fois comme acteur du marché et comme citoyen européen. On peut également évoquer le fait que certaines interventions législatives ne servent ni l'un ni l'autre des objectifs, comme par exemple les dispositions de la directive 2004/38/CE⁷¹⁰ qui bénéficient également aux travailleurs non européens. En effet, quasiment toute démarche de taxinomisation peut se heurter à des situations qui soit ne correspondent pas aux catégories établies soit correspondent à plusieurs catégories à la fois. Il s'agit d'un défaut inhérent à la simplification, voire à un certain forçage qui sont, pourtant, indispensables à une taxinomisation. Toutefois, la démarche proposée n'est, bien évidemment, pas incompatible avec le fait que certaines règles européennes appartiennent en même temps aux deux catégories. Cela ne remet pas en cause la pertinence de l'approche, étant donné qu'il est rare qu'une intervention législative européenne en la matière serve uniquement un seul objectif, les exposés de motifs des différents règlements ou directives étant souvent très explicites à cet

⁷¹⁰ Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JOCE L 158, 30.4.2004, p. 77-123.

égard. Même après la mise en place de la citoyenneté européenne et l'évolution de la manière dont le droit européen conçoit le travailleur et le consommateur, les objectifs économiques demeurent toujours d'actualité et coexistent avec le traitement des deux acteurs en tant que citoyens.

Nous examinerons ainsi la conception du travailleur et du consommateur européens en tant qu'acteurs du marché, d'une part (*Section 1*) et celle du citoyen européen en tant que travailleur ou consommateur, d'autre part (*Section 2*).

SECTION 1 : LE CONSOMMATEUR ET LE TRAVAILLEUR EUROPEENS EN TANT QU'ACTEURS DU MARCHÉ INTERIEUR

162. Les finalités économiques de l'action de l'Union- Dès sa naissance, l'Union européenne a emprunté la voie économique pour atteindre ses objectifs politiques. Elle a ainsi axé ses priorités sur de buts économiques, à savoir l'ouverture d'un marché commun et l'assurance de son libre fonctionnement. « La notion d'Europe est donc devenue un instrument de coopération économique »⁷¹¹. La construction européenne était ainsi limitée au plan matériel, en visant à une prospérité matérielle, qui devait ensuite conduire à terme à une amélioration des conditions sociales et une augmentation du niveau de vie. L'idée, qui remonte au siècle des Lumières, est que le commerce n'est pas seulement un moyen de faire circuler les biens mais aussi de rapprocher les hommes⁷¹².

Dans ce contexte de préoccupations économiques, le travailleur et le consommateur n'intéressent pas, dans un premier temps, le législateur européen. Au moment où les premières interventions législatives en la matière voient le jour, dans les années 1970, elles ont pour objectif de régler les répercussions de l'action de ces deux acteurs sur le fonctionnement du marché commun.

Cela signifie que le travailleur et le consommateur ne sont pas traités de manière autonome mais à travers le prisme du marché et d'une manière ponctuelle et fonctionnelle, afin de servir ses objectifs (*Paragraphe I*). Même lorsque la réglementation européenne est revêtue d'un caractère autonome, notamment après le Traité de Maastricht, le travailleur et le consommateur demeurent des acteurs du marché. On leur reconnaît, certes, une place importante mais l'établissement du marché intérieur reste le fondement omniprésent des politiques européennes en la matière (*Paragraphe II*).

⁷¹¹ V. dans ce sens, Ulrich MUCKENBERGER, Brian BERCUSSON, Simon DEAKIN, Pertti KOISTINEN, Yota KRAVARITOU, Alain SUPLOT & Bruno VENEZIANI, *Manifeste pour une Europe sociale*, Paris, Desclée de Brouwer, 1996, p. 21.

⁷¹² Alain SUPLOT (dir), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Rapport pour la Commission Européenne, Paris, Flammarion, 1999, p. 7.

Paragraphe 1: L'établissement du marché intérieur, fondement initialement exclusif de l'intervention européenne ponctuelle

Poursuivant des préoccupations économiques, notamment la mise en place et le fonctionnement du marché intérieur, l'Union traite le consommateur et le travailleur en tant qu'opérateurs du marché. Ses interventions sont alors fragmentaires (1) et limitées par les objectifs qu'elle vise à atteindre (2).

1. Une approche non systémique

163. L'établissement et le libre fonctionnement du marché, point de départ du traitement européen du travailleur et du consommateur- « La Communauté a pour mission, par l'établissement *d'un marché commun* et par le rapprochement progressif des *politiques économiques* des États membres, de promouvoir un développement harmonieux des *activités économiques* dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre les États qu'elle réunit ». La lettre du 2^{ème} article du Traité de Rome était bien révélatrice de l'esprit et des objectifs de l'action de la Communauté : établir le marché commun et promouvoir son libre fonctionnement. L'établissement du marché commun, devenu par la suite marché intérieur et défini comme « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée »⁷¹³, constitue alors la pierre angulaire, une question « d'ordre constitutionnel dans l'Union »⁷¹⁴ dont sont censées découler la prospérité et l'augmentation du niveau de vie des individus.

Toutes les politiques communautaires mises en place par le Traité de Rome étaient, par conséquent, imprégnées de ces préoccupations du marché. D'ailleurs, le fait que le Traité de Rome abordait, dans la partie dédiée aux « fondements de la Communauté », d'abord la libre circulation des marchandises, ensuite l'agriculture et après la libre circulation des personnes – en même temps que les services et les

⁷¹³ Article 8 A TCEE, introduit par l'Acte unique européen.

⁷¹⁴ Jean-Sylvestre BERGE et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, 1^{ère} édition, Thémis droit, PUF, 2008, p. 97.

capitaux – n'est pas sans importance. L'accomplissement du marché passe d'abord par la libre circulation des marchandises, les personnes, en tant qu'opérateurs du marché, n'étant traitées que dans la mesure où elles interfèrent avec la libre circulation des marchandises.

164. Le travailleur et le consommateur traités par le droit de l'Union de manière incidente– Dans le cadre de cette « Europe des marchands »⁷¹⁵, le consommateur et le travailleur restaient, en principe, à l'abri des interventions européennes. L'Union n'avait alors ni compétence ni intérêt généraux à émettre des règles applicables aux consommateurs et aux travailleurs. Ces domaines étaient considérés comme faisant partie du noyau dur des droits des Etats-membres et relevaient, par conséquent, des compétences des législateurs nationaux.

165. Les premières références au consommateur dans le Traité de Rome– En ce qui concerne le consommateur, le terme n'est même pas présent dans le texte du Traité de Rome - à l'exception des références plutôt insignifiantes dans la partie concernant la politique agricole commune⁷¹⁶ ou dans celle portant sur les règles de la concurrence applicables aux entreprises⁷¹⁷- tellement l'équation entre la réalisation du marché et leur protection paraissait à l'époque évidente⁷¹⁸. Même lorsqu'il est utilisé par le traité, le terme « consommateur » n'a pas de connotation consumériste. « Il semble plutôt que les consommateurs aient été considérés comme le dernier maillon d'une chaîne de production et de distribution susceptible de révéler les anomalies du circuit économique au regard des règles fondamentales du traité » remarque Monsieur Fabrice Picod⁷¹⁹. Il est, d'ailleurs, intéressant de noter

⁷¹⁵ Loïc GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation » in Daniel FASQUELLE & Patrick MEUNIER (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, op. cit., p. 139-165, not. p. 141.

⁷¹⁶ V. art. 39 TCEE qui disposait que «la politique agricole commune a pour but [...] e) d'assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs ».

⁷¹⁷ V. art. 86 TCEE qui énonçait qu'«est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci. Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à [...] b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ».

⁷¹⁸ *Ibidem*.

⁷¹⁹ Fabrice PICOD, «Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs», in Filali OSMAN (dir.), *Vers un Code européen de la consommation ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 73-85, not. p. 74.

que l'article 85 (3) TCEE portant sur les règles applicables aux entreprises, se réfère dans sa version française à des « utilisateurs » alors que la version allemande parle des « consommateurs » (*Verbraucher*)⁷²⁰, ce qui confirme l'utilisation insignifiante du terme.

Ce n'est qu'au Sommet qui a eu lieu à Paris en octobre 1972 que les chefs d'Etat ont commencé à mettre l'accent sur la protection des consommateurs⁷²¹. Cet intérêt s'inscrit dans le sillage du mouvement consumériste qui faisait à l'époque ses premiers pas en Europe. Dans ce contexte, la Commission a publié, un peu plus tard, une communication concernant le programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour l'information et la protection des consommateurs⁷²². Cette communication a donné lieu à la résolution du Conseil en date du 14 avril 1975⁷²³, par laquelle « le principe d'une politique de protection et d'information des consommateurs » a été approuvé et mis en place. Plus tard, l'Acte unique européen⁷²⁴ a introduit la notion de consommateur, dans le sens consumériste du terme, dans les traités, en habilitant, par le biais de l'article 100 A TCEE⁷²⁵, les instances législatives

⁷²⁰ Article 85 (3) TCEE: « 3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables : - à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises, - à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux *utilisateurs* une partie équitable du profit qui en résulte ». Dans la version allemande, le même paragraphe dispose que : « Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf: - Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen, - Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen, - aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen, die unter angemessener Beteiligung *der Verbraucher* an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder - verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen » (nous soulignons).

⁷²¹ V. la déclaration du Sommet de Paris du 19 au 21 octobre 1972, rubrique Politique sociale, n° 6 : « Ce programme devra notamment viser [...] à renforcer et à coordonner les actions en faveur de la protection des consommateurs ».

⁷²² Communication de la Commission sur le Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE* n° C 092 du 25.04.1975 p. 0002 - 0016.

⁷²³ Résolution du Conseil, du 14 avril 1975, concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE* n° C 92/1 du 25.04.75.

⁷²⁴ Article 18 de l'Acte unique européen signé à Luxembourg le 17 février et à La Haye le 28 février 1986 et entré en vigueur le 1er juillet 1987.

⁷²⁵ Article 100A TCEE: « 1. Par dérogation à l'article 100 et sauf si le présent traité en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 8 A. Le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission en coopération avec le Parlement européen et après consultation du Comité économique et social, arrête les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. [...]

3. La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de

européennes à adopter toutes les mesures nécessaires au rapprochement des législations nationales qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, tout en garantissant au consommateur un « niveau de protection élevé »⁷²⁶. De plus, l'Acte unique européen prévoyait la possibilité d'adopter les mesures en question à la majorité qualifiée, à la place de l'unanimité exigée par l'article 100 TCEE, à l'exception des dispositions fiscales, des dispositions relatives à la libre circulation des personnes et de celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés⁷²⁷. En effet, si l'unanimité était vue au début comme un moyen pour les Etats membres d'exercer des pressions afin d'arriver à des compromis, l'adoption à la majorité qualifiée s'était imposée face aux disparités des droits nationaux ainsi qu'à la réticence des Etats membres d'accepter des réglementations européennes touchant à des domaines traditionnellement nationaux. L'article 100A TCEE a constitué pendant longtemps, comme on expliquera ci-dessous⁷²⁸, la base juridique quasi exclusive⁷²⁹ des interventions législatives européennes concernant le consommateur, le travailleur étant en principe soumis à l'ancien article 100 TCEE.

166. Les premières références au travailleur dans le Traité de Rome- Contrairement au consommateur qui est totalement absent du Traité de Rome, le travailleur y apparaît dans le cadre des dispositions portant sur les grandes libertés de circulation⁷³⁰ et également dans les articles 117 et s. TCEE, portant sur la politique sociale⁷³¹ –aborde par le Traité bien après les règles concernant la concurrence et la politique économique. Toutefois, cette référence explicite dans le Traité n'est pas nécessairement synonyme d'un traitement protecteur du travailleur. L'article 117

protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé ».

⁷²⁶ Sur l'importance de la base juridique pour la détermination de l'instrument juridique utilisé, v. *infra* sous n° 211 et s.

⁷²⁷ V. paragraphe 2 de l'article 100A TCEE.

⁷²⁸ V. *infra* sous n° 168 et s.

⁷²⁹ Souvent couplée avec l'article 235 TCEE qui énonçait que « si une action de la Communauté apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objectifs de la Communauté, sans que le présent traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation de l'Assemblée, prend les dispositions appropriées ». Il s'agit en effet d'une base juridique à laquelle les instances législatives européennes ne doivent avoir recours « que si aucune autre disposition du traité ne confère aux institutions communautaires la compétence nécessaire pour arrêter cet acte », CJCE, *Royaume d'Espagne c/ Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-350/92, *Rec. I-01985*, point 26.

⁷³⁰ Article 48 TCEE.

⁷³¹ V. le Titre III TCEE.

TCEE avait, en effet, caractère plutôt « programmatique »⁷³². Pourtant, il a constitué le fondement sur lequel reposa pendant longtemps l'intervention communautaire en matière de droit du travail. Après avoir énoncé, dans son premier alinéa que « les Etats-membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre, permettant leur égalisation dans le progrès » ledit article dispose que les Etats-membres « estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent Traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives ». Selon l'esprit de ces deux alinéas, résumant la conception européenne de la politique sociale lors de la conclusion du Traité de Rome, l'amélioration des conditions de travail devait être le bienfait naturel du bon fonctionnement du marché commun, dans la mesure où les législations nationales s'harmoniseraient par l'effet du marché. Par ailleurs, l'article 118 TCEE charge la Commission de la mission de promouvoir « une collaboration étroite entre les États membres dans le domaine social »⁷³³. Il s'agit, alors, d'un rôle de coordination des politiques des Etats membres plutôt que d'action au sens d'une véritable politique européenne en la matière. Le travailleur était également concerné par l'article 119 TCEE qui prévoyait le principe d'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes. Cet article constituait une déclinaison du principe général de non discrimination consacré par l'article 7 TCEE. On doit, enfin, rappeler que le travailleur n'était pas, a priori, concerné par l'article 100A TCEE –concernant l'adoption à la

⁷³² Terme utilisé par la Cour de Justice, v. not. CJCE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Aff. 149/77, Rec. 01365 point 19.

⁷³³ Article 118 TCEE: « Sans préjudice des autres dispositions du présent traité, et conformément aux objectifs généraux de celui-ci, la Commission a pour mission de promouvoir une collaboration étroite entre les États membres dans le domaine social, notamment dans les matières relatives :

- à l'emploi ;
- au droit du travail et aux conditions de travail ;
- à la formation et au perfectionnement professionnels ;
- à la sécurité sociale ;
- à la protection contre les accidents et les maladies professionnels ;
- à l'hygiène du travail ;
- au droit syndical et aux négociations collectives entre employeurs et travailleurs.

A cet effet, la Commission agit en contact étroit avec les États membres, par des études, des avis et par l'organisation de consultations, tant pour les problèmes qui se posent sur le plan national que pour ceux qui intéressent les organisations internationales.

Avant d'émettre les avis prévus au présent article, la Commission consulte le Comité économique et social. »

majorité qualifiée des mesures relatives au rapprochement des législations nationales- mis en place par l'Acte unique européen. En revanche, ce même Acte a introduit un article 118A TCEE⁷³⁴ qui, après avoir exprimé l'importance que revêt l'amélioration du milieu de travail pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs, permettait l'adoption des mesures visant « l'harmonisation dans le progrès des conditions existant dans ce domaine » à la majorité qualifiée⁷³⁵.

167. L'objectif de l'intervention européenne: éviter que les mesures nationales protectrices du consommateur et du travailleur nuisent au fonctionnement du marché- Le rapprochement des législations nationales vise, dans un premier temps, l'élimination des différences des droits nationaux au niveau du coût de travail, différences qui seraient susceptibles de fausser la concurrence dans le cadre du marché commun. En effet, « ce qui semble importer au législateur européen, c'est moins la forme ou même le contenu de la règle de droit, que son coût »⁷³⁶. Comme le remarque Monsieur Bernard Bossu⁷³⁷, derrière toute intervention communautaire en matière de contrat de travail se cachent des préoccupations économiques, comme par exemple la garantie d'un équilibre des charges des entreprises. Dans ce contexte, les règles communautaires touchent

⁷³⁴ Article 118A TCEE: « 1. Les États membres s'attachent à promouvoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs et se fixent pour objectif l'harmonisation, dans le progrès, des conditions existant dans ce domaine.

2. Pour contribuer à la réalisation de l'objectif prévu au paragraphe 1, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, en coopération avec le Parlement européen et après consultation du Comité économique et social, arrête par voie de directive les prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres.

Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises.

3. Les dispositions arrêtées en vertu du présent article ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque État membre, de mesures de protection renforcée des conditions de travail compatibles avec le présent traité.»

⁷³⁵ Sur la portée quelque peu ambiguë de cet article v. Pierre RODIERE, « Construction européenne et droit du travail », in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 33-49, not. p. 35.

⁷³⁶ Gérard LYON-CAEN, « Les caractères originaux du droit social européen », *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 325-338, not. p. 326.

⁷³⁷ Bernard BOSSU, « Harmonisation européenne et contrat de travail » in Christophe JAMIN & Denis MAZEAUD (dir.) *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 97-115, not. p. 99.

surtout la personne du travailleur « en tant qu'opérateur économique sur [l]e marché »⁷³⁸ plutôt que le rapport juridique de travail.

On retrouve cette idée d'harmonisation du coût engendré par l'application des dispositions nationales protectrices du consommateur et du travailleur dans la quasi-totalité de propositions législatives européennes des années 1970 et 1980. L'objectif du rapprochement des législations nationales est alors encadré par le souci d'éviter la distorsion de la concurrence au sein du marché. Une étude des exposés des motifs et des travaux préparatoires des différentes initiatives législatives dans les deux domaines est bien révélatrice de cette conception.

On pourrait ainsi citer à titre d'exemple, en ce qui concerne le travailleur, la proposition de directive sur les licenciements collectifs, dans le cadre de laquelle la Commission mentionne que « les différences importantes en matière de protection des travailleurs en cas de licenciement collectif ont une *incidence directe sur le fonctionnement du marché commun*, en ce qu'elles créent des *disparités dans les conditions de concurrence*, de nature à influencer les décisions des entreprises nationales ou multinationales, relatives à la distribution des postes de travail dont elles ont besoin »⁷³⁹. A l'occasion d'une autre proposition législative portant sur la protection du travailleur, celle sur le transfert d'entreprises, c'est cette fois le Parlement qui, dans le rapport de la commission des affaires sociales et du travail, expose le projet de directive présenté par la Commission et, juste après les visas portant sur les bases juridiques, « estime que *l'accroissement du processus de concertation des entreprises* entraîne la nécessité d'harmoniser et de sauvegarder sur le plan communautaire les droits et avantages des travailleurs ; considère que *les divergences importantes qui existent entre les législations nationales* dans le domaine du droit du travail constituent un *obstacle réel* à la réalisation de cet objectif »⁷⁴⁰. Le placement des objectifs du marché au centre de la politique législative européenne a d'ailleurs souvent provoqué la réaction des délégations nationales de certains pays,

⁷³⁸ V. dans ce sens Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 2^e édition, Quadrige, PUF, 2007, p.23.

⁷³⁹ Proposition modifiée de directive sur les licenciements collectifs, exposé des motifs, COM (73) 1980 du 26 novembre 1973, p. 1 (nous soulignons).

⁷⁴⁰ Parlement européen, Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales et du travail sur la proposition de la Commission des Communautés Européennes au Conseil (doc. 149/74) concernant une directive visant à l'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres en ce qui concerne le maintien des droits et avantages des travailleurs en cas de fusions de sociétés, de transferts d'établissements ainsi que de concertations d'entreprises, en date du 11 février 1975, Rapporteur M. Michael B. Yeats, PE 37.832/déf., p. 83 (nous soulignons).

comme la France, qui auraient souhaité une orientation plutôt axée autour des droits du travailleur et du consommateur. Ainsi, à l'occasion des négociations au Conseil sur la directive concernant les licenciements collectifs, « la délégation française a exprimé une certaine réticence : l'objectif de la directive devrait être celui de la protection des travailleurs contre les licenciements collectifs. Or, le texte proposé par la Commission [...] tient compte plus particulièrement de l'intérêt des entreprises »⁷⁴¹. Enfin, les mêmes préoccupations d'orientation économique sont perceptibles dans la proposition de directive en matière de travail temporaire⁷⁴² à l'occasion de laquelle la Commission avait remarqué que « les dispositions nationales visant à contrôler les activités des entreprises de travail intérimaire varient beaucoup selon les États membres et [...] ces disparités faussent les conditions de concurrence à l'intérieur du marché commun et nuisent à son bon fonctionnement »⁷⁴³.

Ces mêmes objectifs de fonctionnement du marché commun motivent l'intervention européenne portant sur le consommateur. « Ces disparités juridiques [...] sont susceptibles *de fausser les conditions de la concurrence dans le marché commun*. Des règles différemment strictes en matière de responsabilité pour le fabricant d'un produit défectueux entraînent des *charges financières différentes* pour les milieux économiques dans les divers États membres», remarque la Commission à propos de la première proposition de directive concernant les produits défectueux⁷⁴⁴. Elle explique, en effet, qu'« une protection différenciée des consommateurs en raison de dispositions nationales divergentes est *difficilement conciliable avec un Marché commun* où tous les consommateurs doivent avoir part aux mêmes conditions. C'est pourquoi, dans sa résolution du 14 avril 1975 concernant un « Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, le Conseil a mentionné la réalisation

⁷⁴¹ Négociations sur la proposition de directive relative aux licenciements collectifs, Conseil, Note, Réunion des 20 et 21 février 1974, 460/74 (SOC 46) du 4 mars 1974, p. 7 bis.

⁷⁴² Cette proposition faisait, en effet, partie d'une série de propositions présentées par la Commission depuis le début des années 1980 mais qui n'avaient débouché sur aucun résultat. Une directive en la matière a été finalement adoptée bien plus tard (directive 97/81/CE du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, JOCE L 14 du 20.1.1998, p. 9-14) suite à l'accord conclu entre les partenaires sociaux européens.

⁷⁴³ Proposition de directive du Conseil en matière de travail temporaire, présentée par la Commission au Conseil le 7 mai 1982, JOCE n° C 128/2 du 19.05.1982.

⁷⁴⁴ Proposition de directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, COM (76) 372 final du 23 juillet 1976, p. 1.

d'une protection suffisante et équivalente de tous les consommateurs parmi les actions prioritaires à entreprendre dans les plus brefs délais »⁷⁴⁵. La Proposition de directive relative à la publicité trompeuse et déloyale évoque que « les disparités entre les législations nationales aboutissent, dans de nombreux cas, non seulement à une protection insuffisante des consommateurs, mais aussi *empêchent la réalisation de campagnes publicitaires par delà des frontières et ainsi influent sur la libre circulation des marchandises et des prestations de services* »⁷⁴⁶. Suivant la même logique, la Commission explique dans l'exposé des motifs de la proposition de directive concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux que « *les charges imposées au commerçant en vertu de ces législations diffèrent considérablement et entravent ainsi la libre concurrence dans le Marché Commun* »⁷⁴⁷. Comme en matière de protection du travailleur, on trouve à nouveau l'objectif de l'égalisation des charges pesant sur les entreprises et, par ce biais, l'intention d'éviter que des mesures nationales protectionnistes constituent des obstacles à l'établissement et au fonctionnement du marché.

Les réglementations européennes touchant les deux acteurs se sont ainsi progressivement multipliées, au fur et à mesure que les divergences nationales existantes étaient considérées comme des obstacles au libre fonctionnement du marché commun. Il s'agit donc d'une intervention « par ricochet » plutôt que de véritables politiques communautaires. Cette intervention s'effectue de manière sélective, ponctuelle et non systémique ou systématique à chaque fois qu'on considère que les disparités des législations nationales ont des répercussions significatives sur le fonctionnement du marché. « Le droit communautaire de la consommation est un droit [...] qui se construit par strates successives, sans plan

⁷⁴⁵ *Idem*, p. 3.

⁷⁴⁶ Proposition de directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse et déloyale, COM (77) 742 final du 28 février 1978, p. 1.

⁷⁴⁷ Proposition de directive du Conseil concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, COM (76) 544 final du 12 janvier 1977, exposé des motifs, paragraphe 6 (nous soulignons).

d'ensemble » remarque Monsieur Daniel Fasquelle⁷⁴⁸, conclusion qui est aussi valable en matière du droit de travail.

Le caractère ponctuel et fragmentaire de l'intervention européenne concerne à la fois le travailleur et le consommateur mais il ne s'explique pas uniquement par des raisons communes aux deux acteurs: si l'impact sur l'établissement du marché commun est, comme on l'a expliqué ci-dessus, une raison valable pour les deux acteurs, le fait que la réglementation du droit de la consommation n'ait pas été une priorité pour le législateur européen peut également s'expliquer par l'absence d'une réglementation en la matière dans la grande majorité des systèmes juridiques nationaux. En revanche, en ce qui concerne le travailleur, l'immixtion très ponctuelle du législateur européen peut s'expliquer par une raison diamétralement opposée : la matière était trop règlementée au niveau national et de manière très diversifiée, ce qui rendait une intervention législative européenne très périlleuse.

Si l'intervention européenne s'avère non systémique et non systématique, aboutissant à une construction par étapes, elle n'est pas pour autant totalement anarchique, en répondant à une logique fonctionnelle, propre au marché commun.

2. Une approche fonctionnelle

168. Le concept de la fonctionnalité– La création des normes européennes régissant tant le consommateur que le travailleur s'est, certes, réalisée de manière ponctuelle mais tout en suivant une approche qu'on pourrait qualifier de fonctionnelle et non de manière anarchique ou sans fil conducteur. « L'anarchie, c'est-à-dire la confusion due à l'absence de règles ou d'ordre précis, qui apparaissait caractériser le droit communautaire, s'efface finalement devant une logique d'intervention législative dictée par des impératifs économiques »⁷⁴⁹. Cette approche rappelle la thèse mise en avant par une partie de la doctrine allemande qui applique la « théorie de la fonctionnalité du droit privé » (« *Theorie der Funktionsadäquanz des Privatrechts* ») et exprimée par exemple par Monsieur Ernst Steindorff, selon qui

⁷⁴⁸ Daniel FASQUELLE, « Rapport introductif » in Daniel FASQUELLE & Patrick MEUNIER (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, op. cit., not. p.25

⁷⁴⁹ Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., p. 41, n°69.

« seul un droit privé peut être produit dans la Communauté, à savoir celui qui est adéquat aux libertés fondamentales et au principe de la libre concurrence »⁷⁵⁰.

La même approche est également partagée par Monsieur Norbert Reich, qui se réfère plus particulièrement au droit européen de consommation. « La politique communautaire concernant le consommateur a découlé, comme dans beaucoup d'autres nouveaux domaines de politique législative, de la compétence générale de la Communauté (à savoir l'article 100 TCE) d'harmoniser les législations. Cette compétence n'est pas limitée à des champs matériels particuliers mais elle traite le rapprochement d'un point de vue fonctionnel. Autrement dit, dans la mesure où celui-ci est nécessaire pour le bon fonctionnement du marché intérieur »⁷⁵¹.

L'approche fonctionnelle trouve aussi son écho au sein de la doctrine française⁷⁵² qui s'accorde « sur l'idée que l'ordre juridique communautaire est avant tout porteur d'une *dynamique d'intégration des économies nationales* au service de laquelle se trouvent placées les normes juridiques communautaires »⁷⁵³. D'autres auteurs parlent d'une « démarche normative fonctionnelle »⁷⁵⁴.

169. Une compétence européenne par préemption servant un objectif transcendant- En effet, afin de servir un « objectif transcendant », à savoir le fonctionnement et la réalisation du marché commun, l'Union se dote d'une compétence que la doctrine qualifie « par préemption », dans le sens où l'Union

⁷⁵⁰ Ernst STEINDORFF, « Privatrecht und Europäischer Binnenmarkt » in Gert BÜRGEMEIER (dir.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 131-148, not. p. 147 : « Hieraus resultiert, dass in der Gemeinschaft nur ein Privatrecht entstehen kann, das der durch die Grund-freiheiten und das Wettbewerbsprinzip geprägten Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft adäquat ist » (traduction libre). V. aussi Peter-Christian MÜLLER-GRAFF, « Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p. 13 (cité par Norbert REICH, « European Consumer Law and its Relationship to Private Law », *European Review of Private Law*, n° 3, 1995, p. 288 ainsi que par Ernst STEINDORFF, *op. cit.*, p. 132).

⁷⁵¹ « Community consumer policy, like many other areas of innovative law making, has been derived from the general Community jurisdiction (ie. article 100 TCE) to harmonise legislation. This jurisdiction is not tied to specific subject matters, but examines approximation from a *functional point of view*; namely in so far as it is necessary from the proper functioning of the Internal Market » (traduction libre). Norbert REICH, « European Consumer Law and its Relationship to Private Law », *op. cit.*, p. 286, (nous soulignons).

⁷⁵² Certains auteurs se réfèrent à la même idée en parlant d'une « conception utilitariste » de la personne du consommateur, v. Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 44, n°79 et s.

⁷⁵³ Philippe MARTIN, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *op.cit.*, p. 612 (nous soulignons).

⁷⁵⁴ Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 40, n°68.

s'approprié « des compétences normalement nationales »⁷⁵⁵. En utilisant sa compétence dans le cadre du marché intérieur comme point de départ, l'Union s'est progressivement appropriée d'autres domaines, tels que le droit de la consommation ou du travail dans le but d'empêcher que des mesures protectrices du marché national prises par les législateurs nationaux faussent les conditions de concurrence au niveau européen et constituent, par ce biais, des obstacles à la réalisation du marché commun, érigé en objectif fondamental. C'est la raison pour laquelle certains auteurs estiment que « l'emprise du marché commun sur le droit de consommation a d'abord eu une logique répressive : pourfendre les mesures protectrices des consommateurs, quand elles ont en réalité un effet protectionniste »⁷⁵⁶. La même considération est également valable pour l'intervention européenne en matière de protection du travailleur, comme on a pu le constater ci-dessus⁷⁵⁷. Il s'agit, d'ailleurs, d'un des aspects propres au modèle d'intervention européenne en ce qui concerne la réglementation des personnes, considérées comme des acteurs du marché. Comme on l'a déjà mentionné, le droit européen a construit progressivement un droit des personnes, dans le sens des opérateurs du marché, qui ne correspond pas toujours à la taxinomie nationale des différentes branches du droit des contrats. « Il est assez difficile d'établir une échelle de communautarisation en fonction des différentes branches du droit telles que le système juridique interne les distingue car les domaines dans lesquels intervient l'Union ne correspondent que très partiellement à cette taxinomie. En effet, conformément à *la méthode fonctionnaliste*, ces compétences fixent des objectifs à atteindre et notamment la réalisation du marché intérieur »⁷⁵⁸.

170. L'utilisation de l'article 100 TCEE en tant que fondement générique-

Dans ce contexte, l'article 100 TCEE ainsi que l'article 100 A TCEE, introduit par l'Acte unique européen, constituent, faute d'autre disposition adéquate, la base juridique

⁷⁵⁵ Loïc GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation » in Daniel FASQUELLE & Patrick MEUNIER (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, op. cit., p. 141.

⁷⁵⁶ *Idem*, p. 142.

⁷⁵⁷ V. *supra*, sous n° 163 et s.

⁷⁵⁸ Olivier DUBOS, « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? », *LPA*, octobre 2004, n°198, p. 6-15, not. p. 6 (nous soulignons).

fondamentale de l'intervention du législateur européen dans les deux domaines⁷⁵⁹. Ils deviennent une sorte de fondement «générique» justifiant la production des règles européennes sous le prisme, voire le prétexte, du fonctionnement du marché commun. En effet, en ce qui concerne le consommateur, aucune disposition n'accordait une compétence autonome à l'Union; quant au travailleur, le caractère programmatique de l'article 117 TCEE ne pouvant fonder à lui seul l'action communautaire en la matière, les institutions communautaires ont cherché d'autres bases juridiques, notamment l'article 100 TCEE. De la sorte, le travailleur et le consommateur sont entrés « dans la sphère de la Communauté [...] à chaque fois que le marché intérieur l'exigeait »⁷⁶⁰.

On pourrait citer différentes directives adoptées dans les deux domaines avant le Traité de Maastricht sur la base juridique de l'article 100 du TCEE : c'est le cas de la directive 75/129/CEE du 17 février 1975 sur les licenciements collectifs⁷⁶¹, la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980 sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur⁷⁶² ou la directive 77/187/CEE du 14 février 1977 sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises⁷⁶³, la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 sur les contrats négociés en dehors des

⁷⁵⁹ Il convient de noter que l'article 100A TCEE ne concerne pas, en principe, le travailleur. Cela étant, la différence la plus importante entre ces deux fondements réside dans la procédure d'adoption (unanimité pour l'un, majorité qualifiée pour l'autre) et elle ne concerne pas les finalités et les objectifs visés. V. également *infra*, sous n° 211 et s.

⁷⁶⁰ Loïc GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation » in Daniel FASQUELLE & Patrick MEUNIER (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000, op. cit.*, p. 141.

⁷⁶¹ Directive 75/129/CEE du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE* L 48 du 22.2.1975, p. 29-30. V. l'exposé de motifs de la dite directive, précité.

⁷⁶² Directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur *JOCE* L 283 du 28.10.1980, p. 23-27.

⁷⁶³ Directive 77/187/CEE du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements *JOCE* L 61 du 5.3.1977, p. 26-28. Le fondement juridique de la directive est l'art. 100 TCEE, même si l'art. 117 TCEE est également mentionné dans les considérants. On doit aussi noter que la base juridique initialement proposée par la Commission était l'article 235 du Traité. Malgré des considérations visant à la protection des travailleurs, le second considérant de la proposition de la Commission mentionne qu'«une telle évolution a exigé que soient poursuivis activement sur le plan communautaire des travaux visant à assurer une *sécurité juridique accrue pour les opérations économiques*, à éliminer les obstacles de nature juridique qui s'opposent à certaines opérations de regroupement et à créer, en tant que de besoin *les structures d'accueil que justifie un élargissement du marché*» (nous soulignons). On peut ainsi remarquer une certaine coexistence des préoccupations sociales et des considérations axées autour de la réalisation du marché commun. V. la Note de la Commission adressée aux Chefs de cabinet en date du 29 mars 1974, COM (74) 351 /A, p. 20.

établissements commerciaux⁷⁶⁴, la directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 sur la publicité trompeuse⁷⁶⁵ ou encore la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux⁷⁶⁶.

171. Le caractère programmatique de l'article 117 TCEE– Dans le cadre des négociations sur la proposition de directive concernant la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, la commission juridique du Parlement a, d'ailleurs, examiné la question de savoir si l'article 117 TCEE ne devrait pas également figurer, à côté de l'article 100 TCEE, au premier visa de la directive. La commission a conclu que « l'article 117 CEE [...] ne donne pas de pouvoir spécifique aux institutions communautaires pour la réalisation desdits objectifs, mais renvoie aux procédures prévues par le Traité ; en conséquence, la commission juridique n'estime pas nécessaire de proposer d'amendement à ce sujet »⁷⁶⁷. Cette conclusion reflète alors le caractère programmatique de l'article 17 TCEE qui renforçait

⁷⁶⁴ Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *JOCE* L 372 du 31.12.1985, p. 31–33. «La présente directive est fondée sur l'article 100 du Traité CEE. Les différentes législations en vigueur dans les Etats membres ont une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du Marché Commun. En effet, *les charges imposées au commerçant* en vertu de ces législations diffèrent considérablement et *entravent ainsi la libre concurrence* dans le Marché Commun» énonce l'exposé des motifs de la Proposition de directive. V. Proposition de directive du Conseil concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, COM (76) 544 final du 12 janvier 1977, exposé des motifs, paragraphe 6 (nous soulignons).

⁷⁶⁵ Directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse *JOCE* L 250 du 19.9.1984, p. 17–20. «La présente directive est basée sur l'article 100 du Traité CEE. [...] L'une des missions de la Communauté est de promouvoir un *développement harmonieux des activités économiques* et un relèvement accéléré du niveau de vie dans la Communauté. Le fait que le degré de protection accordé *aux consommateurs et aux concurrents* [...] varie d'un pays à l'autre rend plus difficile ou entrave la réalisation de ces objectifs. [...] Cela vaut notamment pour les produits des grandes entreprises. L'existence de dispositions législatives qui diffèrent d'un pays à l'autre compromet *donc l'efficacité de la protection dont peuvent bénéficier ceux qui participent à la vie économique.*», Proposition de directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse et déloyale, COM (77) 724 final du 28 février 1978, p. 8-9 (nous soulignons). Bien que la protection du consommateur ait été visée par la directive, on ne manquera pas de remarquer que la protection s'adresse à la fois «aux consommateurs et aux concurrents» (à savoir les autres entreprises qui s'activent dans le marché) en tant qu'agents «qui participent à la vie économique».

⁷⁶⁶ Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JOCE* J O L 210 du 7.8.1985, p. 29–33.

⁷⁶⁷ Parlement européen, Documents de séance 1978-1979, Rapport du 12 janvier 1979 (Commission des affaires sociales, de l'emploi et de l'éducation) sur la proposition de la Commission relative à une directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, Doc. 552/78, p. 22.

l'utilisation de l'article 100 TCEE en tant que fondement générique des initiatives européennes portant sur les deux acteurs.

172. L'absence de base juridique autonome pour les interventions européennes concernant le consommateur et le travailleur- De la même manière, dans le domaine du droit de la consommation, le Parlement a souvent constaté (voire déploré) l'inexistence d'un fondement juridique autonome pour la protection des consommateurs, qui est attachée, faute de mieux, au fonctionnement du marché commun : « il ne paraît pas que les différentes normes sur la protection du consommateur (protection qui devrait être, sous l'angle de l'éthique juridique, l'objet essentiel de toutes les législations en la matière) puissent avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché, d'autant que les traités ne comportent aucune disposition expresse en matière de protection des consommateurs », lit-on dans le rapport concernant la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux⁷⁶⁸, qui ajoute que « cette lacune ne saurait être comblée par une déclaration d'intention (programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs⁷⁶⁹) formulée par le Conseil des Ministres en la matière »⁷⁷⁰.

On peut, par conséquent, conclure que la conception du travailleur et du consommateur européens a été dans un premier temps façonnée suivant une approche ponctuelle mais fonctionnelle sur l'objectif transcendant de l'établissement et la réalisation du marché. A côté des dispositions ayant un caractère programmatique ou symbolique, telles que l'article 117 TCEE pour le travailleur ou le Programme de 1975 pour le consommateur, l'intervention de l'Union se base sur la compétence générale que les articles 100 et 100A TCEE lui accordent et dont l'utilisation ou la délimitation ne sont pas véritablement soumises au contrôle de la

⁷⁶⁸ Parlement Européen, Rapport sur la proposition concernant une directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (Commission juridique, Rapporteur M. Willy G. J. Calewaert) du 10 août 1978, Doc. 246/78, PE 51.378/déf., p. 14.

⁷⁶⁹ Programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs *JOCE C 092* du 25/04/1975 p. 0002 - 0016.

⁷⁷⁰ Parlement Européen, Rapport sur la proposition concernant une directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (Commission juridique, Rapporteur M. Willy G. J. Calewaert) du 10 août 1978, *op. cit.*, note 2.

Cour de Justice. La protection du consommateur et du travailleur demeure ainsi subsidiaire⁷⁷¹ et accessoire face au prisme du marché commun à travers lequel ces deux acteurs sont abordés⁷⁷². Le travailleur et le consommateur ne sont pas traités en tant que tels mais en tant que « sous-produits de la politique du marché intérieur »⁷⁷³. Le rapport du Parlement européen, rendu dans le cadre des négociations sur la proposition de directive concernant la publicité trompeuse reflètent cette approche : « La protection du consommateur est moins un problème en soi qu'un élément de l'ensemble du processus économique. Elle en fait partie au même titre que la production et la distribution ; elle est en quelque sorte une facette des différents stades du processus économique »⁷⁷⁴. En fin de compte, le marché intérieur constitue à la fois le fondement et la limite de la protection du consommateur et du travailleur: il faut les protéger tant que cela est nécessaire pour faciliter le jeu du marché mais sans que le protectionnisme ne devienne gênant pour ce dernier⁷⁷⁵.

⁷⁷¹ Guillaume BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, *op. cit.*, p. 197.

⁷⁷² « Le domaine social est avant tout abordé à travers le prisme du marché commun du travail qui n'est qu'une facette du paradigme du marché européen », Philippe MARTIN, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *RTD eur.*, *op. cit.*, not. p. 627 et 628.

⁷⁷³ Thierry BOURGOIGNIE, « Droit et politique communautaire de la consommation: de Rome à Amsterdam », *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1997, p. 194-210, not. p. 196.

⁷⁷⁴ Parlement européen, Rapport fait au nom de la commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs, sur la proposition de la Commission concernant une directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse et déloyale, du 10 avril 1979 (rapporteur Lord Wailand Kennet), PE 54.470/déf., p. 21.

⁷⁷⁵ Pour un raisonnement analogue à propos de la reconnaissance mutuelle dans le domaine du droit de la consommation, v. Loïc GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation », *op. cit.*, p. 144.

Paragraphe II : L'établissement du marché intérieur, fondement omniprésent de l'intervention européenne

A la suite de l'adoption du Traité de Maastricht l'Union les interventions européennes en matière de protection du consommateur et du travailleur se sont progressivement autonomisées (1). Toutefois, en dépit d'un fondement autonome, les instruments législatifs ont continué à se fonder sur des préoccupations liées à l'accomplissement du marché intérieur, ce qui a conduit à une hypertrophie de l'article 100 TCEE⁷⁷⁶ (2).

1. L'« autonomisation » des compétences de l'Union après le Traité de Maastricht

173. La nécessité d'autonomisation de la compétence de l'Union– Au fur et à mesure de la prolifération des mesures législatives portant sur le consommateur et le travailleur, l'absence de fondement juridique autonome se faisait de plus en plus apparente. « Il a déjà été observé à plusieurs reprises, et à juste titre, que le système mis en œuvre par les traités instituant les Communautés européennes a pour objectif principal la réglementation des activités économiques, en vue de favoriser le progrès industriel, commercial et agricole ; aussi, *la tendance à considérer l'individu en tant que fin et non en tant que moyen de l'activité communautaire*, tendance qui s'est récemment manifestée au sein des instances communautaires, apparaît-elle comme extrêmement positive»⁷⁷⁷. Cette remarque faite par les parlementaires européens bien avant l'adoption du Traité de Maastricht illustre la demande d'accorder au travailleur et au consommateur une protection autonome, de les considérer comme des fins et non uniquement comme des moyens des politiques européennes.

En effet, si les objectifs fondamentaux de l'action de l'Union n'avaient pas changé et demeureraient axés autour de l'accomplissement du marché commun, on remarque, notamment sous l'influence du Traité de Maastricht, une progressive

⁷⁷⁶ Devenu l'article 94 TCE.

⁷⁷⁷ Parlement européen, Rapport sur la proposition concernant une directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (Commission juridique, Rapporteur M. Willy G. J. Calewaert) du 10 août 1978, Doc. 246/78, PE 51.378/déf., p. 9 (nous soulignons).

autonomisation de la compétence du législateur européen d'adopter des règles protectrices de ces deux acteurs. « Désormais il est admis que la seule loi du laisser-faire peut apparaître pernicieuse pour le[s] destinataire[s] du marché intérieur »⁷⁷⁸, en l'occurrence le travailleur et le consommateur.

174. La consécration d'un fondement autonome pour la protection du consommateur- Le Traité de Maastricht constitue une étape importante, notamment pour la protection du consommateur européen mais aussi, ne serait-ce que dans une mesure moindre, pour le travailleur, étant donné que ce dernier est concerné par l'Accord sur la politique sociale, annexé audit Traité. En effet, l'article 3 TCE énonçant les actions de l'Union, évoque, après les politiques fondamentales (à savoir l'union douanière, la politique commerciale commune et le marché intérieur) le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun, la politique dans le domaine social, le renforcement de la cohésion économique et sociale et, quasiment en fin de liste, la contribution au renforcement de la protection des consommateurs. Par ailleurs, un Titre XI est introduit, dédié expressément à la protection des consommateurs, qui comporte un unique article (article 129A TCE) dont le premier paragraphe dispose que « la Communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs par: a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 100A TCEE dans le cadre de la réalisation du marché intérieur; b) des actions spécifiques qui appuient et complètent la politique menée par les États membres en vue de protéger la santé, la sécurité et les intérêts économiques des consommateurs et de leur assurer une information adéquate ».

175. Le caractère subsidiaire de la compétence de l'Union en matière de protection du consommateur- Certes, les formulations employées restent « prudentes »⁷⁷⁹ ; il n'en demeure pas moins que le Traité de Maastricht accomplit un pas, certes timide mais important tout de même, vers une certaine autonomisation de

⁷⁷⁸ Loïc GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation », *op. cit.*, p. 141.

⁷⁷⁹ Loïc GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation » in Daniel FASQUELLE & Patrick MEUNIER (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, *op. cit.*, p. 156.

la compétence attribuée à l'Union afin d'adopter des mesures protectrices du consommateur, même en dehors de l'article 100A TCEE et du fonctionnement du marché intérieur. La politique communautaire de consommation « sort ainsi de la « zone grise » dans laquelle elle se trouvait alors confinée »⁷⁸⁰ pour gagner en légitimité et en autonomie. Certains auteurs considèrent ainsi qu'il « existe, depuis Maastricht, non pas une mais deux politiques en matière de protection des consommateurs, l'une ancienne, toujours rattachée à la réalisation du marché intérieur et l'autre nouvelle, détachée de la réalisation de ce même marché intérieur »⁷⁸¹.

Cela étant, cet article accorde à l'Union une « compétence d'attribution »⁷⁸², qui complète la « compétence de préemption » qu'on a déjà évoquée. Toutefois, on ne saurait négliger que l'article 129 A b) TCE mentionne que le rôle attribué à l'Union est d'appuyer et compléter les politiques menées par les Etats membres en la matière. Cela signifie que les Etats se réservent la compétence de légiférer et que la compétence accordée à l'Union a un caractère subsidiaire et indirect⁷⁸³. Etant donné que la compétence accordée à l'Union n'est pas exclusive, elle est soumise au principe de la subsidiarité qui accorde la priorité à l'action au niveau national⁷⁸⁴.

176. L'utilisation symptomatique de la base juridique autonome- Le caractère subsidiaire de la compétence est surligné par le fait que, jusqu'à la mise en vigueur du Traité d'Amsterdam, l'article 129A TCE ait été utilisé une seule fois comme fondement d'une intervention législative européenne touchant le contrat de consommation, à l'occasion de la directive 98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts

⁷⁸⁰ Thierry BOURGOIGNIE, «Droit et politique communautaire de la consommation: de Rome à Amsterdam», *op. cit.*, p. 197.

⁷⁸¹ Jean-Pierre PIZZIO, «L'application du droit primaire» in Filali OSMAN (dir.), *Vers un Code européen de la consommation ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.87-99, not. p. 90.

⁷⁸² Loïc GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation », *op. cit.*, p. 156.

⁷⁸³ V. en ce sens, Sandie CHILLON, «Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam: un droit émancipé?», *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1998, p. 259-275, not. p. 262.

⁷⁸⁴ V. en ce sens la communication de la Commission «Priorités pour la politique des consommateurs», COM (95) 519 du 31 octobre 1995, not. p. 3: «Le nouvel article 129A du traité impose clairement à la Communauté européenne l'obligation de traiter tout l'éventail des problèmes concernant les consommateurs et pas seulement ceux qui sont liés à la réalisation du marché intérieur. Cette obligation implique un respect scrupuleux du principe de subsidiarité à tous les stades pour parvenir à des solutions qui conviennent aux Etats membres ».

aux consommateurs⁷⁸⁵. Dans ce contexte, le Comité économique et social déplore, dans son avis sur le marché unique et la protection des consommateurs, la non utilisation de l'article 129A TCE comme fondement juridique des actions européennes : « il est symptomatique que bien que l'article 129A TCE, dans la version du Traité de Maastricht, consacre en toutes lettres, à l'alinéa b) de son premier paragraphe, une nouvelle base juridique pour la protection des consommateurs, une seule décision communautaire⁷⁸⁶ [...] ait été prise à ce jour en se référant à cette base juridique nouvelle »⁷⁸⁷.

Il n'est, d'ailleurs, pas rare que des directives aient été adoptées sur le seul fondement de l'article 100A TCE, même si elles ont vu le jour bien après la mise en place de l'article 129A TCE, telle que la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁷⁸⁸. De la même manière, la proposition initiale de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation⁷⁸⁹ était uniquement fondée sur l'article 100A TCE. Ce choix de base juridique est expliqué par les considérants de la proposition de directive, qui indiquent que « les législations des États membres concernant la vente des biens de consommation présentent de nombreuses disparités, avec pour conséquence que les marchés nationaux relatifs à la vente de biens de consommation diffèrent les uns des autres et que des *distorsions de concurrence peuvent surgir parmi les vendeurs* », avant d'ajouter que « le *consommateur qui cherche à bénéficier des avantages du grand marché* en se procurant des biens dans un État membre autre que celui de sa résidence, joue un rôle fondamental dans *l'accomplissement du marché intérieur en empêchant la reconstruction artificielle de nouvelles frontières et le cloisonnement des marchés*»⁷⁹⁰. Ce n'est que dans le cadre des amendements proposés par le Parlement que l'article 129A TCE fut ajouté. En effet, le premier commentaire du rapporteur de

⁷⁸⁵ Directive 98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, *JOCE* L 80 du 18.3.1998, p. 27-31.

⁷⁸⁶ Le Comité économique et social fait référence à la décision 94/3092 du 7 décembre 1994 portant l'institution d'un système communautaire d'information sur les accidents domestiques et de loisirs.

⁷⁸⁷ Avis du Comité Economique et Social sur « Marché unique et protection des consommateurs : opportunités et obstacles », *JOCE* n° C 039 du 12/02/1996, p. 55.

⁷⁸⁸ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOCE* L 144 du 4.6.1997, p. 19-27.

⁷⁸⁹ Proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, COM (95) 520 final, *JOCE* n° C 307 du 16/10/1996 p. 8.

⁷⁹⁰ COM (95) 520 final, *op. cit.* (nous soulignons).

la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs portait sur la base juridique, en estimant qu' « il ne s'agit pas exclusivement en espèce d'une directive relevant du marché intérieur ». En se fondant sur le fait que « l'harmonisation minimale visée par la directive en cas de non-conformité au contrat améliorera de manière générale la protection du consommateur dans l'Union européenne », le rapporteur a suggéré de prendre comme base juridique les articles 100 A et 129 A TCE⁷⁹¹.

177. La consécration d'une compétence d'attribution pour la protection du travailleur– Le Traité de Maastricht revêt également une importance particulière pour la protection du travailleur. En effet, l'Accord sur la politique sociale⁷⁹² y a été annexé avant d'être intégré au Traité d'Amsterdam. Son 1^{er} article al. 1 dispose ainsi que « la Communauté et les Etats membres ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions . A cette fin, la Communauté et les États membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, *en particulier dans le domaine des relations conventionnelles*, ainsi que de *la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de la Communauté* ». Ensuite, le deuxième article confère à l'Union une compétence d'attribution, bien que celle-ci présente un caractère tout aussi complémentaire que la compétence accordée par l'article 129 A en matière du droit de la consommation : « En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 1er, la Communauté soutient et complète l'action des États membres dans les domaines suivants: l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs ; les conditions de travail ; l'information et la consultation des travailleurs ; l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail ; l'intégration des personnes

⁷⁹¹ Parlement Européen, Rapport fait au nom de la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs sur la proposition de la Commission des Communautés Européennes au Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation en date du 26 janvier 1998, Rapporteur Mme Annemarie Kuhn, PE 224.596/déf., p. 22.

⁷⁹² Accord sur la politique sociale conclu entre les Etats membres de la Communauté européenne à l'exception du Royaume Uni et d'Irlande du Nord, annexé au Traité de Maastricht sous le Protocole n° 14 sur la politique sociale.

exclues du marché du travail [...] ». Ces articles peuvent être considérés comme révélateurs de changements sur la conception même de l'intervention européenne en matière de droit du travail, dans la mesure où ils élargissent les compétences de l'Union européenne en ajoutant des objectifs sociaux à ses priorités stratégiques.

178. Le caractère complémentaire des fondements autonomes concernant la protection des deux acteurs- On constate alors que les deux matières suivent des voies parallèles : la protection du consommateur et du travailleur est dans un premier temps liée aux libertés de circulation avant d'être « envisagée dans le cadre d'actions ou de politiques, considérées en tant que telles, c'est-à-dire indépendamment de tout lien avec les libertés de circulation »⁷⁹³. Néanmoins, force est de constater que les nuances apportées concernant le consommateur sont également valables pour le travailleur : en dehors de l'article 100 TCE et du fonctionnement du marché, l'Union n'intervient que pour soutenir et compléter les politiques menées par les Etats membres. Le Traité d'Amsterdam est venu consolider la voie tracée par le Traité de Maastricht en ce qui concerne tant le consommateur que le travailleur: d'une part, l'article 129 A TCE a été révisé et, d'autre part, l'Accord sur la politique sociale a été intégré dans le Traité.

179. La consolidation de la compétence autonome en matière de protection du consommateur par le Traité d'Amsterdam- En effet, la nouvelle version de l'article 129 A TCE, devenu article 153 TCE, comporte un paragraphe 2 disposant que « les exigences de la protection des consommateurs sont prises en considération dans la définition et la mise en œuvre des autres politiques et actions de la Communauté». La protection du consommateur acquiert ainsi un caractère horizontal⁷⁹⁴ et transversal⁷⁹⁵, en influençant toutes les autres politiques de l'Union. La Communication de la Commission sur les priorités pour la politique des consommateurs évoque, d'ailleurs, ce changement : « tout comme, au cours des six

⁷⁹³ Fabrice PICOD, «Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs», in Filali OSMAN (dir.), *Vers un Code européen de la consommation?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 73-85, not. p. 76.

⁷⁹⁴ Thierry BOURGOIGNIE, «Droit et politique communautaire de la consommation: de Rome à Amsterdam», *op. cit.*, p. 209.

⁷⁹⁵ Sandie CHILLON, «Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam: un droit émancipé?», *op. cit.*, p. 264.

dernières années, la politique des consommateurs a été axée sur l'objectif majeur que constituait pour la Communauté européenne la réalisation du marché intérieur, il importe à présent qu'elle soit ajustée en fonction des principaux objectifs désormais poursuivis »⁷⁹⁶.

La protection du consommateur devient alors « un but en soi », en s'émancipant – ne serait-ce que symboliquement – de l'accomplissement du marché intérieur. Les instances européennes réalisent que « la libre circulation des biens et services ne peut à elle seule assurer le bien-être des consommateurs », dans la mesure où « un déséquilibre existe naturellement dans les relations entre professionnels et consommateurs, déséquilibre aggravé par la consommation de masse et l'agressivité des méthodes de vente »⁷⁹⁷. Les intérêts des consommateurs doivent, par conséquent, être pris en considération lors de l'exercice de toutes les autres politiques de l'Union. « Les autorités communautaires ne doivent pas seulement instaurer un marché intérieur sans frontières, elles ont aussi pour mission de réaliser un niveau élevé de protection des consommateurs. Ce niveau élevé est lui-même un minimum » remarque Monsieur Jean Calais-Auloy⁷⁹⁸.

En même temps, les autres paragraphes de l'ancien article 129 A TCE sont légèrement retouchés : l'éducation et la défense des intérêts des consommateurs sont ajoutées aux objectifs de l'Union⁷⁹⁹, exposés dès le premier paragraphe de l'article, alors que les « actions spécifiques » prévues par le point b) de l'article 129 A TCE sont remplacées par des « mesures », terme plus générique⁸⁰⁰ qui donne l'impression d'un élargissement de la compétence⁸⁰¹.

⁷⁹⁶ Communication de la Commission sur les Priorités pour la politique des consommateurs, 1996-1998, COM (95) 519 final du 31 octobre 1995, p. 3.

⁷⁹⁷ Sandie CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, Louvain-La-Neuve, Centre de droit de la consommation, Collection droit et consommation, 1999, p. 19.

⁷⁹⁸ Jean CALAIS-AULOY, « La Communauté européenne et les consommateurs » in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 119-127, not. p. 120.

⁷⁹⁹ V. Article 153§1 TCE: « Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, la Communauté contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts ».

⁸⁰⁰ Thierry BOURGOIGNIE, « Droit et politique communautaire de la consommation: de Rome à Amsterdam », *op. cit.*, p. 209.

⁸⁰¹ V. Article 153§3 TCE: « La Communauté contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 par: a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 95 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur; b) des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les États

180. La consolidation de la politique sociale par le Traité d'Amsterdam-

En ce qui concerne le travailleur, le Traité d'Amsterdam a confirmé les bases de politique sociale déjà posées par le Traité de Maastricht et a formellement reconnu l'appartenance de cette politique aux objectifs poursuivis par l'Union. Un titre autonome lui a été consacré dans le Traité⁸⁰². Le nouvel article 136 TCE rassemble l'ancien article 117 TCE et l'article 1 de l'Accord sur la politique sociale en mettant l'accent sur la « protection des droits sociaux fondamentaux⁸⁰³ et les objectifs de promotion de l'emploi, de l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, de la protection sociale adéquate, du dialogue social ainsi que du développement des ressources humaines »⁸⁰⁴. Par ailleurs, cet article opère, à l'instar de l'ancien article 117 TCE, la distinction entre l'harmonisation des systèmes sociaux, qui résultera du fonctionnement du marché, et le rapprochement des droits nationaux sur la base de l'article 100 TCE –devenu article 94 TCE.

Il apparaît, alors, qu'en dépit de leur importance symbolique, ces dispositions ne véhiculent pas de changements spectaculaires quant aux modalités d'intervention européenne en la matière. « Il semble que les finalités de l'harmonisation sociale se résument à l'égalisation des conditions de travail et d'emploi dans la Communauté, notamment dans une optique de *régulation* du fonctionnement du marché européen »⁸⁰⁵. Ainsi, la principale base directe pouvant fonder l'adoption des

membres, et en assurent le suivi ».

⁸⁰² Titre VIII, intitulé « Emploi » et contenant les articles 125 à 130 TCE ainsi que Titre XI, Chapitre 1, intitulé « Dispositions sociales » et contenant les articles 136-145 TCE.

⁸⁰³ Sur la question des droits fondamentaux v. Sophie Robin-Olivier, «La référence des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam», *Dr. soc.* 1999, p. 609-620.

⁸⁰⁴ V. l'article 136 TCE: « La Communauté et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions.

À cette fin, la Communauté et les États membres mettent en œuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles, ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de la Communauté.

Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives ».

⁸⁰⁵ Philippe MARTIN, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *op. cit.*, p. 626.

mesures protectrices du travailleur au niveau européen demeure l'article 94 TCE, à savoir l'empêchement des répercussions sur le fonctionnement du marché.

181. L'évolution parallèle de la protection des deux acteurs– Il résulte de cette évolution de l'intervention du législateur européen dans le domaine de la protection tant du consommateur que du travailleur, que la protection de ces deux acteurs suit des chemins parallèles : en dépit des avancées considérables qui se situent notamment au niveau de la conception du travailleur et du consommateur européens ainsi que sur le rôle de l'Union en la matière, l'action de cette dernière trouve sa principale source de légitimité dans l'établissement et l'accomplissement du marché intérieur et dans les incidences que l'action de ces acteurs pourrait avoir sur ce dernier.

2. L'hypertrophie du fondement relatif au fonctionnement du marché au détriment des fondements de protection autonomes

182. L'omniprésence des finalités liées au fonctionnement du marché et l'utilisation sporadique des fondements de protection autonomes– Le Traité de Maastricht, puis celui d'Amsterdam ont sans nul doute constitué un cap décisif vers une certaine autonomisation de la conception et de la protection que le droit européen réserve au consommateur et au travailleur. Cette autonomisation qui marque en même temps une tendance d'émancipation de l'emprise du marché intérieur, se reflète à la fois sur la lettre des dispositions du droit primaire et sur les finalités qui sont véhiculées par ces dernières mais aussi sur les compétences attribuées à l'Union et le rôle que celle-ci se réserve.

Néanmoins, force est de constater qu'en dépit de ces évolutions, la politique européenne dans les deux domaines demeure toujours tributaire du marché intérieur. Les articles 94 et 95 TCE⁸⁰⁶ relatifs à la réalisation du marché intérieur constituent la base juridique quasi exclusive qui justifie la protection du consommateur et du travailleur. Rares sont les fois où les dispositions permettant une protection autonome, indépendante du marché, à savoir principalement l'article

⁸⁰⁶ Devenus les articles 115 et 114 TUE.

153 TCE⁸⁰⁷ et les articles 136 et 137 TCE⁸⁰⁸, sont utilisées par le législateur européen. Le fait que ces mêmes articles qui sont censés fonder des politiques indépendantes de l'Union font référence –directement ou indirectement– aux dispositions concernant la réalisation du marché unique, d'ailleurs, « la persistance de l'assujettissement de la politique de consommation »⁸⁰⁹ et du travail à la politique du marché.

Seront évoquées, à titre d'exemple à cet égard, la directive 99/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation⁸¹⁰, la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁸¹¹, la directive 2001/37/CE la fabrication, la présentation et la vente des produits du tabac⁸¹² ou encore la directive 2000/13/CE du 20 mars 2000 concernant l'étiquetage⁸¹³, adoptées bien après la mise en vigueur du Traité de Maastricht. Il en est de même, dans le domaine de la protection des travailleurs, de la directive 91/533/CEE, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur⁸¹⁴ ou de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 concernant le maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements⁸¹⁵.

Ce sont, en effet, des textes législatifs qui n'avaient pas pour finalité exclusive le fonctionnement du marché intérieur. Pourtant, les articles 100A TCEE /95 TCE ou 100 TCEE/94 TCE constituent leur base juridique soit exclusive⁸¹⁶ soit principale⁸¹⁷.

⁸⁰⁷ Devenu l'article 169 TFUE.

⁸⁰⁸ Devenus les articles 151 et 153 TUE.

⁸⁰⁹ Sandie CHILLON, «Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam: un droit émancipé?», *op. cit.*, p. 266.

⁸¹⁰ Directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, précitée.

⁸¹¹ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE* L 095 du 21/04/1993 p. 0029 – 0034.

⁸¹² Directive 2001/37/CE du 5 juin 2001 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac, *JOCE* L 194, 18.7.2001, p. 26–35

⁸¹³ Directive 2000/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard *JOCE* L 109, 6.5.2000, p. 29–42.

⁸¹⁴ Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, précité.

⁸¹⁵ Directive 2001/23/CE du 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* L 82, 22.3.2001, p. 16–20.

⁸¹⁶ V. les directives 93/13/CEE, 2000/13/CE, 91/533/CEE et 2001/23/CE précitées.

⁸¹⁷ V. les directives 99/44/CE et 2001/37/CE précitées.

On assiste ainsi à une « utilisation hypertrophique »⁸¹⁸ et un « usage universel »⁸¹⁹ des articles concernant l'adoption de mesures de rapprochement des droits nationaux ayant pour objet la réalisation du marché intérieur. En effet, ces articles sont utilisés comme fondements des règles européennes même lorsque le marché intérieur n'est pas directement visé⁸²⁰. La protection du travailleur et du consommateur reste ainsi « dans l'orbite » du marché intérieur⁸²¹.

183. Le droit européen visant à encourager le rôle actif du travailleur et du consommateur au sein du marché- Il résulte de cet examen des premiers regards que le droit européen a porté sur le consommateur et le travailleur que l'approche adoptée vis-à-vis de ces deux acteurs présente des traits communs : imprégnée des finalités de l'accomplissement du marché intérieur, l'intervention européenne vise à encourager le consommateur et le travailleur, initialement bénéficiaires passifs du marché, à devenir des acteurs de ce dernier en participant à sa réalisation⁸²². Le consommateur et le travailleur deviennent alors à la fois un frein – notamment lorsqu'il s'agit de tolérer des obstacles au libre fonctionnement du marché afin de protéger ces acteurs – mais aussi un moteur du marché⁸²³.

Les impératifs économiques, dont la protection du consommateur et du travailleur demeure toujours tributaire, même après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam, expliquent également les fondements juridiques sur lesquels se base la

⁸¹⁸ Sandie CHILLON, «Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam: un droit émancipé?», *op. cit.*, p. 266.

⁸¹⁹ Sandie CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, *op. cit.*, p. 578.

⁸²⁰ L'utilisation de l'article 100 A TCE en tant que base juridique des instruments législatifs européens est souvent contestée par les États membres. Selon la jurisprudence constante de la Cour de Justice « le recours à l'article 100 A du traité comme base juridique est possible en vue de prévenir l'apparition d'obstacles futurs aux échanges résultant de l'évolution hétérogène des législations nationales pour autant que l'apparition de tels obstacles est vraisemblable et que la mesure en cause a pour objet leur prévention » (v. CJCE, 13 juillet 1995, *Espagne c/ Conseil*, Aff. C-350/92, *Rec. I-1985*, point 35 ; CJCE, 5 octobre 2000, *Aff. Allemagne c/ Parlement et Conseil*, Aff. C-376/98, *Rec. I-8419*, point 86 ; CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, Aff. C-377/98, *Rec. I-7079*, point 15 ; CJCE, du 10 décembre 2002, *The Queen c/ Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd*, Aff. C-491/01, *Rec. I-11453*, point 61).

⁸²¹ Judith ROCHFELD, «Du statut contractuel «de la protection de la partie faible»: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme», in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2007, p. 835-866, not. p. 846.

⁸²² V. en ce sens Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 37, n°62.

⁸²³ V. en ce sens, Judith ROCHFELD, «Du statut contractuel «de la protection de la partie faible»: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 845.

politique européenne dans les deux domaines. L'action de l'Union trouve ainsi une légitimité directe lorsqu'il s'agit d'adopter des règles visant la réalisation du marché alors qu'en dehors de cette dernière elle a plutôt pour objet d'accompagner, de compléter et de coordonner les politiques menées par les Etats membres.

Cette constatation n'implique pas pour autant une connotation négative ou - selon l'expression utilisée par Madame Elise Poillot⁸²⁴ - un jugement de valeur porté sur cette conception. C'est une conception qui reflète les spécificités et la nature de l'édifice européen et qui est justifiée par ses finalités. Etant donné que la construction de l'Union était fondée sur des objectifs qui étaient principalement macroéconomiques, il est logique et légitime que la conception qu'elle réserve à ses acteurs soit également influencée par ces impératifs. «Puisque le dessein du droit communautaire matériel est tout d'abord d'accompagner la réalisation d'un grand marché, puis, cet objectif atteint, d'en garantir le bon fonctionnement, il ne fait pas de doute que la logique de ses interventions sera guidée par une telle finalité » remarque ce même auteur⁸²⁵.

184. Les limites de l'approche exclusivement axée sur l'accomplissement du marché- Il n'en demeure par moins que cette approche, aussi prévisible ou légitime qu'elle soit, trouve ses limites. On constate ainsi que les initiatives législatives européennes dans les deux domaines se trouvent souvent bloquées ou au moins retardées. Les propositions de directive sur le travail à temps partiel⁸²⁶, sur le congé parental⁸²⁷ ou encore celle sur les produits défectueux⁸²⁸ en témoignent. S'il est vrai qu'en droit du travail, l'exigence de l'unanimité sur certaines questions complique davantage l'avancée des projets législatifs⁸²⁹, le droit de consommation n'est pas non plus totalement épargné de telles complications. Outre les questions de

⁸²⁴ Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., p. 42, n°72.

⁸²⁵ *Idem*, p. 41, n°69.

⁸²⁶ Directive 97/81/CE, du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOCE* L 14, 20.1.1998, p. 9-14.

⁸²⁷ Directive 96/34/CE du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOCE* L 145, 19.6.1996, p. 4-9 (qui a été par la suite remplacée par la Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE, *JOUE* L 68, 18.3.2010, p. 13-20).

⁸²⁸ Directive 85/374/CEE, du 25 juillet 1985 précitée.

⁸²⁹ Ce défaut est, dans une certaine mesure, pallié par les compétences normatives accordées aux partenaires sociaux. Sur cette question v. *supra* sous n° 78 et s.

la diversité des droits nationaux, des rapports de force et de la volonté politique, il s'agit également d'un manque de compétence qui est, certes, plus prononcé dans le cas du travailleur mais qui concerne également le consommateur. En dépit des avancées au niveau du droit primaire, les finalités économiques qui dictent les politiques de l'Union conduisent souvent à un phénomène plutôt hétéronome: le seul fondement direct de l'intervention législative étant celui qui permet l'accomplissement du marché, il est utilisé de manière excessive, dans l'effort que fournissent les instances européennes pour s'appropriier des domaines dans lesquels les Etats membres se sont réservés une compétence importante. Cette vision extensive des compétences, réduit davantage la légitimité des initiatives de l'Union aux yeux des Etats membres qui se montrent encore plus réticents face à cette appropriation quelque peu « forcée ».

SECTION 2 : LE CONSOMMATEUR ET LE TRAVAILLEUR EUROPEENS EN TANT QUE CITOYENS

185. La citoyenneté, vecteur de rapprochement des deux acteurs– Si le premier trait caractéristique commun de la conception européenne du consommateur et du travailleur est leur traitement en tant qu'acteurs du marché, la mise en place de la citoyenneté européenne a également joué un rôle important dans le rapprochement des deux acteurs.

Apparue avec le Traité de Maastricht en 1992, la citoyenneté est accordée « à toute personne ayant la nationalité d'un Etat membre »⁸³⁰. En dépit de l'importance de la consécration textuelle, c'est la Cour de Justice qui a contribué au développement et à la délimitation de la notion de citoyenneté, développement qui est, d'ailleurs, en constante mutation⁸³¹. Dans l'un de 3666 premiers arrêts phares en la matière, la Cour a consacré le caractère fondamental de la citoyenneté, en énonçant que « le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique »⁸³².

Dans la mesure où la citoyenneté est censée constituer le prisme à travers lequel on considère tout le droit européen des personnes, le consommateur et le travailleur, deviennent deux facettes, deux « casquettes » du citoyen européen. Dans ce contexte, les instances européennes se réfèrent de plus en plus au citoyen

⁸³⁰ Article 17 TCE.

⁸³¹ Sur la question de la citoyenneté et ses évolutions v. parmi d'autres Myriam BENLOLO-CARABOT, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, 2007, Bruxelles, Bruylant ; Patrick DOLLAT, *La citoyenneté européenne. Théorie et statuts*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; Paul MAGNETTE, *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions*, 1999, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles ; Vlad CONSTANTINESCO, « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen. Retour sur quelques arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier : la France, l'Europe, le monde*, 2009, Paris, Pedone, p. 267-280 ; Florence CHALTIEL, « La citoyenneté européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, (Dossier *La citoyenneté*), n° 23, 2007, p. 64-69 ; Robert KOVAR & Denys SIMON, « La citoyenneté européenne », *CDE* 1993, p. 285-316 ; Henri LABAYLE, « Vers une citoyenneté européenne ? Le point de vue du droit communautaire », *LPA* 1992, p. 23-52 ; Loïc AZOULAI, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in Gérard COHEN-JONATHAN (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, 2010, Paris, Dalloz, p. 1-28 ; Paul MAGNETTE (dir.), *De l'étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, Bruxelles, De Boeck, 1997.

⁸³² CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Aff. C-184/99, Rec. I-06193.

européen en tant que consommateur ou travailleur, ou autrement dit au citoyen-consommateur et au citoyen-travailleur⁸³³. On ne saurait alors nier qu'on assiste à un progressif changement de perspective : le droit européen ne s'intéresse plus uniquement au travailleur et au consommateur en tant que vecteurs de la liberté de circulation mais également en tant que citoyens. « Conçu d'abord dans une perspective exclusivement économique et destiné à la réalisation du « marché commun », le droit communautaire a peu à peu élargi des domaines de compétence et, ce faisant, à tout naturellement été amené à prendre en considération non seulement « l'opérateur économique » ou le « travailleur » mais de façon plus globale la personne »⁸³⁴. Toutefois, cette évolution de conception que le droit européen réserve aux deux acteurs ne mène pas automatiquement à une « socialisation » des objectifs poursuivis par l'Union. Le but principal demeure alors de protéger le citoyen du marché. Néanmoins, le progrès économique et social, dont les premières traces remontent au Traité de Rome⁸³⁵, devient le leitmotiv des politiques européennes dans les deux matières, devenant susceptible d'aboutir à terme à une conception européenne plus axée autour des objectifs sociaux.

Après avoir établi les modèles européens du travailleur et du consommateur poursuivent des chemins parallèles (*Paragraphe I*), la question qui se pose consiste à savoir s'il existe un dénominateur commun à ces deux conceptions, qui constituerait l'axe commun de la perception européenne du consommateur et du travailleur. On peut considérer, en se fondant tant sur le droit positif que sur la manière dont les politiques européennes dans les deux matières sont menées, qu'un tel dénominateur commun existe et consiste en l'établissement de la confiance de ces deux acteurs dans le marché, dans un premier temps, et, à terme, dans le fonctionnement de l'Union. La

⁸³³ V. par exemple la communication de la Commission, Politique des consommateurs, 2^{ème} plan d'action triennal de la Commission, 1993-1995, intitulée « Mettre le marché unique au service des consommateurs européens », COM (93) 378 final du 28 juillet 1993, p.3, qui se réfère au citoyen-consommateur, en mentionnant que « pour le citoyen-consommateur de la Communauté, nombreuses sont les mesures adoptées dans le cadre de la réalisation du marché intérieur qui constituent des avantages, directs ou indirects ».

⁸³⁴ Hélène GAUDEMET-TALLON, « Droit privé et droit communautaire : quelques réflexions » *RMC* 2000, p. 228-242, not. p. 230.

⁸³⁵ En effet, selon le préambule du Traité de Rome les Etats signataires étaient « décidés à assurer par une action commune le progrès économique et social de leur pays en éliminant les barrières qui divisent l'Europe ».

dernière étape du raisonnement consiste alors à s'interroger sur les conséquences qu'on pourrait éventuellement tirer de cette comparabilité (*Paragraphe II*).

Paragraphe I : La citoyenneté en tant que vecteur de rapprochement

La consécration de la citoyenneté par le Traité de Maastricht opère un changement de la conception européenne du travailleur et du consommateur. A l'approche axée sur l'accomplissement du marché intérieur, s'ajoute la préoccupation de la protection des deux acteurs en tant qu'individus, citoyens de l'Union (1). Toutefois, ce changement n'est pas automatiquement synonyme d'une socialisation des priorités européennes (2).

1. Protéger les « citoyens du marché »

186. Du simple opérateur économique au citoyen du marché- La proclamation et surtout la mise en application progressive de la citoyenneté européenne a constitué le point de départ d'un changement de perspective des politiques européennes concernant le consommateur et le travailleur, même si, comme on a constaté ci-dessus⁸³⁶, un processus d'émancipation desdites politiques face à l'emprise des objectifs purement économiques avait déjà été entamé. Désormais, le droit européen ne s'intéresse plus au travailleur et au consommateur uniquement en tant que vecteurs de la libre circulation mais également en tant que personnes, en tant que citoyens. Il vise ainsi à protéger les « *citoyens du marché* »⁸³⁷, formulation qui décrit de manière assez éloquente ce changement dans la conception européenne du travailleur et du consommateur qui certes demeurent des acteurs du marché, mais sont traités désormais en tant que citoyens. Comme le remarque Madame Sandie Chillon à propos des consommateurs, « l'unité économique étant admise et même revendiquée, la Communauté aspire à ne plus voir seulement les consommateurs comme des acteurs économiques mais également comme *des citoyens européens* »⁸³⁸.

On assiste alors à un changement de conception, accompagné d'un changement de discours des institutions européennes, même si les références

⁸³⁶ V. *supra*, sous n° 173 et s.

⁸³⁷ V. la Résolution du Parlement européen du 20 mai 2010, intitulée «Donner un marché unique aux consommateurs et aux citoyens», A7-0132/2010, not. point 67.

⁸³⁸ Sandie CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, *op. cit.*, p. 57 (nous soulignons).

avaient, au moins au début, une forte connotation symbolique. « Désormais, le consommateur n'est plus considéré seulement comme un acheteur et un utilisateur de biens et de services pour un usage personnel, familial ou collectif, mais comme une personne concernée par les différents aspects de la vie sociale qui peuvent directement ou indirectement l'affecter en tant que consommateur »⁸³⁹ remarquait le Conseil européen, bien avant la consécration de la citoyenneté européenne, en donnant ainsi le ton de la nouvelle conception, à une époque où les considérations économiques se trouvaient au centre des politiques européennes.

En effet, « la citoyenneté européenne a [...] pu se construire avant même son explicitation par le traité de Maastricht. Alors même qu'elle est encore en l'état de fœtus, elle s'étend par le biais de son insinuation dans les droits nationaux par le principe d'égalité »⁸⁴⁰. Près de vingt ans après ladite résolution du Conseil, la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives se réfère expressément à la protection du « citoyen dans son rôle de consommateur »⁸⁴¹. Le consommateur est ainsi considéré comme un citoyen du marché et le droit européen vise à assurer « une véritable protection du citoyen du marché en tant que *homo oeconomicus passivus* [...] ». Par conséquent, la liberté de circulation et la libre concurrence ne sont pas garanties d'une manière abstraite pour renforcer la prospérité économique mais doivent servir à tous les citoyens en tant que consommateurs »⁸⁴². Quelques années plus tard, à l'occasion des négociations à propos de la directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, le Conseil affirme sa conviction que « les bénéfices du marché intérieur doivent profiter à tous les consommateurs; que ceux-ci doivent être encouragés à prendre une part plus active dans le fonctionnement de ce marché; que toute action dans ce sens se situe dans le cadre de *l'effort nécessaire pour*

⁸³⁹ Résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, Journal officiel des Communautés européennes, JOCE n° C 092 du 25.04.1975 p. 0002 – 0016, point 3.

⁸⁴⁰ Claire MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Aix-Marseille, PUAM, 2011, p. 19.

⁸⁴¹ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 précitée, 6^{ème} considérant : « considérant que, en vue de faciliter l'établissement du marché intérieur et de protéger le citoyen dans son rôle de consommateur lorsqu'il acquiert des biens et des services par des contrats régis par la législation d'Etats membres autres que le sien, il est essentiel d'en supprimer les clauses abusives ».

⁸⁴² « *a genuine protection of the market citizen as homo oeconomicus passivus [...] Therefore, free movement and competition are not guaranteed in an abstract way to optimise economic welfare, but should serve all citizens as consumers* ». Norbert REICH, « European Consumer Law and its Relationship to Private Law », *European Review of Private Law*, n° 3, 1995, p. 285-291 (traduction libre).

rapprocher l'Europe du citoyen européen »⁸⁴³. Dans le même texte, on peut également remarquer que la Commission emploie souvent indistinctement les termes « consommateurs européens » et « citoyens européens »⁸⁴⁴.

Quant au travailleur, la directive 2004/38/CE sur le droit de séjour⁸⁴⁵ constitue une belle illustration du rapprochement de la notion du travailleur et de celle du citoyen, en dépit du fait que la distinction entre citoyen travailleur et citoyen non travailleur ne soit pas totalement supprimée⁸⁴⁶. Cette directive consacre, en effet, une conception déjà mise en place par la Cour de Justice qui consistait à dissocier l'exercice de la libre circulation du statut du travailleur⁸⁴⁷. La toute récente directive 2014/54/UE relative à des mesures facilitant l'exercice des droits des travailleurs⁸⁴⁸, illustre également l'impact de la citoyenneté sur la conception du travailleur européen. Dès son premier considérant, la directive réaffirme que « la libre circulation des travailleurs est une liberté fondamentale des citoyens de l'Union [...] Elle trouve sa concrétisation dans le droit de l'Union visant à garantir le plein exercice des *droits conférés aux citoyens* de l'Union » avant de préciser par la suite que qu' « il convient que les États membres déterminent comment les *citoyens de l'Union, tels que les travailleurs*, [...] peuvent obtenir des informations utiles aisément accessibles sur les dispositions de la présente directive »⁸⁴⁹. Dans le même ordre d'idées, la communication de la Commission relative à la réaffirmation de la libre circulation des

⁸⁴³ Conclusions du Conseil concernant le Livre vert adoptées le 17 mai 1994 et citées dans l'exposé des motifs de la Commission sur la Proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, COM (95) 520 final du 18 juin 1996, p. 4, point 4 (nous soulignons).

⁸⁴⁴ V. par exemple la phrase suivante: « Dans ce contexte général, il n'est pas étonnant que les *consommateurs européens* hésitent toujours à s'engager concrètement dans des achats transfrontaliers, malgré le fait que, en théorie, les *citoyens européens* considèrent la liberté d'acheter des produits et des services à l'étranger comme un des principaux bénéfices apportés par le marché unique », COM (95) 520 final du 18 juin 1996, p. 4, point 3 (nous soulignons). Pour une utilisation similaire en ce qui concerne le consommateur v. la communication de la Commission « Réaffirmer la libre circulation des travailleurs: droits et principales avancées » du 13 juillet 2013, COM(2010)0373 ou encore le rapport de la Commission de l'année 2013 sur la citoyenneté de l'Union Citoyens de l'Union: vos droits, votre avenir, COM (2013) 269 final du 08.05.2013.

⁸⁴⁵ Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, précitée.

⁸⁴⁶ V. par exemple les conditions de séjour, prévues par le Chapitre II de la directive.

⁸⁴⁷ V. à titre d'exemple CJCE, 12 mai 1998, *María Martínez Sala c/ Freistaat Bayern*, Aff. C-85/96, *Rec.* 1998, p. I-02691, ou encore CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c/ Secretary of State for the Home Department*, Aff. C-413/99, *Rec.* p. I-07091.

⁸⁴⁸ Directive 2014/54/UE du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, *JOUE* L 128 du 30.4.2014, p. 8-14.

⁸⁴⁹ *Idem*, considérant (23) (nous soulignons).

travailleurs, reprenant les propos de son Président à l'époque, Manuel Barroso, avance que « les principes de libre circulation et d'égalité de traitement des citoyens de l'UE doivent se traduire concrètement dans la vie quotidienne de chacun »⁸⁵⁰. Elle remplace alors, en quelque sorte, la libre circulation des travailleurs par la libre circulation des citoyens⁸⁵¹.

187. La mise en valeur de l'individu en tant que fin de l'intervention européenne - L'idée du *homo europeanus*- En effet, si la citoyenneté au niveau national se base sur l'appartenance du citoyen à la cité, au *demos*, ainsi qu'à sa participation dans les affaires politiques de la cité⁸⁵², « dans le cas européen, l'absence déjà identifiée dans les années 1990 d'un *demos* pousse à construire une citoyenneté européenne à partir de l'existant, les libertés économiques et sociales »⁸⁵³. Le parcours de la notion de la citoyenneté européenne est alors très différent de celle de la citoyenneté nationale. Ainsi, « loin de reprendre une définition étatique, l'article 8 inséré par le traité de Maastricht dans le traité instituant la Communauté européenne (et devenu 17 CE, puis 20 FUE) se découvre un rôle original, un rôle propre »⁸⁵⁴.

En dehors de sa connotation primordialement symbolique, l'émergence de la citoyenneté européenne a considérablement contribué à la prise en compte et la mise en valeur de l'individu en tant que fin de l'intervention européenne. En ce sens-là, le droit européen vise à établir « un statut pour l'homo Europeanus »⁸⁵⁵. On peut ainsi parler d'un modèle de « l'homo Europeanus », du citoyen européen, dont sa facette primaire est certes d'être citoyen du marché mais qui a néanmoins vocation à avoir un statut qui va au-delà des limites du marché intérieur. « Enfin, et surtout, le statut de consommateur tend à véhiculer celui de citoyen ou, plus exactement, le citoyen

⁸⁵⁰ Communication de la Commission «Réaffirmer la libre circulation des travailleurs: droits et principales avancées » du 13 juillet 2013, *op. cit.*, p. 3.

⁸⁵¹ V. également en ce sens la communication de la Commission « Libre circulation des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: cinq actions pour faire la différence » du 25 novembre 2013, COM(2013) 837 final.

⁸⁵² Selon Aristote, « le trait éminemment distinctif du vrai citoyen c'est la jouissance des fonctions de juge et de magistrat » et par ce biais sa participation aux affaires de la cité (Πολίτης, δ' ἀπλῶς οὐδενὶ τῶν ἄλλων ὀρίζεται μᾶλλον ἢ τῷ μετέχειν κρίσεως καὶ ἀρχῆς). Aristote, *Les politiques*, livre III, De l'Etat et du citoyen. Théorie des gouvernements et de la souveraineté. De la royauté, Chapitre 1, paragraphe 1275a §4.

⁸⁵³ Claire MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁵⁴ *Idem*, p. 15.

⁸⁵⁵ *Idem*, p. 29.

communautaire tend à être saisi sous sa facette, la plus visible, de consommateur » remarquent Madame Judith Rochfeld et Monsieur Emmanuel Jeuland⁸⁵⁶.

En dépit des critiques reprochant son application très fragmentée⁸⁵⁷, la citoyenneté européenne se révèle vecteur de rapprochement et d'unification. On peut alors considérer la citoyenneté européenne comme un accélérateur de l'intégration européenne, dans le sens d'un élément fédérateur, d'un ciment susceptible de fortifier la bâtisse européenne dont les composants sont souvent hétéroclites. La citoyenneté présente alors « moins un rapport révolutionnaire qu'une nouvelle étape dans l'intégration européenne »⁸⁵⁸. En effet, « les droits économiques et sociaux des citoyens de l'Union ne sont pas strictement limités à ceux énoncés à l'article 18 CE (21 TFUE) ; ils doivent être rapprochés d'un ensemble de prérogatives fondées sur l'union économique et monétaire ainsi que sur les politiques pour l'emploi, la culture, l'éducation, la santé, la protection sociale »⁸⁵⁹. La citoyenneté fonctionne en même temps comme un vecteur de rapprochement des différentes notions, des différents rôles du citoyen européen et, par là même, comme un vecteur de rapprochement du modèle du travailleur et de celui du consommateur.

2 Vers une « socialisation » des priorités européennes ?

188. La non évidente équation entre la citoyenneté et la socialisation des priorités européennes- Etant donné que la citoyenneté constitue un vecteur de rapprochement des différentes facettes du citoyen européen, la question qui peut être posée consiste à savoir si cette évolution de la conception européenne du travailleur et du consommateur est susceptible d'aboutir à un renforcement de l'aspect social des priorités européennes. L'équation n'est pas, en effet, évidente, étant donné que

⁸⁵⁶ Judith ROCHFELD & Emmanuel JEULAND, Introduction à l'ouvrage collectif publié sous leur direction, *Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe*, Editions Juridiques et Techniques, Collection Droit et Procédures, Paris, 2005, p. 4.

⁸⁵⁷ V. à titre indicatif, les critiques auxquelles fait référence le rapport de l'année 2010 de la Commission Européenne sur la citoyenneté de l'Union, « Lever les obstacles à l'exercice des droits des citoyens de l'Union », COM (2010) 603 final du 27.10.2010, ou encore le rapport du Parlement européen sur les « Problèmes et perspectives liés à la citoyenneté de l'Union » du 20 mars 2009, A6-0182/2009. V. également, le rapport de l'année 2013 sur la citoyenneté de l'Union *Citoyens de l'Union: vos droits, votre avenir*, COM (2013) 269 final du 08.05.2013.

⁸⁵⁸ Robert KOVAR & DENIS SIMON, « La citoyenneté européenne », *op. cit.*, not. p. 286.

⁸⁵⁹ Patrick DOLLAT, *La citoyenneté européenne. Théorie et statuts*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 85.

l'émergence de la citoyenneté n'implique pas automatiquement une « socialisation » des priorités de l'Union, dans le sens d'une amélioration du niveau de protection accordée. Toutefois, le progrès économique et le progrès social vont de plus en plus de paire tout en gagnant en autonomie, dans la mesure où le second n'est plus considéré comme la simple conséquence ou l'accompagnement du premier. Ainsi, bien que la politique sociale européenne existe bien avant la consécration de la citoyenneté⁸⁶⁰, on peut soutenir que cette dernière contribue au renforcement de la dimension sociale de l'Europe.

189. L'accomplissement du marché intérieur, une condition nécessaire mais non-suffisante– Au fur et à mesure que la mise en place du marché intérieur avance, les instances européennes réalisent que l'accomplissement du marché est une condition certes nécessaire mais pas suffisante. Cette constatation était déjà perceptible au Sommet de Paris d'octobre 1972 où les chefs de gouvernement ont mis sur un pied d'égalité les objectifs sociaux et les préoccupations économiques en soulignant qu' « une action vigoureuse dans le domaine social revêt pour eux la même importance que la réalisation de l'union économique et monétaire »⁸⁶¹. Presque dix ans plus tard, la Commission européenne prolonge, dans une communication, ce raisonnement en mentionnant que « l'objectif essentiel de la Communauté est *l'amélioration continue des conditions de vie et de travail* de ses peuples. La promotion des intérêts des consommateurs doit en premier lieu être considérée comme une partie intégrante d'une politique centrée sur *le bien être des citoyens*. L'établissement du vaste marché intérieur est *le moyen et non la fin* de la création de la Communauté économique européenne »⁸⁶². En effet, si le lien entre la protection du consommateur et le renforcement de la politique sociale n'est pas de prime abord évident, on ne doit pas négliger la forte connotation sociale du lien de consommation. Comme le remarquent Madame Judith Rochfeld et Monsieur Emmanuel Jeuland « la

⁸⁶⁰ Les premières traces de la politique sociale européenne remontent ainsi à l'année 1974. V. la Résolution du 21 janvier 1974 concernant un programme d'action sociale, *JOCE* 1974, C13, p. 1.

⁸⁶¹ Déclaration du Sommet de Paris 19 au 21 octobre 1972, précitée, point 6.

⁸⁶² COM(1985) 314 final du 23 juillet 1985, point 14 (nous soulignons).

consommation se révèle être une composante importante du lien social [...]. Le lien de consommation s'inscrit [...] comme l'un des plus forts socialement »⁸⁶³.

Quant au droit du travail, le préambule du Traité d'Amsterdam affirmait que l'Union avait pour objectif « de promouvoir *le progrès économique et social* ainsi qu'un niveau d'emploi élevé, et de parvenir à un développement équilibré et durable, notamment par la création d'un espace sans frontières intérieures, par le *renforcement de la cohésion économique et sociale* et par l'établissement d'une union économique et monétaire ». Le progrès économique et social devient ainsi le leitmotiv des politiques européennes, une sorte de formule passe-partout dont les instances européennes ont fait une utilisation abondante, tantôt en tant que slogan politiquement correct, tantôt en tant que signe d'un certain changement de l'orientation politique de l'Union.

190. En quête d'un équilibre entre les objectifs économiques et sociaux-
L'Union recherche alors à établir un équilibre entre l'économique et le social⁸⁶⁴, auquel la Cour de Justice a contribué de manière significative. En effet, celle-ci avait déjà relevé à l'occasion de l'arrêt *Defrenne* et l'interprétation de l'article 119 TCEE portant sur l'égalité de rémunération entre hommes et femmes que « cette disposition relève des objectifs sociaux de la Communauté, celle-ci ne se limitant pas à une union économique, mais devant assurer en même temps, par une action commune, les progrès et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens »⁸⁶⁵. Même si la notion de la citoyenneté n'est pas expressément utilisée, étant donné qu'elle n'était pas encore consacrée par les traités, la référence de la Cour aux « peuples européens » fait déjà allusion au concept de citoyen. Ce raisonnement de la Cour va connaître une évolution considérable au fil des années, pour aboutir, près de 30 ans plus tard, à une certaine inversion de la hiérarchie des priorités. Dans le cadre de l'arrêt *Schröder*, les juges européens vont

⁸⁶³ Judith ROCHFELD et Emmanuel JEULAND, Introduction à l'ouvrage collectif publié sous leur direction, *Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe*, op. cit., p. 4.

⁸⁶⁴ Pour une analyse de cette question v. Olivier DE SCHUTTER, « L'équilibre entre l'économique et le social dans les traités européens », *Revue Française des Affaires Sociales*, n° 1-2006, p. 131-157, not. p. 138.

⁸⁶⁵ CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Aff. 43/75, Rec. p. 455 (point 10).

jusqu'à affirmer que « la finalité économique poursuivie par l'article 119 du traité⁸⁶⁶ [...] revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine »⁸⁶⁷. Comme le remarque Monsieur Olivier De Schutter « cet arrêt illustre bien comment la progressive renégociation [...] de l'équilibre entre les objectifs économiques et les objectifs sociaux du traité a été encouragée et rendue possible par la prise en compte, dans la jurisprudence de la Cour, des droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux du droit communautaire »⁸⁶⁸. Toutefois, comme nous le constaterons ci-dessous⁸⁶⁹, l'articulation des libertés économiques et des droits fondamentaux peut s'avérer souvent très délicate et aboutir à des solutions critiquables. Le cas des affaires *Viking* et *Laval* en constitue, sans doute, l'exemple le plus illustratif⁸⁷⁰.

191. La contribution des droits fondamentaux à la socialisation des priorités de l'Union- Les droits fondamentaux fonctionnent comme un catalyseur des politiques européennes et de la conception du citoyen européen. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 et intégrée au Traité de Lisbonne, illustre bien cette considération. Dès son préambule, elle affirme que l'Union « place la *personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté* de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice ». Ensuite, son Chapitre IV, intitulé « Solidarité », comporte des dispositions protectrices du consommateur et du travailleur⁸⁷¹ en véhiculant une approche beaucoup plus proche de la conception du citoyen (droits fondamentaux des citoyens) que de celle de l'acteur du marché. Nonobstant l'importance de cette consécration, on ne doit pas négliger que celle-ci n'a pas entraîné dans un premier temps de véritables conséquences sur la politique de protection des travailleurs et des consommateurs, en demeurant principalement une déclaration d'intention ; qui plus est, au moment

⁸⁶⁶ Il s'agit de l'article du TCEE qui prévoyait le principe de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes.

⁸⁶⁷ CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Telekom c/ Lilli Schröder*, Aff. C-50/96, *Rec.*, I-743, point 57.

⁸⁶⁸ Olivier DE SCHUTTER, « L'équilibre entre l'économique et le social dans les traités européens », *op. cit.*, not. p. 138.

⁸⁶⁹ V. *infra*, sous n° 307 et s.

⁸⁷⁰ Sur ces deux arrêts et les critiques qu'ils ont suscitées v. *infra*, sous n° 307 et s.

⁸⁷¹ Articles 27 à 38 de la Charte.

de sa proclamation et jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la Charte était dépourvue de force contraignante.

Ce caractère programmatique s'est progressivement atténué, notamment après la mise en vigueur du Traité de Lisbonne. La Charte est désormais dotée de la même valeur juridique que les traités⁸⁷² et, conformément à l'article 52 de la Charte, les droits consacrés par cette dernière sont distingués des principes qui sont d'une justiciabilité réduite, dans la mesure où ils « peuvent être mis en œuvre par des actes législatifs et exécutifs » adoptés par l'Union et les Etats membres⁸⁷³. Toutefois, étant donné que la Charte ne précise pas systématiquement la nature de chacun des droits qu'elle proclame, celle-ci est laissée à l'appréciation du juge. La Cour de Justice a ainsi jugé que l'article 27 de la Charte reconnaissant un droit à la consultation et à l'information des travailleurs « ne se suffit pas à lui-même, pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel », en l'absence d'une mesure législative concrète⁸⁷⁴. En effet, selon les conclusions de l'Avocat général, « le groupe de droits inclus dans le titre relatif à la solidarité comprend majoritairement des droits considérés comme sociaux en ce qui concerne leur substance, pour le contenu desquels des formules telles que celle de l'article 27 de la Charte sont privilégiées. Cela signifie qu'il existerait une forte présomption d'appartenance des droits fondamentaux visés dans ce titre à la catégorie des "principes" »⁸⁷⁵.

En dépit de cette question problématique, force est de constater que la force contraignante accordée à la Charte se reflète également sur les interventions européennes portant sur les deux acteurs. Il est intéressant de remarquer à cet égard que la première importante directive adoptée depuis en matière de travailleurs ou de consommateurs – la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs – mentionne expressément dans ses considérants⁸⁷⁶ qu'elle « respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus notamment par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». On retrouve une formule

⁸⁷² V. article 6 TUE.

⁸⁷³ V. article 52§5 de la Charte.

⁸⁷⁴ CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT et autres*, Aff. C-176/12 (non encore publié au Recueil), point 49.

⁸⁷⁵ Conclusions de l'Avocat général M. Pedro Cruz Villalón, présentées le 18 juillet 2013 dans le cadre de l'affaire *Association de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT et autres*, Aff. C-176/12, (non encore publiées au Recueil), point 55.

⁸⁷⁶ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs précitée, considérant 66.

très similaire dans la directive 2014/54/UE relative à des mesures facilitant l'exercice des droits des travailleurs qui affirme respecter « les droits fondamentaux et les principes consacrés par la charte, notamment la liberté professionnelle et le droit de travailler, le droit à la non-discrimination, en particulier fondée sur la nationalité, le droit de négociation et d'actions collectives, des conditions de travail justes et équitables, la liberté de circulation et de séjour et le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial »⁸⁷⁷.

192. Des « éléments sociaux » du droit européen des contrats ? – Cette socialisation des politiques européennes et le renforcement des volets sociaux notamment des parties du droit européen qui auparavant étaient exclusivement liées aux préoccupations économiques, justifient, d'ailleurs, la thèse –certes marginale mais tout aussi intéressante– mise en avant par Monsieur Thomas Wilhelmsson qui fait référence à la notion des « éléments sociaux » du droit européen des contrats⁸⁷⁸. Influencé par le système juridique finnois, l'auteur entreprend une analyse du « droit social européen » au sens d'un droit qui protège la partie faible du contrat et qui englobe principalement le droit du travail et le droit de la consommation.

Il résulte ainsi que la dimension sociale de l'Europe se trouve renforcée par la citoyenneté qui fonctionne comme un lien qui rapproche le consommateur et le travailleur, et, en fin de compte, les différentes casquettes du citoyen européen. En ce sens-là, « la citoyenneté a une vertu globalisante »⁸⁷⁹. Citoyenneté et dimension sociale constituent alors deux fondements différents des politiques européennes dans les deux matières mais l'un sert et complète l'autre. C'est d'ailleurs sous cet angle qu'on pourrait considérer la notion de « citoyenneté sociale européenne »⁸⁸⁰.

⁸⁷⁷ Directive 2014/54/UE du 16 avril 2014 précitée, considérant 29.

⁸⁷⁸ Thomas WILHELMSSON, *Social contract law and European integration*, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1995, not. p. 6: "analyse des éléments sociaux du droit communautaire des contrats" ("analysis of the social elements of Community contract law").

⁸⁷⁹ Claude BLUMANN (dir.), *Marché intérieur. La libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, 3^{ème} édition, Paris, Institut d'Etudes Européennes, 2006, not. p. 11.

⁸⁸⁰ Pour une analyse de cette notion, v. Sandrine MAILLARD, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Aix-Marseille, PUAM, 2008 ; Claire MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, op. cit.

Paragraphe II : L'établissement de la confiance comme objectif de l'intervention européenne

Compte tenu des symétries que nous avons constatées dans la manière dont le droit européen aborde le travailleur et le consommateur, il convient de chercher s'il existe un dénominateur commun entre les deux modèles européens. On constate alors qu'il s'agit, dans les deux cas, à (r)établir la confiance des deux acteurs dans le fonctionnement du marché (1). L'identification de ce dénominateur commun peut constituer le point de départ pour une réflexion autour de ce traitement analogique des deux acteurs (2).

1. La confiance du citoyen consommateur ou travailleur dans le marché en tant que dénominateur commun des interventions européennes

193. La protection de la partie faible en tant que dénominateur commun en droit national– Si on suivait une logique de droit interne, axée autour de la notion de contrat, on pourrait affirmer que le dénominateur commun du traitement que le législateur national réserve au consommateur et au travailleur est la protection de la partie faible du contrat. On a, certes, démontré que la conception que le droit français réserve au consommateur n'est pas identique à celle destinée au travailleur, dans la mesure où la pierre angulaire de la conception du contrat de travail est la subordination alors que celle du contrat de consommation est le rétablissement de l'équilibre contractuel⁸⁸¹. Toutefois, il s'agit, dans les deux cas, de modèles fondés sur le lien contractuel qui souffre d'un déséquilibre, étant donné que, pour des raisons différentes, les cocontractants ne se trouvent pas sur un pied d'égalité. On est alors en présence de rapports contractuels inégalitaires et l'intervention du législateur national consiste à pallier cette inégalité, certes par le biais de mécanismes juridiques différents, en protégeant la partie faible. La protection accordée par le droit national s'explique ainsi principalement par « des préoccupations humanistes : une personne placée en situation de vulnérabilité, sociale, économique ou psychologique – que cette vulnérabilité découle de ses qualités intrinsèques [...] ou d'une situation de contrainte

⁸⁸¹ V. *supra*, sous n° 12 et s.

objective [...] – ne doit pas être laissée à la merci et sous la contrainte d'un partenaire »⁸⁸².

194. L'insuffisance de la protection de la partie faible pour décrire la conception européenne du consommateur et du travailleur– Ce raisonnement n'a, certes, rien d'étonnant pour le juriste national ; toutefois, plusieurs raisons, à la fois de forme et de fond, s'opposent à une extrapolation au niveau européen, au moins d'une manière identique qu'au niveau national.

La première objection, d'ordre plutôt méthodologique, porte sur la notion même de partie faible, dont la protection s'est érigée en principe général imprégnant l'ensemble du droit des obligations⁸⁸³, principe qui, certes connu dans plusieurs droits des Etats membres de l'Union, n'est pas pour autant universel. Eriger la protection de la partie faible en dénominateur commun de la conception européenne du travailleur et du consommateur constituerait alors une projection d'un principe issu du droit national sur le droit européen. Pourtant, la notion de protection de la partie faible n'est pas inconnue du droit européen. Ainsi le Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, appelé Règlement Bruxelles I, qui énonce dans son considérant (13) que « s'agissant des contrats d'assurance, *de consommation et de travail*, il est opportun de protéger *la partie la plus faible* au moyen de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales »⁸⁸⁴. Il n'en demeure pas moins que, même en acceptant que cette notion soit opportune pour décrire la finalité de la protection du consommateur et du travailleur par le droit européen, elle n'est pas suffisante, ce qui nous conduit à une deuxième objection.

⁸⁸² Judith ROCHFELD, «Du statut contractuel «de la protection de la partie faible»: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 839.

⁸⁸³ Marcel FONTAINE « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) » in Marcel FONTAINE & Jacques GHESTIN (dir), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, p. 615-653.

⁸⁸⁴ Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001 – 0023. V. également dans le même sens, le considérant (18) du Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE* n° L 351 du 20.12.2012, p. 1-32, qui opère une refonte du précédent Règlement.

Celle-ci concerne la nature de l'intervention européenne en la matière et ses différences par rapport à la manière dont le modèle national a été établi. Ainsi, il découle de l'examen du droit national que le travailleur et le consommateur sont avant tout traités comme des contractants, le droit du travail et celui de la consommation partageant un passé civiliste commun, même s'ils ont été progressivement émancipés de l'emprise du droit civil⁸⁸⁵. En revanche, le droit européen se construit, pour des raisons que l'on a déjà exposées, autour des personnes et non autour des contrats. Cette différence de conception peut, d'ailleurs, expliquer –ne serait-ce que partiellement– le fait que les quelques fois où le législateur européen a voulu intervenir sur des aspects principalement contractuels de l'action du consommateur ou du travailleur, comme par exemple la directive sur les clauses abusives, celle sur les droits des consommateurs ou encore la directive concernant le contrat de travail à durée déterminée, il a rencontré une résistance nationale significative qui a considérablement ralenti et souvent modifié tant le processus législatif que le contenu des normes finalement adoptées. Par conséquent, il ne serait pas légitime de considérer la protection de la partie faible, qui est une notion nationale principalement contractuelle, comme la principale finalité de la protection européenne du consommateur et du travailleur.

Enfin, les objectifs poursuivis par l'Union, qui demeurent axés sur des préoccupations économiques ou, à tout le moins, incluent ces dernières, ne pourraient pas justifier un tel raisonnement. « Le droit communautaire ne vise pas à protéger le faible, dans un sens de politique sociale mais plutôt à garantir le rôle de la personne dans le marché », remarque Monsieur Norbert Reich⁸⁸⁶.

195. Le concept de progrès économique et social n'est pas adéquat-
Quant au progrès économique et social, auquel on a fait référence ci-dessus en tant que leitmotiv de l'intervention européenne⁸⁸⁷, il ne peut pas être utilisé comme dénominateur commun, notamment à cause de son caractère relatif. En effet, le sens accordé au progrès dépend de la protection déjà assurée au niveau national. Etant

⁸⁸⁵ V. *supra*, sous n° 158 et s.

⁸⁸⁶ "Community law does not aim at protecting the weak in a social policy sens, but instead seeks to safeguard the economic role of a person in the market" Norbert REICH, « European Consumer Law and its Relationship to Private Law », *op. cit.* p. 292 (traduction libre).

⁸⁸⁷ V. *supra*, sous n° 158 et s.

donnée la diversité des droits des Etats membres, notamment après l'élargissement de 2004, il n'est pas possible, au moins en l'état actuel des choses, de retenir une conception générale du progrès social au niveau européen. Cela reste valable malgré l'objectif de l'alignement vers le haut du niveau de la protection assurée, dans la mesure où cet objectif n'est pas toujours réalisable en pratique⁸⁸⁸.

196. Le (r)établissement de la confiance en tant que dénominateur commun de la protection européenne du travailleur et du consommateur- « La notion-phare autour de laquelle s'effectue l'articulation »⁸⁸⁹ de la protection du consommateur et du travailleur par le droit européen et qui pourrait être considérée comme dénominateur commun des deux modèles est celle de la confiance, dans le sens de la stabilité et de la sécurité (juridique dans un premier temps), qui peut assurer à la fois l'établissement du marché et le progrès social. Cette notion « s'inscrit [...] comme la marque de la finalisation de la protection, au sens où elle révèle que cette dernière n'est pas accordée pour elle-même, mais pour parvenir à un climat qui serve le dynamisme économique »⁸⁹⁰. Elle est en corrélation avec les spécificités de l'action du consommateur et du travailleur au niveau européen, étant donné que « par nature, les relations contractuelles transnationales sont plus propices à la défiance qu'à la confiance »⁸⁹¹. Les propos de la Commission dans son plan d'action triennal pour les consommateurs illustrent bien cette idée : « il est essentiel que l'avènement et l'approfondissement du Grand Marché européen se traduisent dans la vie quotidienne des consommateurs par des avantages concrets. Ce n'est qu'à cette condition que le marché intérieur gagnera leur confiance et, finalement, réussira »⁸⁹². Il s'agit ainsi d'un concept propre au modèle européen, dans la mesure où la confiance englobe à la fois les objectifs macroéconomiques de l'Union et la notion du citoyen qui

⁸⁸⁸ V. sur ce point ainsi que sur la question générale du niveau de protection accordée, *infra* sous n°307 et s.

⁸⁸⁹ Judith ROCHFELD, «Du statut contractuel «de la protection de la partie faible»: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 847.

⁸⁹⁰ Judith ROCHFELD, «Du statut contractuel «de la protection de la partie faible»: les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 847 et 848.

⁸⁹¹ Sandrine CLAVEL, « La confiance dans les instruments internationaux et européens de droit uniforme », in Valérie-Laure BENABOU et Muriel CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 11-33, not. p. 11.

⁸⁹² Communication de la Commission, Politique des consommateurs, 2^{ème} plan d'action triennal de la Commission, 1993-1995, intitulé « Mettre le marché unique au service des consommateurs européens », COM (93) 378 final du 28 juillet 1993, p. 6.

doit avant tout se sentir en sécurité et, par conséquent, avoir confiance dans le fonctionnement de l'Union. On fait ainsi référence à la confiance dans le fonctionnement et les règles du marché et uniquement dans un deuxième temps au cocontractant.

197. La collectivisation des intérêts protégés en vue de la création d'un climat de confiance– La confiance illustre également une fonction collective de la protection. En effet, la priorité n'est pas nécessairement de protéger les acteurs de manière isolée, comme on protège la partie faible dans une relation contractuelle, mais de créer les conditions qui pourront assurer un climat de confiance favorisant le fonctionnement non seulement du marché intérieur mais de l'Union en général. On passe à une conception plus collective des intérêts protégés⁸⁹³.

198. La protection de la partie faible en tant que composante de la confiance– Cela étant, la notion de la protection de la partie faible issue du droit national est toujours sous-jacente, dans le sens où on vise à établir la confiance des acteurs qui, de par leurs qualités respectives, se trouvent dans une position « d'infériorité »⁸⁹⁴. C'est en suivant cette logique que le Règlement (CE) n° 44/2001 ci-dessus mentionné⁸⁹⁵ protège « la partie la plus faible » en mettant en place des règles de conflits de juridictions plus favorables, susceptibles de renforcer la confiance et à l'inciter à tisser des liens contractuels au sein du marché intérieur. Néanmoins, la notion de confiance a une connotation et une fonction différentes, propres aux spécificités du droit européen et des objectifs poursuivis par ce dernier. En ce sens, la notion de partie faible constitue une belle illustration du droit européen et du droit national : élaborée en droit national, elle a été appropriée par le droit

⁸⁹³ V. également sur la question de l'implication du travailleur dans l'entreprise sous *infra* n° 205 et n° 307 et s.

⁸⁹⁴ En ce sens, la Commission européenne a remarqué en 1993 qu'« un manque d'information place le consommateur dans une situation d'infériorité face aux fournisseurs et empêche le jeu de la concurrence », avant de se référer à l'établissement de la confiance des consommateurs. Communication de la Commission, Politique des consommateurs, 2^{ème} plan d'action triennal de la Commission, 1993-1995, intitulé « Mettre le marché unique au service des consommateurs européens », COM (93) 378 final du 28 juillet 1993, p. 20.

⁸⁹⁵ Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ainsi que Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, précités.

européen qui lui a accordé une connotation différente que celle qu'elle avait initialement en droit national.

199. La confiance du consommateur et du travailleur reflétée dans le discours des instances européennes– Différents textes européens portant sur les deux acteurs reflètent l'idée de confiance en tant que pièce maîtresse de la conception européenne du travailleur et du consommateur. Ainsi, pour la Commission Européenne la confiance constitue le fondement principal du marché intérieur : « la libre circulation des biens (et des services) dans le marché intérieur *repose avant tout sur la confiance*. Confiance des entreprises qui doivent pouvoir vendre leurs produits sur la base d'un cadre réglementaire clair et prévisible. Confiance des administrations des États membres, qui doivent pouvoir présumer que les règles sont respectées dans la pratique sur tout le territoire de l'UE et que les autorités compétentes des autres États membres prendront les mesures appropriées quand cela ne sera pas le cas. *Et, bien sûr, confiance des consommateurs dans le respect de leurs droits* et dans le fait que les produits qu'ils achètent présentent toutes les garanties de sécurité et de respect de l'environnement »⁸⁹⁶. « *Veiller à ce que les consommateurs achètent en toute confiance au-delà des frontières* est tout aussi important pour le bon fonctionnement du marché intérieur » avait remarqué la Commission quelques années auparavant⁸⁹⁷, en considérant que la finalité serait de «mettre en place un environnement cohérent et commun de nature à faire en sorte que les consommateurs effectuent des achats en *toute confiance* au-delà des frontières dans l'ensemble de l'Union »⁸⁹⁸. « Make the Europe's citizens healthier, safer and more confident » fut d'ailleurs en 2009 la devise de la Direction générale santé et consommateurs qui affirme toujours que son objectif principal est de « faire de l'Europe un endroit plus sûr, où les citoyens sont en bonne santé et où les consommateurs savent que leurs intérêts sont protégés »⁸⁹⁹. Suivant

⁸⁹⁶ Communication de la Commission, Stratégie pour le marché intérieur, Priorités 2003 – 2006, COM (2003) 238 final du 7 mai 2003, p. 6 (nous soulignons).

⁸⁹⁷ Rapport de la Commission sur le "Plan d'action pour la politique des consommateurs 1999-2001" et sur le "Cadre général pour les activités communautaires en faveur des consommateurs 1999-2003", COM (2001) 486 du 23 août 2001, p. 12 (nous soulignons).

⁸⁹⁸ Communication de la Commission, Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006, COM (2002) 208 final du 7 mai 2002, point 2.1 (italiques dans le texte d'origine).

⁸⁹⁹ Site officiel de la Direction générale santé et consommateurs, présentation générale, http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/about_us/who_we_are_fr.htm (consulté le 17.10.2014). Dans la version anglaise du même site le mot « confident » apparaît expressément : « To make Europe

une logique similaire, le Sommet tripartite social qui a eu lieu le 20 mars 2014 entre les chefs de gouvernement et les partenaires sociaux européens a mis en avant « le besoin urgent de rétablir la confiance dans l'intégration européenne »⁹⁰⁰.

200. La confiance du consommateur et du travailleur reflétée dans les textes législatifs européens – On retrouve souvent cette notion de confiance, exprimée soit directement soit indirectement, par le biais des objectifs poursuivis, dans les textes du droit dérivé. Cela concerne non seulement les instruments législatifs ayant un champ d'application plus horizontal, tels⁹⁰¹ que la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives⁹⁰², la directive 99/44/CE sur la vente et les garanties des biens de consommation⁹⁰³ ou, notamment, la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs⁹⁰⁴ mais aussi les textes dits « sectoriels » comme la directive 2008/122/CE sur l'utilisation des biens à temps partagé⁹⁰⁵. Ainsi, dans l'exposé des motifs de la proposition de directive sur les clauses abusives, la Commission remarque qu'« à moins qu'il n'y ait *quelque assurance* qu'ils ne seront pas sérieusement désavantagés par la conclusion de contrats abusifs, les *consommateurs vont perdre toute confiance* dans l'usage des nouvelles possibilités ouvertes par l'achèvement du marché intérieur »⁹⁰⁶. De son côté, la directive 2011/83/UE affiche clairement son « objectif de contribuer à un meilleur fonctionnement du marché intérieur entre professionnels et consommateurs, en *renforçant la confiance des consommateurs dans le marché intérieur* [...] ». Cet objectif global doit être atteint en réduisant la fragmentation, en renforçant le cadre réglementaire, en assurant aux consommateurs un niveau de protection commun

a healthier, safer place, where consumers can be confident that their interests are protected » http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/about_us/who_we_are_en.htm.

⁹⁰⁰<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&langId=fr&newsId=2051&furtherNews=yes> (consulté le 17.03.2014).

⁹⁰¹ Cette référence commune ne saurait remettre en cause les différences de ces directives quant à leur ampleur, leur champ d'application ou les objectifs poursuivis.

⁹⁰² Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, précitée.

⁹⁰³ Directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, précitée.

⁹⁰⁴ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, précitée.

⁹⁰⁵ Directive 2008/122/CE du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, *JOCE* n° L 33 du 3.2.2009, p. 10-30.

⁹⁰⁶ Proposition de directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, COM (90) 322 final, précitée, p. 2 (nous soulignons).

élevé, ainsi qu'en leur fournissant des informations appropriées sur leurs droits et sur les modalités d'exercice de ces derniers »⁹⁰⁷. Avant même la proposition du texte de la directive, les instances européennes avaient identifié le manque de confiance des citoyens – consommateurs comme une des principales raisons justifiant la révision de l'acquis communautaire en la matière, en considérant que « la confiance des consommateurs dans le marché intérieur doit être renforcée par la garantie d'un haut niveau de protection dans toute l'Union européenne »⁹⁰⁸. Quant à la directive 99/44/CE sur la vente, le Conseil considère que « les consommateurs et les opérateurs économiques doivent avoir *l'assurance qu'ils peuvent profiter pleinement et équitablement du marché unique* »⁹⁰⁹ alors que la Commission estime qu'un des bénéfices qui résulteraient de la directive serait le renforcement de « la *confiance* des consommateurs européens dans le marché unique »⁹¹⁰. La récente directive 2014/17/UE sur les contrats de crédit aux consommateurs ne manque pas de s'inscrire dans cette même logique, en affichant son objectif « de garantir à l'avenir des marchés fiables et responsables et de *restaurer la confiance chez les consommateurs* »⁹¹¹.

La notion de confiance apparaît également dans les textes portant sur le travailleur. Ainsi, le Livre vert intitulé « Partenariat pour une nouvelle organisation du travail » véhicule cette notion-clé de confiance à la fois dans le fonctionnement du marché et dans les relations entre les employés et les employeurs : « Les relations sociales devront, dans une nouvelle organisation du travail, se fonder sur la coopération et l'intérêt commun. Il convient donc de développer de nouvelles formes de relations sociales, qui visent par exemple à une plus grande participation des travailleurs, une production efficace exigeant, en effet, *un surcroît de confiance* et

⁹⁰⁷ V. l'exposé des motifs de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, COM (2008) 614 final, précitée, p. 3 (nous soulignons).

⁹⁰⁸ Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs du 08 février 2007, COM (96) 274 final, not. p. 4.

⁹⁰⁹ Cité dans l'exposé des motifs de la Commission sur la Proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, COM (95) 520 final du 18 juin 1996, p. 7 (nous soulignons).

⁹¹⁰ COM (95) 520 final du 18 juin 1996, p. 9 (nous soulignons).

⁹¹¹ Directive 2014/17/UE, du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, JOUE L 60/34 du 28.2.2014, p. 34-85, considérant (3) (nous soulignons). V. également sur cette question Elise POILLOT, «Droit de la consommation» *Journal de droit européen* 2014, p. 297-305, not. p. 298.

d'engagements au sein de l'entreprise »⁹¹². L'objectif « d'instaurer un climat de confiance et de partenariat »⁹¹³ pourrait être atteint par « une meilleure organisation du travail fondée sur les aptitudes, la confiance, la qualité et l'implication des travailleurs »⁹¹⁴. Toutefois, le terme « confiance » n'est pas aussi répandu qu'en matière de consommateur. En réalité, la confiance n'est pas une notion univoque. C'est pour cette raison qu'elle n'est pas toujours exprimée de la même manière dans le régime consacré aux deux acteurs. D'ailleurs, les relations contractuelles que les deux acteurs sont amenés à nouer en profitant des libertés de circulation et de la protection assurée par le droit européen ne sont pas de même nature. Par conséquent, la confiance que le droit européen cherche à leur instiller emprunte des formes différentes adaptées aux particularités de chaque relation. En matière de protection du travailleur, la confiance s'exprime notamment à travers la sécurité du travailleur ainsi que son implication dans l'entreprise⁹¹⁵. En fin de compte, la confiance apparaît comme une notion attachée à la nature même du citoyen européen. Cette idée est, d'ailleurs, reflétée dans le récent Règlement (UE) 910/2014 portant sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur⁹¹⁶. Après avoir énoncé qu'« instaurer un climat de confiance dans l'environnement en ligne est essentiel au développement économique et social »⁹¹⁷, le Règlement vise à résoudre « les principaux problèmes empêchant les citoyens de l'Union de profiter des avantages d'un marché unique numérique »⁹¹⁸.

201. La confiance par l'information du consommateur et du travailleur, citoyens de l'Union- L'objectif de l'établissement de la confiance du citoyen – consommateur ou travailleur – dans le fonctionnement du marché est une des raisons qui expliquent l'importance toute particulière que le droit européen accorde à

⁹¹² COM (97) 128 final du 16.04.1997, point 23 (nous soulignons).

⁹¹³ *Idem*, point 82.

⁹¹⁴ V. le site officiel de la Direction Générale Emploi, Affaires Sociales et Inclusion, rubrique « Préparer l'avenir-Modernisation de l'organisation du travail », <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=709&langId=fr&intPagelId=216> (consulté le 17.10.2014).

⁹¹⁵ V. *infra*, sous n° 205.

⁹¹⁶ Règlement (UE) n ° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *JOUE* n° L 257 du 28.8.2014, p. 73-114.

⁹¹⁷ *Idem*, considérant (1).

⁹¹⁸ *Idem*, considérant (4).

l'information de ces deux acteurs. L'établissement de la confiance dans le fonctionnement du marché passe, entre autres, par l'information du consommateur et du travailleur. En effet, plus et mieux les citoyens seront informés, plus ils pourront consommer ou travailler en confiance. Ainsi, dès 1993, la Commission considère que « l'information est essentielle pour permettre au consommateur de bénéficier des avantages du marché unique »⁹¹⁹ et prévoit de concentrer ses initiatives « dans certains domaines *déterminants pour la confiance du consommateur* dans le marché intérieur tels *l'information du consommateur*, l'accès à la justice, la santé et la sécurité des consommateurs »⁹²⁰. De manière équivalente, la directive 2002/14/CE portant sur l'information du travailleur précise qu' « il importe de renforcer le dialogue social et les *relations de confiance* au sein de l'entreprise »⁹²¹. Toutefois, si cette importance accordée à l'information –notamment précontractuelle– du citoyen est intimement liée à l'établissement de la confiance, il ne faut pas perdre de vue qu'elle est également expliquée par des considérations politiques ; ces obligations d'information sont, en effet, « considérées comme moins invasives que l'octroi de droits substantiels au profit des parties contractantes »⁹²². Par conséquent, il est plus facile d'obtenir le consensus politique des Etats membres sur ces points.

Les instances européennes ont tenté, par le biais d'une série d'instruments législatifs dans les deux matières, d'atteindre cet objectif du citoyen informé, et par conséquent confiant, notamment en imposant des obligations d'information à la charge du professionnel, qu'il soit vendeur ou employeur : les obligations d'information énoncées dans la directive 91/533/CEE sur l'obligation d'information de l'employeur⁹²³, la directive 2002/14/CE sur le cadre général de consultation et

⁹¹⁹ Communication de la Commission, Politique des consommateurs, 2^{ème} plan d'action triennal de la Commission, 1993-1995, intitulé « Mettre le marché unique au service des consommateurs européens », COM (93) 378 final du 28 juillet 1993, p. 20.

⁹²⁰ Idem, p. 30 (nous soulignons).

⁹²¹ 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 - Déclaration conjointe du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur la représentation des travailleurs, *JOCE* n° L 80 du 23.3.2002, p. 29-34, considérant (7).

⁹²² Hans SCHULTE-NÖLKE, « La formation du contrat en droit communautaire. Du cadre commun de référence au « bouton bleu » », in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD & André PRÛM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Paris, Société de Législation Comparée, LGDJ, 2008, p. 125-146, not. p. 133-134.

⁹²³ Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, *JOCE* L 288 du 18.10.1991, p. 32-35.

d'information du travailleur⁹²⁴, la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur⁹²⁵, la directive 2000/31/CE directive sur le commerce électronique⁹²⁶ ou encore la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs⁹²⁷ en témoignent.

202. La confiance du consommateur et du travailleur par l'encadrement des abus– De la même manière, le droit européen se soucie, dans les deux matières, de protéger ces deux acteurs des abus, qui peuvent être dus à une certaine supériorité de leurs cocontractants. Cette technique fait, d'ailleurs, écho à la manière dont le droit national a encadré certains aspects du contrat de travail et du contrat de consommation⁹²⁸. Tel est, par exemple, le but de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives⁹²⁹ et de la directive 94/47/CE, modifiée par la directive 2008/122/CE⁹³⁰, sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers en ce qui concerne le consommateur⁹³¹, ou la directive 99/70/CE sur le travail à durée déterminé⁹³², quant au travailleur. La clause 5, point 1, de cette dernière précise ainsi qu'«afin de *prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs*, les États membres [...] introduisent d'une manière qui tient compte des besoins de secteurs spécifiques et/ou de catégories de travailleurs, l'une ou l'autre des mesures suivantes », alors que selon les considérations générales de l'accord-cadre annexé à ladite directive

⁹²⁴ Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs, précitée.

⁹²⁵ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JOCE*, n° L 376 du 27.12.2006, p. 36–68.

⁹²⁶ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *JOCE* n°L 178 du 17.7.2000, p. 1–16.

⁹²⁷ Directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs précitée.

⁹²⁸ *V. supra*, n° 14 et s., n° 53 et s.

⁹²⁹ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, précitée.

⁹³⁰ Directive 2008/122/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, *JOCE* L 33 du 3.2.2009, p. 10–30

⁹³¹ Directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *JOCE* n° L 280 du 29/10/1994 p. 0083 – 0087.

⁹³² Directive 99/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, précitée.

« l'utilisation des contrats de travail à durée déterminée basée sur des raisons objectives est un moyen de *prévenir les abus* »⁹³³. En essayant de limiter les abus, le législateur européen tente d'établir la confiance des acteurs qui bénéficieront alors plus facilement des libertés fondamentales qui régissent le marché et l'Union. D'ailleurs, le Conseil avait mentionné, dès 1975, que « les acheteurs de biens ou de services doivent être protégés *contre les abus de pouvoir du vendeur* »⁹³⁴.

203. La confiance du consommateur et du travailleur par le renforcement de la sécurité– Le renforcement de la sécurité constitue, d'ailleurs, une autre expression de l'établissement de la confiance du citoyen. Si pour le consommateur il s'agit, notamment d'un renforcement de la sécurité juridique, le travailleur est plutôt concerné par le renforcement de la sécurité du travail. « Pour renforcer *la sécurité juridique* et faire pleinement valoir les avantages du marché intérieur pour le consommateur et les entreprises, il convient de rapprocher davantage les législations pertinentes des États membres » mentionne la directive 2008/122/CE sur l'utilisation des biens à temps partagé⁹³⁵ alors que celle sur les droits des consommateurs considère que « l'harmonisation complète de certains aspects réglementaires essentiels devrait considérablement augmenter *la sécurité juridique* »⁹³⁶.

En matière de protection du travailleur, la confiance est le plus souvent exprimée par le biais de la sécurité du travailleur ainsi que de son implication dans l'entreprise. Si la notion de sécurité du travailleur constitue également un des axes de la protection accordée par le droit national⁹³⁷, elle est dotée par le droit européen d'un sens plus large et transversal, qui va au-delà de la sécurité physique, pour être associée au bien-être du travailleur. Visée expressément par l'article 118A TCEE⁹³⁸ et constituant une des composantes les plus importantes de la politique sociale

⁹³³ V. point (7) des considérations générales (nous soulignons).

⁹³⁴ Annexe à la résolution du Conseil du 14 avril 1975 sur un programme préliminaire de la Communauté Economique Européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, point 19 (i) (nous soulignons).

⁹³⁵ Directive 2008/122/CE du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, précitée, considérant (3).

⁹³⁶ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, précitée, considérant (7).

⁹³⁷ V. *supra* sous n° 14 et s.

⁹³⁸ Devenu l'article 153 TFUE.

européenne, elle a pu donner lieu à des directives dites de « seconde génération », à savoir des directives qui ne sont pas directement liées à l'accomplissement du marché intérieur⁹³⁹. La directive-cadre 89/391/CEE en constitue le premier exemple⁹⁴⁰. Progressivement, la notion de la sécurité du travailleur obtient une dimension plus générale. De l'obligation de prévention des risques pesant sur l'employeur, on passe ainsi à des considérations impliquant le bien-être des travailleurs. « La prévention adéquate des travailleurs favorise en retour bien-être, qualité du travail et productivité », mentionne le Parlement⁹⁴¹.

204. De la sécurité à la flexicurité- À partir de la fin des années 1990, la sécurité est également liée à la flexibilité, qui fait progressivement son apparition au sein de la politique sociale européenne. Ainsi, la Commission précise que « l'un des défis majeurs du marché du travail européen réside dans la conjugaison d'une flexibilité accrue et d'une sécurité maximale pour tous »⁹⁴². Selon les instances européennes, la flexibilité et la sécurité sont susceptibles d'engendrer la confiance tant des travailleurs que des employeurs. L'objectif est alors « de trouver un juste équilibre entre la flexibilité et la sécurité [...] de manière à instaurer un climat de confiance et de partenariat »⁹⁴³ au bénéfice des deux parties au contrat de travail. Un nouveau terme –d'inspiration danoise– est ainsi né, celui de la flexicurité (*flexicurity*)⁹⁴⁴ de la contraction des mots flexibilité et sécurité. Elle désigne la stratégie qui vise « la réduction de la segmentation sur le marché du travail, [...] la nécessité d'un climat de confiance avec les partenaires sociaux, et [...] la recherche d'un équilibre entre droits et responsabilités des employeurs, des travailleurs et

⁹³⁹ V. les Conclusions de l'Avocat général M. Paolo Mengozzi, présentées le 18.01.2007, dans le cadre de l'affaire *Commission c/ Royaume Uni*, C-127/05, *Rec. I*-4619, point 4.

⁹⁴⁰ Directive 89/391/CEE du Conseil, du 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, *JOCE* n° L 183 du 29.6.1989, p. 1-8. V. également la série de directives qui ont été adoptées par la suite sur le fondement de l'article 16 de la directive 89/391/CEE.

⁹⁴¹ Résolution du Parlement européen du 15 décembre 2011 sur l'examen à mi-parcours de la stratégie européenne 2007-2012 pour la santé et la sécurité au travail, 2011/2147 (INI), considérant E.

⁹⁴² Commission Européenne, Direction générale emploi, affaires sociales et inclusion, « Préparer l'avenir », <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=709&langId=fr> (consulté le 25.08.2012).

⁹⁴³ Livre vert « Partenariat pour une nouvelle organisation du travail » COM (97) 128 final du 16.04.1997, points 31 et 82.

⁹⁴⁴ Communication de la Commission « Vers des principes communs de flexicurité : des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité » COM(2007) 359 final du 27.07.08.

demandeurs d'emploi et des pouvoirs publics »⁹⁴⁵. La flexicurité se rattache alors à la Stratégie européenne pour l'emploi, mise en place par l'Union depuis le Traité d'Amsterdam, qui vise à aboutir à un rapprochement des politiques nationales de l'emploi par le biais de règles non contraignantes⁹⁴⁶. Toutefois, cette association de la flexibilité implique une modernisation des conditions de travail, en vue « de l'adaptation aux changements et de la saisie des opportunités de la mondialisation » le modèle traditionnel de la relation de travail » et, partant, une remise en cause du « modèle traditionnel de la relation de travail »⁹⁴⁷. Or, ces questionnements peuvent parfois devenir source d'insécurité⁹⁴⁸ ou compromettre des droits qui sont considérés comme acquis pour les travailleurs au niveau national⁹⁴⁹.

205. La confiance du travailleur par son implication dans l'entreprise– Le rétablissement de la confiance du travailleur européen se réalise également par le renforcement de son implication dans l'entreprise, que les instances européennes tentent de favoriser. En effet, la confiance est à la fois une condition pour qu'un climat de coopération puisse s'installer dans les relations entre les salariés et l'employeur et la conséquence de ce climat de coopération. Différents instruments législatifs européens sont alors mis en place pour encourager l'implication des travailleurs. Il s'agit notamment des directives relatives à l'établissement du Comité d'entreprise européen (CEE)⁹⁵⁰ et celles relatives aux sociétés européennes⁹⁵¹. Ces initiatives

⁹⁴⁵ Conseil de l'UE, Rapport de la mission pour la flexicurité, établi sous l'autorité de M. Vladimír Špidla et M. Gérard Larcher, Co-présidents de la mission pour la flexicurité, Doc. n° 17047/08, SOC 776 du 9 décembre 2008, p. 3.

⁹⁴⁶ V. Mélanie SCHMITT, « L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi », *RDT* 2014, p. 454-462. Sur la Stratégie européenne pour l'emploi v. également *infra* sous n° 211 et s.

⁹⁴⁷ Livre Vert du 22 novembre 2006 intitulé « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle », COM (2006) 708 final, p. 6.

⁹⁴⁸ V. sur ces questions, Sophie ROBIN-OLIVIER, « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne », *RDT* 2007, 89-94.

⁹⁴⁹ Pour l'impact sur le droit national v. *infra* sous n° 270 et s.

⁹⁵⁰ Directive 94/45/CE 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, *JOCE* n° L 254 du 30.9.1994, p. 64-72 ; modifiée par la directive 2009/38/CE du 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 (refonte), *JOCE* n° L 122 du 16.5.2009, p. 28-44.

⁹⁵¹ Règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *JOCE* n° L 294 du 10.11.2001, p. 1-21 ; Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE* n° L 294 du 10.11.2001,

visent notamment à garantir un droit de consultation et d'information du travailleur qui est censé favoriser l'instauration d'un climat de confiance entre les salariés et l'employeur et, en même temps, promouvoir la norme négociée au sein de l'entreprise⁹⁵².

206. Les origines nationales de la confiance– Enfin, il serait intéressant de mentionner que la notion de confiance, en tant que pierre angulaire du modèle européen du consommateur et du travailleur constitue une très belle illustration des interactions du droit européen et des droits nationaux. Trouvant ses racines dans certains droits nationaux, notamment sous la forme de la protection de la confiance légitime⁹⁵³, cette notion est élaborée au niveau européen pour influencer par la suite la conception que les droits nationaux réservent au consommateur et au travailleur. Comme le remarque Madame Sandrine Clavel, « si les instruments internationaux et européens de droit uniforme empruntent généralement aux traditions juridiques nationales, ils contribuent ce faisant à la dissémination des principes empruntés et à leur transplantation dans des ordres juridiques nationaux où ils étaient parfois jusqu'alors inconnus, dans le cadre d'un « processus d'acculturation, qui consiste en des transferts de droits d'un système juridique à un autre »⁹⁵⁴.

Il résulte que la notion de confiance, pouvant être considérée comme l'idée phare du modèle européen du citoyen consommateur ou travailleur, constitue une notion propre au droit européen. Par le jeu des interactions de ce dernier et des droits nationaux, la notion de confiance influence les politiques nationales dans les deux matières en faisant évoluer, comme on le constatera ci-dessus⁹⁵⁵, la conception

p. 22–32; Règlement (CE) n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), *JOCE* n° L 207 du 18.8.2003, p. 1–24 ; Directive 2003/72/CE du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE* n° L 207 du 18.8.2003, p. 25–36.

⁹⁵² V. sur ces questions *infra* sous n° 307 et s.

⁹⁵³ Sur les notions de la *reliance*, des *legitimate expectations* et surtout de l'*estoppel* connues du common law, v. entre autres John CARTWRIGHT, « Protecting legitimate expectations and estoppel : english law » in Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Société de Législation comparée, Paris, 2007, p. 321-348. V. également pour une synthèse des différents mécanismes nationaux de protection de la confiance légitime, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « La confiance légitime et l'estoppel, rapport général » in Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, *op. cit.*, p. 9-61.

⁹⁵⁴ Sandrine CLAVEL, « La confiance dans les instruments internationaux et européens de droit uniforme », in Valérie-Laure BENABOU et Muriel CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 11-33, not. p. 11.

⁹⁵⁵ V. sur cette question *infra* sous n° 266 et s.

que les droits nationaux réservaient à ces deux acteurs et, à travers celle-ci, toute l'articulation du droit des personnes et du droit des contrats.

2. Les conséquences de la similarité de protection des deux acteurs

207. La similarité du traitement des deux acteurs par le droit européen-

Il découle de cette présentation que le modèle européen du consommateur et celui du travailleur présentent des similarités. Ils ont été construits autour d'objectifs analogues et ont comme dénominateur commun une notion propre au droit européen, à savoir l'établissement de la confiance de ces deux acteurs dans le fonctionnement du marché intérieur et, partant, dans le fonctionnement de l'Union. D'ailleurs, comme on démontrera ci-dessous⁹⁵⁶, les méthodes et les mécanismes de la réalisation et de la mise en place de ces deux modèles sont également similaires. En réalité, le droit européen met en place deux systèmes de protection qui présentent des points communs et qui coexistent sans pour autant qu'il y ait une emprise de l'un sur l'autre. Le plus souvent, les instances européennes reproduisent en matière de protection du travailleur des raisonnements auxquels elles avaient déjà fait recours à propos du consommateur.

208. La pertinence de la similarité- L'établissement de cette similarité est pertinent en soi, dans la mesure où il contribue à la compréhension et la systématisation du droit européen des personnes. En effet, on ne peut pas bien saisir le fonctionnement de la protection du travailleur européen sans avoir fait le rapprochement avec la protection du consommateur et inversement. L'affirmation de la similarité peut, ainsi, s'avérer utile pour le juriste national, législateur, juge ou praticien, qui sera amené à transposer, appliquer ou interpréter les normes européennes ou encore produire ou appliquer des normes purement nationales qui seraient en cohérence, voire en synergie, avec celles issues du processus législatif européen. Cela correspondrait à l'objectif principal de cette étude qui est de proposer une grille de lecture du droit européen du travail et de la consommation, en

⁹⁵⁶ V. *infra*, sous n° 270 et s.

participant ainsi à une meilleure compréhension et, par ce biais, à une application plus cohérente des normes européennes.

209. Traiter le travailleur européen en tant que « quasi-consommateur »?– Au-delà de cette utilité, la question qui peut être posée consiste à savoir si d'autres conséquences peuvent être dégagées de cette similarité. En ce sens, une possibilité, inspirée de la conception que le droit allemand réserve au consommateur et au travailleur, serait de soutenir que cette comparabilité permettrait de traiter le travailleur européen en tant que « quasi-consommateur »⁹⁵⁷. L'intérêt pratique d'une telle démarche serait la possibilité d'appliquer par analogie certaines dispositions européennes protectrices du consommateur, telles que les dispositions sur les clauses abusives, au contrat de travail ou encore d'étendre au travailleur l'effet protecteur conféré par la jurisprudence de la Cour de Justice concernant l'obligation du juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle⁹⁵⁸.

En l'état actuel du droit positif une telle application extensive est formellement exclue, étant donné que, à plusieurs reprises, le législateur européen, et surtout les Etats membres, ont voulu exclure le travailleur du champ d'application des directives protectrices du consommateur⁹⁵⁹. Toutefois, cette possibilité a été déjà évoquée au sein des institutions et il semblerait qu'elle n'ait pas pu avancer à cause, notamment, d'un manque de soutien de la part des Etats membres qui ne souhaitaient pas ouvrir la boîte de Pandore. Ainsi, lors de l'examen par le Parlement européen de la

⁹⁵⁷ V. à titre indicatif Klaus HÜMMERICH & Joachim HOLTHAUSEN, « Der Arbeitnehmer als Verbraucher », NZA 2002, p. 173-181.

⁹⁵⁸ V. à titre d'exemple CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA c/ Rocío Murciano Quintero et Salvat Editores SA c/ José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane et Emilio Viñas Feliú*, Aff. C-240/98 à C-244/98, Rec. I-4941. Sur cette question v. *infra*, sous n° 307 et s.

⁹⁵⁹ V. à titre d'exemple la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs qui dispose dans son considérant (8) : « Il convient que les aspects réglementaires devant être harmonisés ne concernent que les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs. La présente directive ne devrait dès lors pas affecter le droit national dans le domaine des contrats de travail, des contrats relatifs aux droits de succession, des contrats relatifs au droit de la famille, ainsi que des contrats relatifs à la constitution et aux statuts de sociétés ou d'accords de partenariat » (italiques ajoutés) ; de la même manière la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives précise dans son considérant (10) « qu'une protection plus efficace du consommateur peut être obtenue par l'adoption de règles uniformes concernant les clauses abusives; que ces règles doivent s'appliquer à tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur; que, par conséquent, sont notamment exclus de la présente directive les contrats de travail, les contrats relatifs aux droits successifs, les contrats relatifs au statut familial ainsi que les contrats relatifs à la constitution et aux statuts des sociétés » (nous soulignons).

proposition de directive sur les clauses abusives, la Commission juridique avait proposé dans son rapport que le champ d'application de la directive soit élargi pour englober tous les contrats, y compris le contrat de travail. Elle avait, en effet, estimé qu' « une telle directive devrait reposer sur le principe en vertu duquel les clauses d'un contrat ne devraient pas jouer de manière abusive contre l'une ou l'autre partie à ce contrat, et qu'elle devrait établir un certain nombre de principes directeurs permettant de déterminer si une clause contractuelle donnée doit être jugée abusive dans le cas d'espèce ». Selon le rapporteur, « ce principe général décrit ci-dessus devrait être d'application générale et la directive proposée ne devrait donc pas se limiter à la protection des consommateurs »⁹⁶⁰. Toutefois, cette proposition a été abandonnée pendant les négociations, faute d'un soutien de la part des Etats membres: « étant donné qu'il serait extrêmement difficile de faire accepter des règles communes applicables à TOUS les contrats, la Commission a décidé de limiter provisoirement ses travaux aux contrats conclus avec des consommateurs » mentionne la Commission dans son exposé des motifs⁹⁶¹.

Une telle application par analogie pourrait ainsi pallier, en quelque sorte, certaines lacunes de la législation européenne en matière de contrat du travail, qui se contente de régler des questions plutôt périphériques du contrat de travail. Cela pourrait être envisagé en tant que solution moins « intrusive », ayant comme point de départ des dispositions déjà existantes au niveau européen, en attendant, éventuellement, un consensus politique plus large en la matière, qui pourrait aboutir à une intervention européenne touchant des aspects du contrat du travail qui sont pour l'instant laissés hors du champ de l'intervention européenne.

Par ailleurs, un raisonnement inverse aurait également pu être mené. Il serait, en effet, possible de penser le décroissement dans le sens d'un rapprochement du consommateur vers le travailleur. Le pouvoir du vendeur ou l'unilatéralisme qui caractérise souvent les contrats conclus par le consommateur pourraient ainsi plaider en faveur d'une ressemblance aux caractéristiques des contrats conclus par le travailleur. Toutefois, en dépit de son intérêt, une telle thèse ne servirait pas les

⁹⁶⁰ Parlement européen, Rapport sur les clauses abusives dans les contrats (Commission juridique et des droits des citoyens, Rapporteur M. Geoffrey W. Hoon) du 13 janvier 1986, Doc. A 2-194/85, PE 100.391/déf., p. 6.

⁹⁶¹ Proposition de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, COM (90) 322 final – SYN 285 du 3 septembre 1990, p. 12, note (1).

finalités d'une démarche visant l'avancement du droit de l'Union qui peine à trouver un consensus pour légiférer en matière de protection du travailleur.

210. L'idée de la construction d'une base commune de règles contractuelles applicables aux personnes- Une telle démarche pourrait également contribuer à terme à la construction progressive d'un tronc commun de règles contractuelles applicables aux personnes. En effet, la démarche à suivre afin de construire une base commune de règles contractuelles au niveau européen est l'inverse de celle poursuivie en droit national. Ainsi, en droit national, la démarche va du général vers le spécial, dans le sens où on part d'un tronc commun, d'un régime général (des relations contractuelles) à partir duquel sont créées des règles spéciales qui régissent des rapports présentant des caractéristiques particulières et qui deviennent par la suite des branches juridiques autonomes, tout en demeurant liées au tronc commun. C'est le chemin qui décrit la création et l'évolution du contrat de consommation et du contrat de travail en droit français : c'est à partir du régime général du Code civil qu'ont été créés des statuts contractuels spéciaux, à savoir le contrat du travail et celui de la consommation. Néanmoins, lorsqu'on se situe au niveau européen, la démarche n'est point la même. En effet, les spécificités européennes, telles que les objectifs visés par l'Union, la manière dont celle-ci a été créée – beaucoup plus « artificielle » que la création d'un Etat -, l'absence d'un fonds juridique commun ou les traditions nationales différentes, ont conduit à une démarche opposée, allant du spécial vers le général. Des règles spécifiques et fragmentées constituent alors le point de départ à partir duquel on pourrait progressivement aller vers le général, à savoir dégager des principes généraux et éventuellement un régime commun.

En dehors de ces propositions qui s'inscrivent plutôt dans une réflexion de *lege ferenda*, les conclusions concernant la similarité du modèle européen du consommateur et du travailleur peuvent, de *lege lata*, servir à une meilleure compréhension ainsi qu'à un renforcement de la cohérence du droit de l'Union.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Il résulte de l'examen du modèle européen du consommateur et du travailleur que les deux acteurs sont abordés de manière similaire. Leur protection par le législateur européen est imprégnée d'objectifs similaires, exclusivement axés, dans un premier temps, sur l'accomplissement du marché intérieur, puis sur la protection des acteurs en tant que citoyens de l'Union.

Tout en s'appropriant des notions issues des droits nationaux, notamment la protection de la partie faible, le droit européen a su construire des modèles du consommateur et du travailleur qui lui sont propres et dont le dénominateur commun est le (r)établissement de la confiance de l'acteur dans le fonctionnement du marché. Il s'agit de deux systèmes juridiques similaires qui sont parallèles, sans qu'il y ait une emprise de l'un sur l'autre ; toutefois, les étudier en commun facilite la compréhension du droit européen, qui, dépourvu d'une base civiliste susceptible de fournir des principes généraux applicables à toute relation contractuelle, est toujours en quête de cohérence de ses réglementations portant sur les acteurs.

211. Des mécanismes propres au droit européen- Le caractère autonome dont est dotée l'intervention européenne portant sur le consommateur et le travailleur ne se limite pas au plan matériel. Les méthodes de réalisation du modèle européen dans les deux matières revêtent également des caractéristiques propres au droit européen. Le terme « réalisation » est alors entendu dans le sens de la concrétisation du modèle européen ainsi que de sa pénétration dans les ordres juridiques nationaux⁹⁶². Quant aux mécanismes, on les entendra sous l'angle à la fois des méthodes, des voies de concrétisation et des instruments.

De nombreux facteurs, juridiques mais surtout extra-juridiques - économiques, sociaux et notamment politiques - influencent le choix des mécanismes employés par les instances européennes. Il s'agit de choix qui se font *ad hoc*, à l'occasion de chaque initiative européenne, mais qui s'inscrivent dans le cadre plus général de l'évolution de l'intervention européenne dans les deux matières et, en fin de compte, du modèle européen du consommateur et du travailleur. L'objectif de ce chapitre est ainsi de dresser les grandes lignes de cette évolution afin de contribuer à la compréhension de la conception du consommateur et du travailleur européen mais aussi à la démonstration du rapprochement de ces deux modèles.

Le droit européen se réalise ainsi en empruntant, de manière plus ou moins ordonnée, une pléiade de méthodes et d'instruments dont l'intensité et le caractère contraignant varient considérablement (*Section 1*). Le choix des mécanismes détermine également le rôle accordé au droit national dans le processus de la réalisation du modèle européen (*Section 2*).

⁹⁶² Sur la notion de « réalisation » du modèle européen, v. Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, Fondation de Varenne, LGDJ, 2008, not. p. 22-31.

SECTION 1 : L'EVENTAIL DES METHODES DE REALISATION DU DROIT EUROPEEN

212. Une pluralité de méthodes, réaction à la diversité– Unification, uniformisation, harmonisation, coordination, rapprochement, concurrence des droits : la liste des termes employés ne cesse de s'allonger, tout comme celle des publications d'universitaires ou de praticiens tendant à décrire ce « phénomène »⁹⁶³ que certains auteurs considèrent comme « réaction à la pluralité et à la diversité des ordres juridiques »⁹⁶⁴. D'origine légale⁹⁶⁵, jurisprudentielle⁹⁶⁶ ou doctrinale⁹⁶⁷, dotés de multiples nuances et souvent « à géométrie et à géographie variables »⁹⁶⁸, tous ces vocables visent ainsi à décrire les voies empruntées par le droit européen afin de pénétrer dans les ordres juridiques nationaux.

Il n'y a donc pas lieu –au moins pour les fins de la présente démonstration– de dresser une énième taxinomie de ces méthodes. Il est, en revanche, plus pertinent de se pencher, en se basant sur les notions déjà dégagées, sur la comparabilité des méthodes employées pour réaliser le modèle européen du consommateur et celui du

⁹⁶³ Walter van GERVEN, «L'harmonisation du droit des contrats en Europe. Rapport introductif», in Christophe JAMIN & Denis MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 3-8, not. p. 3. V. aussi Mireille DELMAS-MARTY, «Le phénomène d'harmonisation. L'expérience contemporaine», in Christophe JAMIN & Denis MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., p. 23-35, not. p. 23.

⁹⁶⁴ Antoine JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? » in Filali OSMAN (dir.), *Vers un Code européen de la consommation ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 35-51, not. p. 35.

⁹⁶⁵ V. à titre d'exemple l'article 114 TFUE qui fait référence, dans son premier paragraphe, aux « mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres » tandis que son paragraphe 4 se réfère à une « mesure d'harmonisation ». De la même manière, l'article 150 TFUE traite de « la coordination, entre les États membres, des politiques en matière d'emploi et de marché du travail » (nous soulignons).

⁹⁶⁶ L'arrêt *Pinna c/ Caisse d'allocations familiales de la Savoie* est ainsi très indicatif de l'utilisation de cette terminologie par la Cour de Justice : «De telles disparités de traitement ne pourraient être éliminées que par l'harmonisation des régimes nationaux de sécurité sociale, laquelle ne serait pas l'objet du règlement n° 1408/71, qui ne viserait qu'une coordination de ces régimes en vue d'éliminer, dans le domaine de la sécurité sociale, les obstacles à la libre circulation des travailleurs ». CJCE, 15 janvier 1986, *Pinna c/ Caisse d'allocations familiales de la Savoie*, C-41/84, Rec. I-00001, point 12 (nous soulignons).

⁹⁶⁷ V. à titre indicatif Ivo E. SCHWARTZ, «Voies d'uniformisation du droit dans la Communauté européenne: règlements de la Communauté ou conventions entre les états membres? », *Clunet*, n°4, 1978, p. 751-804; Raymond VANDER ELST « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne » in Denise DE RIPAINSEL-LANDY, Alain GERARD, Anne LIMPENS-MEINERTZHAGEN, Jean-Victor LOUIS, Panayotis SOLDATOS, Raymond VANDER ELST & Georges VANDERSANDEN, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1976, p. 1-14.

⁹⁶⁸ Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, Thémis, 2004, p. 25.

travailleur ainsi que sur l'évolution des interventions européennes dans les deux matières.

213. La coexistence de différentes méthodes au sein du même instrument législatif– Chacune de ces méthodes implique, d'ailleurs, l'utilisation de différents instruments législatifs, sans qu'il y ait une corrélation stricte entre la méthode et l'instrument⁹⁶⁹. Ainsi, si la directive est considérée traditionnellement comme l'instrument le plus propice pour aboutir à l'harmonisation des droits nationaux, il n'est pas rare que des directives uniformisent ou coordonnent. De la même manière, un règlement est traditionnellement considéré comme un outil législatif visant à l'unification en contenant des règles laissant peu de marge de manœuvre aux législateurs nationaux ; telles dispositions peuvent coexister au sein du même règlement avec des règles visant à l'harmonisation ou tout simplement la coordination⁹⁷⁰. À cette approche taxinomique classique vient s'ajouter une approche à laquelle tant le juge européen que la doctrine ont de plus en plus recours, basée sur l'intensité de l'harmonisation. On se réfère alors à une harmonisation minimale, totale ou partielle. Etant donné que le degré d'harmonisation est intimement lié au rôle que le droit européen confère au droit national, nous évoquerons ces questions dans un deuxième temps⁹⁷¹.

On peut alors remarquer que, dans les deux domaines, le droit européen a recours à des méthodes contraignantes, dans le sens d'un effet normatif contraignant (*Paragraphe I*) qui sont combinées ou alternées à des méthodes qui ne créent pas nécessairement d'obligations juridiques pour les Etats membres, autrement dit à des méthodes d'une normativité graduée (*Paragraphe II*).

⁹⁶⁹ V. en ce sens, Mireille DELMAS-MARTY, «Le phénomène d'harmonisation. L'expérience contemporaine», *op. cit.*, p. 29.

⁹⁷⁰ Sur cette idée à travers l'illustration du Règlement 805/2004 du 21 avril 2004 et la Directive 2006/123 du 12 décembre 2006, disponible sur internet Eva THEOCHARIDI & Marjolaine ROCCATI, « The choice of normative instruments for the implementation of EU law », disponible sur internet, <http://cejec.u-paris10.fr/wp-content/uploads/2010/07/choice-normative-instruments-implementation-eu-law-theocharidi-roccati1.pdf> (consulté le 19.10.2014). Dans le même sens, Gérard SOULIER, «Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun?» in Denys SIMON (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 57-80, not. p. 71.

⁹⁷¹ V. *infra* sous n° 247 et s.

Paragraphe I : Les méthodes contraignantes

Pour des raisons liées aux deux matières considérées, la directive a constitué pendant longtemps la voie de prédilection des interventions européennes (1). Toutefois, cette voie s'étant avérée lacunaire, les instances européennes ont eu recours à d'autres formes de normativité (2).

1. L'harmonisation en tant que voie de prédilection

214. L'échec de l'harmonisation spontanée– Si le mot «harmonie» signifie en grec ancien l'unité et la coexistence de différents éléments de l'univers⁹⁷², en droit européen la notion de l'harmonisation est utilisée pour désigner la voie d'intégration consistant «en l'adoption d'une norme laissant des marges d'appréciation aux destinataires de la norme»⁹⁷³. Elle opère, en effet, un rapprochement des règles nationales autour d'un principe ou d'un objectif commun tout en laissant à celles-ci la possibilité de demeurer différentes⁹⁷⁴. Elle est ainsi censée aboutir à une conciliation, une certaine harmonie⁹⁷⁵ entre les objectifs imposés par le droit de l'Union et les droits nationaux. On la distingue traditionnellement des deux autres grandes méthodes d'intégration normative, à savoir l'unification / uniformisation d'une part et la coordination d'autre part.

Dans la mesure où, comme on a déjà expliqué, le consommateur et le travailleur n'ont pas fait partie des priorités de l'Union au moment de sa création, l'harmonisation des droits nationaux a été dans un premier temps spontanée. L'idée était que l'amélioration de la protection du travailleur et du consommateur résulterait naturellement du bon fonctionnement du marché commun, les législations nationales s'harmonisant par l'effet du marché. Lorsque, à la fin des années 1970, les

⁹⁷² Le mot «αρμονία» provient en effet du mot «αρμός» qui signifie la jonction, l'articulation de différents éléments.

⁹⁷³ Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative*, op. cit., p. 27.

⁹⁷⁴ Mireille DELMAS-MARTY, «Le phénomène d'harmonisation. L'expérience contemporaine», op. cit., p. 29.

⁹⁷⁵ D'ailleurs, selon la mythologie grecque, la Harmonia, devenue la reine de Thèbes, était la fille d'Arès, dieu de la guerre, et d'Aphrodite, déesse de l'amour et de la beauté (ou, selon une autre version, fille de Zeus et d'Electre). Elle représente ainsi la conciliation entre la guerre et l'amour. V. en ce sens, Claude WITZ, «Rapport de synthèse» in Christophe JAMIN & Denis MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., p. 161-173, not. p. 161.

instances européennes ont constaté que l'idée de l'harmonisation spontanée n'était pas réaliste, elles ont eu recours à des règles ayant force contraignante, afin d'harmoniser les ordres juridiques nationaux.

215. La « méthode communautaire »– La mise en œuvre de cette politique d'harmonisation a pris la forme de ce qu'on appelait jadis⁹⁷⁶ la « méthode communautaire»⁹⁷⁷. Cette dernière constitue un « processus de prise de décision au sein de l'Union », axé sur l'intégration, et désignant « l'interaction des institutions dans le cadre de ce processus »⁹⁷⁸. Suivant cette méthode, la formulation des propositions législatives et politiques relève de la compétence quasi exclusive⁹⁷⁹ de la Commission européenne (représentant l'intérêt général européen), tandis que les actes législatifs et budgétaires sont adoptés par le Conseil des ministres (en tant qu'organe représentatif des Etats-membres) et le Parlement européen (en tant qu'organe représentatif des citoyens de l'Union européenne).

216. « Hard law »– Compte tenu de sa conception et de son objectif d'intégration, la méthode communautaire amène le plus souvent à la production des règles ayant une force contraignante, ce que certains auteurs appelaient souvent « *hard law* » pour désigner des formes de normativité classiques, dont la Cour de Justice est chargée d'assurer l'application⁹⁸⁰. Toutefois, cela ne signifie pas pour autant une équation entre la méthode communautaire et le *hard law*. Ce terme se réfère alors principalement à des outils législatifs produisant des règles créatrices de droits et d'obligations dont la non application est sanctionnée. En effet, le *soft law*, par

⁹⁷⁶ Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et la suppression des anciens « piliers » d'action européenne, la dichotomie méthode communautaire / méthode intergouvernementale n'est, *a priori*, plus très pertinente.

⁹⁷⁷ *Community Method*, désignée dans la Communication de la Commission sur la gouvernance, « Gouvernance Européenne. Un livre blanc », COM (2001) 428 final du 12 octobre 2001.

⁹⁷⁸ Contribution des Commissaires MM. Michel Barnier et António Vitorino à la Convention européenne sur "La méthode communautaire" en date du 3 septembre 2002, Note de transmission du Secrétariat à la Convention, CONV 231/02, CONTRIB 80, p. 3.

⁹⁷⁹ Sa compétence est exclusive dans le cadre de la méthode communautaire dite « pure » alors qu'au moment des « adaptations » de la méthode communautaire, la Commission perd le monopole de l'initiative législative. *Idem*, p. 3-4.

⁹⁸⁰ V. à titre indicatif David M. TRUBEK, Patrick COTTRELL & Mark NANCE, « "Soft Law", "Hard Law", and European Integration: Toward a Theory of Hybridity », *Legal Studies Research Paper Series*, Paper n° 1002, novembre 2005, accessible sur le site de Social Science Research Network Electronic Paper Collection http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=855447 (consulté le 19.10.2014); David M. TRUBEK & Louise G. TRUBEK, « Hard law and soft law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination », *ELJ*, 2005, vol. 11, p. 343-364.

opposition au *hard law*, décrit une réglementation beaucoup plus souple, sans force contraignante⁹⁸¹.

217. Intégration « négative » et intégration « positive »– Vue sous cet angle, l’harmonisation des droits fait partie de la méthode communautaire. Elle présente deux volets principaux: elle est, d’une part, «négative», – faisant partie d’une «intégration négative»⁹⁸² – impliquant la suppression des règles nationales susceptibles de constituer des entraves au libre fonctionnement du marché et des barrières aux échanges intra-communautaires⁹⁸³. C’est le cas, à titre d’exemple, de l’abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres, imposée par l’article 48 § 2 TCEE, devenu l’article 45 § 2 TFUE. Depuis le fameux arrêt « Cassis de Dijon »⁹⁸⁴, une bonne part de cette forme de rapprochement échappe au législateur et repose sur les décisions du juge. Dans la mesure où l’harmonisation négative ne s’avère pas toujours suffisante, elle est complétée par l’harmonisation dite «positive»⁹⁸⁵, impliquant l’introduction des nouvelles règles de droit dans les ordres juridiques nationaux.

218. Les raisons justifiant le recours à la directive dans les deux matières concernées– En ce qui concerne les instruments de réalisation de l’harmonisation, la directive détient une place prépondérante parmi les outils législatifs prévus par l’article 288 TFUE, bien que, comme on l’a déjà mentionné, il n’y ait pas d’adéquation entre la méthode d’intégration et les instruments utilisés. Dans les deux matières considérées, le choix de la directive en tant qu’outil législatif privilégié de l’intervention européenne est, d’ailleurs, expliqué par d’autres raisons.

⁹⁸¹ Néanmoins, cette dichotomie est souvent considérée comme dépassée, notamment parce qu’on trouve de plus en plus d’instruments législatifs combinant des règles contraignantes et des règles non contraignantes.

⁹⁸² Hans-W. MICKLITZ, Norbert REICH & Peter ROTT, *Understanding EU consumer law*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2009, p. 35.

⁹⁸³ Lorna WOODS & Philippa WATSON, *Steiner & Woods Eu law*, 11^{ème} édition, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 324.

⁹⁸⁴ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Aff. 120/78, Rec. 00649.

⁹⁸⁵ De la même manière, on fait référence à une «intégration positive», v. Hans-W. MICKLITZ, Norbert REICH & Peter ROTT, *Understanding EU consumer law*, *op. cit.*, p. 35.

219. La diversité des droits nationaux- Une des explications principales réside sans doute dans la diversité des systèmes nationaux dans les deux domaines. Tant le droit de la consommation, en tant que droit dérivé du droit civil, que le droit du travail ont été pendant longtemps – et demeurent dans une moindre mesure jusqu'à présent – des domaines juridiques ayant de fortes identités nationales. La directive est alors considérée comme un instrument plus souple, moins intrusif que le règlement, et peut donc être plus facilement acceptée par les Etats membres. En optant pour elle, les instances européennes feraient ainsi preuve d'un «réalisme juridique»⁹⁸⁶ et surtout d'un réalisme politique. Cette explication peut, d'ailleurs, être perçue à travers la déclaration des Etats membres signataires de l'Acte unique européen⁹⁸⁷ : «la Commission privilégiera, dans ses propositions au titre de l'article 100 A paragraphe 1, le recours à l'instrument de la directive si l'harmonisation comporte, dans un ou plusieurs Etats membres, une modification de dispositions législatives»⁹⁸⁸. L'article 100A TCEE constituera ainsi pendant longtemps la base légale d'une grande partie des interventions européennes portant sur le consommateur⁹⁸⁹.

220. La base juridique- Un deuxième argument expliquant le rôle privilégié accordé à la directive réside dans la disposition de l'article 100 TCEE⁹⁹⁰. Cet article prévoit, en effet, l'adoption à l'unanimité des directives ayant pour objet le rapprochement des dispositions nationales qui ont une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun. Etant donné que cette disposition a constitué l'autre grand fondement des interventions européennes concernant le consommateur mais surtout le travailleur⁹⁹¹, le choix de l'instrument utilisé était, dans ces cas, imposé par la base légale de l'initiative législative.

221. Les objectifs poursuivis- Enfin, une dernière explication peut être fondée sur les objectifs poursuivis par le législateur européen lors de ses

⁹⁸⁶ Ève TRUILHE-MARENGO, *Vers un droit communautaire des contrats*, thèse dactyl., Université Aix-Marseille III, 2002, point 219.

⁹⁸⁷ Devenu art. 95 TCE et art. 114 TFUE .V. en ce sens, *ibidem*.

⁹⁸⁸ Déclaration relative à l'article 100 A du TCEE, *JOCE* L 169/ 24 du 29 juin 1987.

⁹⁸⁹ V. *supra*, sous n° 161 et s.

⁹⁹⁰ Devenu l'article 94 TCE et 115 TFUE.

⁹⁹¹ V. *supra*, sous n° 161 et s.

interventions en matière de droit de la consommation et de droit du travail. Des objectifs purement économiques aux considérations plus sociales, la notion-clé du modèle européen du consommateur et du travailleur est le (r)établissement de la confiance de ces deux acteurs économiques, citoyens du marché⁹⁹². Imprégnée de cette logique, l'intervention des instances européennes implique, certes, des mesures ayant un caractère contraignant – ce qui explique que le recours à des outils non contraignants, tels que la recommandation⁹⁹³, n'était pas considéré comme approprié, au moins dans un premier temps – sans pour autant avoir besoin d'une protection identique à tous les systèmes juridiques nationaux. Ce qui importe plus pour l'établissement de la confiance des acteurs est plutôt l'équivalence de la protection accordée⁹⁹⁴ et la directive paraît un outil adapté afin d'assurer cette équivalence, en permettant à chaque Etat membre de choisir les moyens pour y parvenir, sans toutefois forcer l'imposition des dispositions identiques⁹⁹⁵.

222. Le principe de proportionnalité– Cette considération est, en outre, conforme au principe de proportionnalité qui doit imprégner toute l'action tant des instances de l'Union que des Etats membres. Erigé au rang des principes fondamentaux de l'Union⁹⁹⁶, ce principe a un impact à la fois sur le fond et sur la forme des actions européennes. Appliqué sur choix d'outil normatif, le principe de proportionnalité prônerait l'utilisation de l'instrument certes le plus efficace et nécessaire mais ayant les conséquences les moins restrictives et les effets les moins contraignants pour les Etats membres. C'est en ce sens que le protocole n° 6 annexé au Traité d'Amsterdam⁹⁹⁷, sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, énonce en son point 6 que «toutes choses égales [...] il convient de

⁹⁹² V. *supra*, sous n° 161 et s.

⁹⁹³ Certains auteurs qualifient la recommandation de «source aléatoire d'harmonisation». V. Anne LIMPENS, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », *RIDC*, 1967, p. 621-653, not. p. 637. V. cependant *infra* sous n° 231 et s.

⁹⁹⁴ V. en ce sens Ève TRUILHE-MARENGO, *Vers un droit communautaire des contrats*, *op. cit.*, point 220, même si elle utilise la notion de la protection de la partie faible en tant qu'objectif poursuivi par les interventions européennes en matière de droit des contrats en général et plus précisément du contrat de consommation.

⁹⁹⁵ V. également Hans-W. MICKLITZ, Norbert REICH & Peter ROTT, *Understanding EU consumer law*, *op. cit.*, p. 38.

⁹⁹⁶ V. l'article 5 TUE.

⁹⁹⁷ On fait référence à ce protocole plutôt qu'au protocole n° 2 annexé au Traité de Lisbonne qui porte également sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, dans la mesure où ce dernier n'a pas repris toutes les dispositions du protocole annexé au Traité d'Amsterdam et notamment celles concernant le choix des instruments législatifs (nous soulignons).

donner la préférence à des directives plutôt qu'à des règlements, et à des directives-cadres plutôt qu'à des mesures détaillées. Bien qu'elles lient tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, les directives visées à l'article 189 du traité laissent aux instances nationales le choix de la forme et des moyens »⁹⁹⁸.

Il ne faut pas, d'ailleurs, perdre de vue que l'harmonisation des droits nationaux dans les deux matières ne constitue pas, même en l'état actuel du droit, « une fin en soi »⁹⁹⁹. Elle est, ainsi, dans un premier temps, intimement liée au fonctionnement du marché ; c'est la raison pour laquelle l'article 3 TCEE cantonne le rapprochement des législations nationales dans les limites de ce qui est nécessaire au fonctionnement du marché¹⁰⁰⁰. L'harmonisation est, par la suite, mise au service de la protection du consommateur¹⁰⁰¹ et du travailleur¹⁰⁰² et à l'établissement de leur confiance.

223. Une harmonisation opérée par couches successives– On constate que tant pour le consommateur que pour le travailleur « le législateur européen a suivi une démarche « au coup par coup » en matière d'harmonisation »¹⁰⁰³. Les directives se sont alors accumulées dans les deux matières, portant le plus souvent sur des

⁹⁹⁸ V. également le point 6 du même protocole, selon lequel « en ce qui concerne la nature et la portée de l'action communautaire, les mesures de la Communauté doivent laisser une marge de décision aussi grande que possible au plan national, cette marge devant rester compatible avec la réalisation de l'objectif de la mesure et le respect des exigences du traité. Sans préjudice de la législation communautaire, il convient de veiller au respect des pratiques nationales bien établies ainsi que de l'organisation et du fonctionnement des systèmes juridiques des États membres. Dans les cas appropriés, et sous réserve de la nécessité d'une exécution adéquate, les mesures communautaires doivent offrir aux États membres des solutions différentes pour réaliser les objectifs de la mesure ».

⁹⁹⁹ Anne LIMPENS, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », *op. cit.*, p. 622.

¹⁰⁰⁰ En effet, l'article 3 h) du Traité de Rome dispose que: « Aux fins énoncées à l'article précédent, l'action de la Communauté comporte, dans les conditions et selon les rythmes prévus par le présent traité : h) le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au fonctionnement du marché commun »

¹⁰⁰¹ V. par exemple l'article 129 A TCEE qui dispose que « la Communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de *protection des consommateurs* par: a) *des mesures qu'elle adopte en application de l'article 100 A* dans le cadre de la réalisation du marché intérieur » (nous soulignons).

¹⁰⁰² V. à ce titre l'article 118 A TCEE, selon lequel « les États membres s'attachent à promouvoir l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs et se fixent pour objectif l'harmonisation, dans le progrès, des conditions existant dans ce domaine. Pour contribuer à la réalisation de l'objectif prévu au paragraphe 1, le Conseil, statuant à la majorité qualifiée sur proposition de la Commission, en coopération avec le Parlement européen et après consultation du Comité économique et social, arrête par voie de directive les prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres. » (nous soulignons).

¹⁰⁰³ COM (2001) 398 du 11 juillet 2001, point 35.

sujets périphériques et laissant plus ou moins de marge au législateur national¹⁰⁰⁴ : les directives 75/117/CEE du 10 février 1975¹⁰⁰⁵ et 76/207/CEE du 9 février 1976¹⁰⁰⁶ relatives à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, 77/187/CEE du 14 février 1977¹⁰⁰⁷ concernant le maintien du contrat de travail en cas de transfert d'entreprise, ou encore 75/129/CEE du 17 février 1975 portant sur les licenciements collectifs¹⁰⁰⁸ en témoignent. Encore plus nombreuses sont les directives touchant le consommateur : la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux¹⁰⁰⁹, la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux¹⁰¹⁰, celle du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹⁰¹¹, la directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation¹⁰¹² ou encore celle du 25 octobre 2011¹⁰¹³ sur les droits des consommateurs ne sont que quelques exemples d'une longue liste d'interventions législatives¹⁰¹⁴.

224. L'explication du choix de la directive par les travaux préparatoires-

Lors des travaux préparatoires, les instances européennes, et notamment les services de la Commission, se réfèrent à la méthode d'harmonisation et parfois mentionnent le choix de la directive en tant qu'instrument normatif, sans pour autant véritablement expliquer ce choix ou laisser entendre qu'elles appliquent une méthodologie bien

¹⁰⁰⁴ Sur la place accordée au droit national, v. *infra*, sous n° 247 et s.

¹⁰⁰⁵ Directive 75/117/CEE du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, *JOCE* L 45 du 19.2.1975, p. 19-20.

¹⁰⁰⁶ Directive 76/207/CEE 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, *JOCE* L 39 du 14.2.1976, p. 40-42.

¹⁰⁰⁷ Directive 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *JOCE* L 61 du 5.3.1977, p. 26-28. Elle a été modifiée par la directive 2001/23/CE 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* L 82 du 22.3.2001, p. 16-20

¹⁰⁰⁸ Directive 75/129/CEE du 17 février 1975, précitée.

¹⁰⁰⁹ Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985, précitée.

¹⁰¹⁰ Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985, précitée.

¹⁰¹¹ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, précitée.

¹⁰¹² Directive 99/44/CE du 25 mai 1999, précitée.

¹⁰¹³ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, précitée.

¹⁰¹⁴ V. *supra*, sous n° 161 et s.

précise concernant la forme des actes législatifs adoptés.

225. La directive en tant que « l'instrument le plus approprié »– Une explication à laquelle les instances de l'Union ont très souvent recours consiste à affirmer que la directive a été jugée « l'instrument le plus approprié ». Tel est, par exemple, le cas de la directive sur le congé parental, dont l'exposé des motifs précise que « dans le cas d'espèce, vus la nature (accord-cadre) et le contenu du texte des partenaires sociaux, il est clair que cet accord-cadre a vocation à être appliqué indirectement par voie de dispositions à transposer, par les Etats membres, ou les partenaires sociaux, dans le droit interne des Etats membres. Dès lors, dans ce cas, l'instrument *le plus approprié* pour sa mise en œuvre est une directive du Conseil »¹⁰¹⁵. On peut soutenir que ces formulations se justifiaient, en l'occurrence, par le caractère particulier de cette directive, dans la mesure où elle ne faisait que reprendre l'accord-cadre conclu auparavant par les partenaires sociaux. Toutefois, les mêmes explications sont fournies à l'occasion de directives beaucoup plus « classiques ». Ainsi, dans le cas de la proposition de directive sur le *timeshare*, la motivation des services de la Commission concernant le choix d'une directive est encore plus laconique : après avoir reconnu que les formes d'action dont la Commission disposait étaient la directive et la recommandation, ils mentionnent simplement que « la directive est le seul instrument approprié »¹⁰¹⁶. Le Comité économique et social avait, d'ailleurs, contesté la base juridique (à savoir l'article 100 A TCEE) et la forme de ladite proposition législative, en considérant que « la question du timeshare n'entre pas dans le cadre du rapprochement des législations nationales qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, étant donné qu'il ne s'agit pas, dans de nombreux cas, d'un bien meuble ou d'un droit mobilier susceptible de circuler dans la Communauté. C'est pourquoi, à notre sens, il serait plus opportun de résoudre la question sur la base d'une convention

¹⁰¹⁵ Proposition de Directive du Conseil concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, COM (96) 26 final du 31 janvier 1996, 96/0033 (PRT), p. 8. La même remarque est contenue dans l'exposé des motifs de la Commission concernant la Proposition de Directive sur le travail à temps partiel, COM (97) 392 final du 23 juillet 1997, 97/0221 (PRT), p. 8, point 42.

¹⁰¹⁶ Proposition modifiée de Directive du Conseil concernant la protection des acquéreurs dans les contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou plusieurs biens immobiliers, COM (93) 487 final – SYN 419 du 7 octobre 1993, p. 3.

d'uniformisation législative ». Il finit, néanmoins, par reconnaître que la procédure législative européenne constitue une tâche souvent périlleuse où les compromis ne sont pas toujours faciles à atteindre : « l'expérience des travaux préparatoires qui ont précédé les conventions européennes actuellement en vigueur, la lourdeur et la complexité du processus, nous conduisent à accepter cette base juridique proposée par la Commission »¹⁰¹⁷. Cela étant, lorsque la directive est fondée sur l'article 100 TCEE, les services de la Commission considèrent que le choix de la directive est justifié par la base juridique elle-même, comme dans le cas de la directive sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur: « S'agissant d'une œuvre de rapprochement des législations [...] la Commission [...] a donné à ce texte la forme d'une proposition de directive, au sens de l'article 100 du Traité CEE »¹⁰¹⁸.

226. Le choix de la directive imposé par la diversité des droits nationaux- Plus rarement, les travaux préparatoires contiennent des indications supplémentaires, portant notamment sur l'intensité ou le degré de l'harmonisation, que nous aborderons ci-dessus¹⁰¹⁹, qui sont en rapport avec la diversité des droits nationaux, la réticence des Etats membres, voire la cohérence des systèmes juridiques nationaux¹⁰²⁰. « Nous sommes toutefois très loin d'une harmonisation générale. Les temps ne sont pas mûrs pour un rapprochement ou une unification des législations nationales sur l'ensemble des obligations contractuelles ou quasi contractuelles, ni même sur le domaine limité de la vente de biens et de la fourniture de services », remarque la Commission à l'occasion des négociations concernant la

¹⁰¹⁷ Avis du Comité économique et social sur la proposition de Directive du Conseil concernant la protection des acquéreurs dans les contrats portant sur l'utilisation d'objets immobiliers en régime de jouissance à temps partagé du 24 février 1993, CES 206/93 – SYN 419 PO-VN/RD/cf, p. 3.

¹⁰¹⁸ Parlement Européen, Rapport sur la proposition relative à une directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur (Commission des affaires sociales, de l'emploi et de l'éducation, Rapporteur M. Erling Dinesen) du 12 janvier 1979, Doc. 552/78, PE 54.777/déf, p. 22.

¹⁰¹⁹ V. *infra*, sous n° 245 et s.

¹⁰²⁰ V. par exemple les remarques de la Commission à propos de la directive sur les contrats négociés à distance: « considérant qu'il a été décidé de présenter par la voie de directive un socle de règles minimales de protection du consommateur nécessaires au bon fonctionnement de ce marché; que cette initiative, entre autres, est inspirée par le souci d'éviter une fragmentation des législations nationales », Recommandation de la Commission du 7 avril 1992 concernant des codes de conduite pour la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance (92/295/CEE), JOCE n° L 156/21 du 10 juin 1992, considérant (2),

directive sur les clauses abusives¹⁰²¹ comme dans le cas de la directive sur la vente et les garanties de biens de consommation¹⁰²².

227. Le choix de la directive par défaut– Encore plus rarement, on retrouve des justifications par défaut, à savoir des cas où le choix de l’harmonisation par voie de directive est justifié indirectement, parce que le recours à d’autres moyens moins contraignants n’a pas été jugé approprié. C’est de cette manière que la Commission explique le choix de l’instrument législatif en matière de vente et des garanties de biens de consommation : « l’objectif poursuivi *peut seulement être atteint par une directive* communautaire fixant des règles minimales. [...] Le but principal poursuivi par la directive – le rapprochement des législations nationales relatives à la garantie légale – est *incompatible avec des solutions basées sur de la « soft-law » ou sur des codes de conduite*. En outre, les secteurs en cause sont trop hétérogènes pour que la mise en place des codes de conduite au niveau européen soit facilement envisageable »¹⁰²³.

Il en résulte que ces instruments normatifs ont été dictés, d’une part, par les objectifs poursuivis et, d’autre part, par l’état des droits nationaux dans les domaines concernés. Il fallait ainsi supprimer les barrières à la réalisation du marché intérieur ainsi que les distorsions de concurrence qui pourraient être nuisibles à la fois au citoyen européen, consommateur ou travailleur, et à la compétitivité des entreprises européennes. L’autre facteur déterminant est la diversité des droits nationaux et, corrélativement, la volonté des Etats membres d’apporter des modifications significatives à leurs systèmes juridiques. Dans les deux matières, les droits nationaux présentent, en effet, une grande diversité au niveau de la protection accordée au travailleur et au consommateur. Les élargissements successifs de l’Union, et notamment le grand élargissement de 2004, n’ont fait qu’accentuer cette diversité. En

¹⁰²¹ Proposition de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, COM (90) 322 final – SYN 285 du 3 septembre 1990, p. 13.

¹⁰²² V. l’avis du Comité économique et social, selon lequel « Une harmonisation des dispositions juridiques via une directive au titre de l’article 100 A du Traité CE est indispensable [...] Ce faisant, il faut veiller à ne pas perdre de vue que les règles de droit privé des Etats membres se recouvrent certes sur beaucoup de points mais reposent, dans certains cas, sur des conceptions totalement divergentes. Il n’apparaît donc guère raisonnable de viser à une harmonisation totale », Avis du Comité économique et social sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation » du 27 novembre 1997, CES 1387/96 – 96/0161 COD E-LA/jd, p. 4-5, point 2.2.

¹⁰²³ Proposition de Directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, COM (95) 520 final du 18 juin 1996, p. 9 (nous soulignons).

même temps, pour la grande majorité des Etats membres il s'agit de domaines qui se trouvent traditionnellement au cœur de l'identité juridique nationale : celui du consommateur à cause de ses liens étroits avec le droit civil et celui du travailleur à cause de l'identité socioculturelle très forte dont est imprégné le droit du travail. C'est, d'ailleurs, la raison pour laquelle certains auteurs font référence aux sensibilités « culturelles ou affectives des juristes nationaux » qui considèrent les règles relatives au droit des contrats comme « sacro-saintes »¹⁰²⁴, ce qui explique une certaine réticence de la part des Etats membres. C'est l'ensemble de ces considérations, combiné à des circonstances politiques, économiques ou autres, qui a déterminé les choix des instruments normatifs par le biais desquels le modèle européen du consommateur et du travailleur a été mis en place. Elles ont alors justifié l'utilisation, au moins dans un premier temps, des outils ayant une force contraignante plus ou moins accrue, dans le cadre de l'application de la méthode communautaire.

2. Les limites des méthodes contraignantes

228. Les échecs de la méthode contraignante– L'harmonisation des droits nationaux a été considérée comme une étape indispensable de la construction européenne dans les deux matières étudiées. Si la directive constitue, comme on l'a démontré, l'instrument de prédilection, le point commun de tous les instruments de normativité « classiques » utilisés pour la mise en œuvre de l'harmonisation est leur force contraignante qui impose des modifications aux droits nationaux.

Aussi justifiée soit-elle, l'utilisation d'une méthode contraignante s'est avérée, après quelques décennies de pratique dans les deux domaines considérés, lacunaire et les instances européennes ont eu recours à d'autres outils pour la compléter et faire avancer la construction du modèle européen dans les deux matières. On peut ainsi déceler différents types de lacunes, voire d'échecs, de la méthode d'harmonisation contraignante qui sont identifiables dans les deux domaines.

¹⁰²⁴ Hans SCHULTE-NÖLKE, « La formation du contrat en droit communautaire. Du cadre commun de référence au "bouton bleu" », in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD & André PRÜM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Paris, Société de Législation Comparée, LGDJ, 2008, p. 125-146, not. p. 134.

229. Réduire l'ampleur des projets d'harmonisation faute de consensus politique– Les différentes initiatives législatives présentées par les instances européennes ne sont pas toujours menées à terme, et n'aboutissent pas constamment à l'adoption de normes harmonisées au niveau européen ; de la même manière, leur ampleur est souvent revue à la baisse, pour faciliter un compromis politique. Un certain nombre de projets ont ainsi dû être abandonnés ou réduits de manière significative après plusieurs années de négociations plus ou moins fructueuses pour pouvoir aboutir à l'adoption d'un outil législatif moins ambitieux. Tel a été, à titre d'exemple, le cas de trois propositions de directive que la Commission avait présentées au début des années 1980 concernant le travail volontaire à temps partiel, le travail à durée déterminée et le travail intérimaire¹⁰²⁵. Après près de 14 ans de négociations et de propositions modifiées, le Conseil a officiellement déclaré, en décembre 1994, « l'échec des discussions [...] un vote à l'unanimité étant improbable dans un avenir proche »¹⁰²⁶. De la même manière, la proposition de directive sur les produits défectueux¹⁰²⁷ n'a été adoptée qu'après neuf ans de négociations¹⁰²⁸ ; quant à la proposition de directive sur les clauses abusives¹⁰²⁹, son ampleur a été revue au cours des négociations, dans la mesure où la partie concernant l'harmonisation de la garantie légale des biens meubles et des services a été rejetée par le Conseil¹⁰³⁰ pour être à nouveau proposée par la Commission quelques années plus tard. Il ne s'agit que de quelques exemples de projets abandonnés, retardés ou réduits. Ces difficultés expliquent, à tout le moins en partie, pourquoi après plus de 30 ans de production législative et d'harmonisation au niveau européen concernant le travailleur et le

¹⁰²⁵ Proposition de directive en matière de travail temporaire, *JOCE* n° C 128/2 du 19 mai 1982; Proposition de directive relative au travail volontaire à temps partiel, *JOCE* n° C 18/5 du 22 novembre 1983. Proposition de directive en matière de travail intérimaire et de contrats de travail à durée déterminée, *JOCE* C 133/1 du 21 mai 1984.

¹⁰²⁶ Parlement européen, Rapport sur la proposition de la Commission relative à une directive du Conseil concernant l'accord-cadre CES-UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, Commission de l'emploi et des affaires sociales (rapporteur Karin Jöns) du 30 avril 1999, A4-0261/99, PE 230.208/déf, p. 12.

¹⁰²⁷ Proposition de directive du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, présentée par la Commission au Conseil, COM(76) 372 final du 9 septembre 1976.

¹⁰²⁸ La directive a été enfin adoptée en 1985. Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, précitée.

¹⁰²⁹ Proposition de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, COM(90) 322 final — SYN 285 (présentée par la Commission le 24 juillet 1990.)

¹⁰³⁰ Déclaration du Conseil au procès-verbal lors de l'adoption de la directive concernant les clauses abusives, v. COM (95) 520 final du 18 juin 1996, p. 2.

consommateur, les règles adoptées touchent dans leur majorité des sujets périphériques et souvent de manière minimaliste.

230. Des divergences nationales qui persistent malgré l'harmonisation-

Par ailleurs, même dans les domaines où des règles ont été adoptées au niveau européen, les lacunes sont visibles au niveau des résultats de l'harmonisation. Ainsi, en dépit de sa force contraignante, l'intervention européenne dans les deux matières ne se révèle pas toujours efficace. Un certain nombre de questions n'est pas traité par les directives, tandis que pour d'autres les textes européens renvoient aux droits nationaux. Par conséquent, les divergences nationales subsistent.

Une des raisons qui favorisent la persistance des divergences nationales est sans doute la non-réglementation ou la réglementation floue et ambiguë de certains aspects ou notions du modèle européen du consommateur et du travailleur. Les différences nationales sont alors dues non seulement aux dispositions d'harmonisation minimale, qui sera évoquée ci-dessous¹⁰³¹, mais également « aux lacunes et aux ambiguïtés des directives et, par-dessus tout, à la grande variété de stratégies de transposition et d'option terminologiques qu'elles autorisent »¹⁰³². Il ne serait pas pertinent de s'adonner à une présentation exhaustive de ces lacunes, dont un certain nombre sera examiné dans le cadre de la transposition du droit européen dans l'ordre juridique national¹⁰³³. On se contentera alors d'évoquer, ne serait-ce qu'à titre préliminaire, deux exemples, un pour chaque domaine.

Dans le domaine de la protection du travailleur, on évoquera la notion de transfert d'entreprises qui a alimenté un contentieux important, en ce qui concerne le maintien des droits des travailleurs, et demeure, dans une moindre mesure, d'actualité. La source du contentieux réside dans la directive 77/187/CEE qui se réfère, certes, dans son article 1^{er} au transfert d'entreprise ou de partie d'entreprise, sans pourtant préciser le sens de ces notions. Cette définition et les difficultés qui en ont résulté dans les droits nationaux, notamment en droit allemand¹⁰³⁴ mais aussi en droit français, ont provoqué l'intervention de la Cour de Justice qui a tenté à plusieurs

¹⁰³¹ V. *infra* sous n° 245 et s.

¹⁰³² Hans SCHULTE-NÖLKE, « La formation du contrat en droit communautaire. Du cadre commun de référence au "bouton bleu" », *op. cit.*, p. 136.

¹⁰³³ V. *infra*, sous n° 270 et s., 307 et s.

¹⁰³⁴ En droit allemand c'est la notion de « *Betrieb* », à savoir l'établissement, qui prévaut, contrairement au droit français qui est axé autour de la notion de l'entreprise - activité.

reprises de cerner la notion. En dépit d'une jurisprudence abondante, la question continue à susciter des renvois préjudiciels. Elle consiste notamment à savoir si la directive s'applique aux transferts d'activités de service ou de marchés de prestations à un tiers (*outsourcing* ou *contracting out*); autrement dit, c'est une conception restrictive ou plus large de la notion de transfert qui doit être retenue. Il s'agit d'un des domaines où le droit européen a forgé une définition autonome de l'entreprise¹⁰³⁵. Néanmoins, les turbulences que la jurisprudence de la Cour de Justice a elle-même éprouvées ont davantage compliqué la question.

Sans rentrer dans les détails techniques de la question qui seront évoqués ci-dessous¹⁰³⁶, on remarquera que cette absence de réglementation dans le texte de la directive est, au moins en partie, une source d'application divergente et donc d'absence d'harmonisation au niveau des droits nationaux. Certes, le juge européen joue un rôle décisif et est censé assurer la cohérence dans l'application des règles européennes dans les ordres juridiques nationaux. Aussi important soit-il, ce rôle ne peut pas remplacer celui du législateur européen.

Dans le même ordre d'idées, on pourrait évoquer, en ce qui concerne la protection du consommateur, un certain manque de cohérence quant à la définition de la notion de consommateur, notamment avant l'adoption de la directive de 2011¹⁰³⁷. Sans exposer dans tous ses détails cette question qui a fait couler beaucoup d'encre pendant près de vingt ans¹⁰³⁸, il suffirait de mentionner qu'avant l'adoption de la directive de 2011, chaque directive portant sur le consommateur proposait sa propre définition du consommateur. Ainsi, si pour la directive sur les clauses abusives le consommateur est « toute personne physique qui[...] agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »¹⁰³⁹, la directive concernant les contrats de crédit aux consommateurs fait référence à « toute personne physique qui[...] agit dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle »¹⁰⁴⁰; celle sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux considère

¹⁰³⁵ Entité économique autonome qui maintient son identité.

¹⁰³⁶ V. *infra*, sous n° 307 et s.

¹⁰³⁷ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, précitée.

¹⁰³⁸ V. *infra*, sous n° 307 et s.

¹⁰³⁹ Article 2 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, précitée.

¹⁰⁴⁰ Article 3 de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, précitée.

comme consommateur « toute personne physique qui[...] agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle »¹⁰⁴¹ alors que la directive sur le *timeshare* parle de « toute personne physique qui[...] à des fins dont on peut considérer qu'elles n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle, se voit transférer le droit objet du contrat, ou au bénéfice de laquelle est créé le droit objet du contrat »¹⁰⁴². En effet, en fonction de leur champ d'application et de leurs finalités, ces directives véhiculaient différentes idées de la conception du consommateur. En dépit de l'apport de la directive de 2011 sur les droits des consommateurs qui a tenté d'uniformiser la définition¹⁰⁴³, certaines ambiguïtés peuvent resurgir, notamment puisque cette définition ne s'applique qu'aux domaines relevant du champ d'application de la directive sur les droits des consommateurs et non à la totalité du droit européen de la consommation.

Ces exemples ne font qu'illustrer les limites du processus d'harmonisation des droits dans les deux domaines par le biais de règles contraignantes, le plus souvent de directives. Les lacunes inhérentes à la nature même de cette voie de gestion de la diversité nationale conduisent souvent à la production d'une réglementation sectorielle fragmentaire, qui tantôt manque de cohérence et de principes généraux tantôt est ambiguë et imprécise. Ces raisons expliquent, d'ailleurs, le développement, parallèlement à ces méthodes contraignantes, d'autres mécanismes de mise en place du modèle européen du consommateur et du travailleur.

¹⁰⁴¹ Article 2 de la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, précitée.

¹⁰⁴² Article 2 de la directive 94/47/CE du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, modifiée par la directive 2008/122/CE du 14 janvier 2009, précitées.

¹⁰⁴³ V. l'article 2 de la directive, selon lequel « on entend par consommateur toute personne qui, dans les contrats relevant de la présente directive agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle ou libérale ».

Paragraphe II : Le recours à des formes de normativité graduée

Confrontés aux lacunes des méthodes contraignantes, les instances européennes complètent celles-ci en ayant de plus en plus recours à des instruments normatifs souples (1). Parallèlement, d'autres voies alternatives voient le jour (1).

1. Le renouvellement des méthodes contraignantes : l'utilisation des instruments normatifs souples

231. Compléter les méthodes contraignantes pour pallier leurs défauts-

Compte tenu des défauts des méthodes contraignantes, les instances européennes ont progressivement combinée celles-ci à d'autres types d'instruments d'une force normative atténuée. « Je suis convaincu que nous avons les moyens de répondre dans le cadre de l'Union aux attentes des citoyens, à condition que nous établissions un modèle politique propre qui ne cherche pas à reproduire des schémas théoriques préexistants, respectueux de l'identité des Etats membres et de la subsidiarité dans son approche compétentielle [...]. Dès lors, il me semble que les discussions à venir sur la définition, délimitation et répartition des compétences doivent se concentrer autour de *la notion de l'intensité du niveau d'intervention européen*, plutôt que d'essayer d'établir des modèles complets des catégories de compétences et d'accrocher à ces catégories les différentes missions propres à l'Union. La définition d'une telle intensité doit être faite dans les divers domaines politiques par *rapport aux instruments qui puissent être utilisés*. Par exemple, *régime uniforme européen, harmonisation minimale établissant des standards communs, coordination ouverte, coordination avec des effets contraignants ou simple cohésion*»¹⁰⁴⁴. Ce discours, adressé au Parlement européen par Antonio Vitorino, alors Commissaire européen responsable de la Justice et des Affaires intérieures, illustre bien cette volonté de construire un « modèle politique propre » au droit européen en combinant les méthodes d'intervention normative traditionnelles au caractère contraignant très prononcé avec des mécanismes plus souples. D'autre part, l'objectif est de pallier les

¹⁰⁴⁴ Antonio Vitorino, Commissaire européen responsable de la Justice et des Affaires Intérieures, Note d'intervention Convention européenne, Parlement européen, SPEECH/02/160 du 16 avril 2002 (nous soulignons).

lacunes des méthodes contraignantes en visant une intégration plus progressive et éventuellement moins agressive vis-à-vis de l'identité culturelle des systèmes juridiques nationaux¹⁰⁴⁵.

232. Réinventer le *soft law*– Ce changement dans les méthodes de réalisation du modèle européen, où les voies contraignantes classiques perdent le monopole de l'intégration normative, est perceptible tant en matière de droit de consommation qu'en matière de droit du travail. L'idée, affirmée par les instances européennes elles-mêmes, est alors de « renouveler la méthode communautaire en suivant une approche qui parte davantage de la base que du sommet et en comptant plus efficacement les instruments de ses politiques par des outils non législatifs »¹⁰⁴⁶. La doctrine désigne souvent ces « outils non législatifs » par le terme anglais « *soft law* »¹⁰⁴⁷, traduit en langue française par l'expression « droit mou » ou « droit souple ». Ces expressions peuvent, en effet, paraître quelque peu contradictoires aux yeux du juriste continental qui a tendance à considérer que « ou la mesure envisagée est impérative et générale, auquel cas elle appartient aux normes juridiques, ou elle consiste en une pieuse déclaration d'intention, ce qui l'apparente à une déclaration politique sans aucune incidence juridique »¹⁰⁴⁸.

Soft law et *hard law* ont gagné de plus en plus de terrain au sein de la doctrine mais aussi de la pratique d'intégration européenne, en marquant une abstention de la tradition normative tant du droit européen que des droits nationaux. Pourtant, le recours à ces instruments de droit souple n'est pas inconnu du droit européen : ainsi, les premiers instruments européens en matière de rapprochement des législations

¹⁰⁴⁵ Madame Adrienne Héritier remarque à cet égard : «The European integration project has reached a stage where core areas of the welfare state such as employment policy, social policy, and education are directly affected. These are areas where member state political support is very difficult to gain (Jacobsson 2001). Hence a method of cooperation has been developed to avoid the classical form of legislation through directives and regulations ». Adrienne HÉRITIER, "New Modes of Governance in Europe: Policy Making Without Legislating?" in Adrienne HÉRITIER (ed.) *Common Goods: Reinventing European and International Governance*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2002, p. 185-206.

¹⁰⁴⁶ Communication de la Commission « Gouvernance Européenne. Un livre blanc », COM (2001) 428 final du 12 octobre 2001.

¹⁰⁴⁷ Ce terme a été notamment utilisé par Francis SNYDER, «The Effectiveness of European Community Law» *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 19-56; V. également Karel C. WELLENS & Gustaaf M. BORCHART, «Soft Law in EC Law», *ELR* 1989, p. 267-321.

¹⁰⁴⁸ «Certitudes et incertitudes du droit communautaire de la consommation », Université Jean Moulin Lyon 3, Centre d'études européennes, http://fdv.univ-lyon3.fr/mini_site/cee/dico/p/protectionconso.htm#_ftn103 (consulté le 20.01.2013).

sociales furent des recommandations¹⁰⁴⁹. Il s'agit alors plutôt de réinventer le *soft law* et de lui accorder une place significative en vue de remédier aux lacunes des mesures plus contraignantes.

On assiste en effet à la création d'un cadre souple, axé sur le rapprochement des systèmes nationaux sur la base de principes et d'objectifs communs plutôt que sur de règles contraignantes. Comme le précise le rapport rédigé pour la Commission par le professeur Silvana Sciarra portant sur l'évolution du droit du travail entre 1992 et 2003, ce type d'intervention « vise à une extension voire parfois à une modernisation des règles en matière de travail existantes, et non à une introduction dans l'immédiat d'une nouvelle législation européenne »¹⁰⁵⁰. Dans ce contexte, l'accent est mis sur la production de règles souples qui fixent des principes, des lignes directrices ou des résultats à atteindre, et encouragent aussi les Etats-membres à s'y conformer, sans pourtant créer d'obligations légales. Le développement du *soft law* a conduit à une multiplication des outils et des techniques règlementaires utilisés par l'Union. Constituant jusque-là la voie prépondérante, les directives cèdent alors leur place à des outils comme les communications, les rapports annuels, les recommandations etc., ce qui présente des avantages tant pour les instances européennes – qui ont vu une nouvelle manière de contourner la résistance des gouvernements nationaux à certaines politiques européennes – que pour les Etats membres – en raison de la marge de manœuvre et de l'autonomie que ces moyens de gouvernance leur confèrent¹⁰⁵¹. Même s'ils sont dénués de force contraignante, ces instruments souples

¹⁰⁴⁹ V. par exemple la recommandation du 20 juillet 1960 relative à l'égalité des rémunérations des travailleurs masculins et féminins, *Bull. CEE*, 1960, n°6/7, p. 46 ou la recommandation du 31 janvier 1967 concernant la protection des jeunes au travail. Panayotis SOLDATOS & Georges VANDERSANDEN, « La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations dans le cadre de la Communauté économique européenne », in Denise DE RIPAINSEL-LANDY, Alain GERARD, Anne LIMPENS-MEINERTZHAGEN, Jean-Victor LOUIS, Panayotis SOLDATOS, Raymond VANDER ELST & Georges VANDERSANDEN, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1976, p. 95-151, not. p. 129-133; Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, op. cit., not. p. 86-91.

¹⁰⁵⁰ Silvana SCIARRA, *The evolution of labour law (1992-2003)*, Volume 1, General Report, Rapport pour la Commission Européenne, département d'Emploi et d'affaires sociales, juin 2005, not. p. 9 -10. « *Aims at an extension –at times a modernisation- of existing labour standards, not at the immediate introduction of new European legislation* » (traduction libre).

¹⁰⁵¹ « Alors que la Commission considère que les nouveaux modes de gouvernance offrent la possibilité d'étendre les politiques européennes face à la résistance des gouvernements nationaux, les gouvernements des Etats-membres les préfèrent à la législation parce qu'ils accordent aux Etats membres plus d'autonomie dans la définition de politiques » (« While the Commission sees the new modes of governance as offering a possibility to expand European policies in the face of national governments' resistance, member-state governments prefer them to legislation because they allow

ne sont pas moins importants – surtout lorsqu'ils émanent des institutions européennes – ce qui ressort également de la jurisprudence des juridictions européennes. Le Tribunal de Première Instance a ainsi pu constater que « le traité [...] envisage expressément une telle coopération volontaire entre les autorités nationales et les institutions communautaires en incluant, parmi les actes que peuvent adopter les institutions, et notamment la Commission, les recommandations et les avis. Cette habilitation expresse à adopter des actes dépourvus de force obligatoire démontre que le respect volontaire des actes non contraignants des institutions est un élément essentiel dans la réalisation des buts du traité »¹⁰⁵².

Dans ce contexte a vu le jour, à la fin des années 1990, une nouvelle méthode de gouvernance, appelée « Méthode Ouverte de Coordination ». Elle est considérée comme faisant partie du « droit souple », dans la mesure où elle est basée sur la fixation des lignes directrices plutôt que sur la transposition de normes dont la non application est susceptible d'entraîner des sanctions formelles à l'égard des Etats membres¹⁰⁵³. L'Union vise alors à encourager la coopération des Etats-membres en complétant leurs initiatives et en fixant les directions générales de leur action. Cet esprit est reflété dans l'article 149 TFUE¹⁰⁵⁴ : il prévoit l'adoption par l'Union « des actions d'encouragement destinées à favoriser la coopération entre les États membres et à soutenir leur action dans le domaine de l'emploi par le biais d'initiatives visant à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, en fournissant des analyses comparatives et des conseils ainsi qu'en promouvant les approches novatrices et en évaluant les expériences, notamment en ayant recours aux projets pilotes ». Il précise par ailleurs que « ces mesures ne comportent pas d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres », ce qui démontre la différence entre ces voies alternatives empruntées pour la réalisation du modèle européen et l'harmonisation de la méthode

member states more autonomy in shaping Policy », traduction libre) remarque Adrienne Héritier, v. Adrienne HERITIER, "New Modes of Governance in Europe: Policy Making Without Legislating?" *op. cit.*

¹⁰⁵² TPI 13 décembre 1990, *Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie "Nefarma" et Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf c/ Commission*, aff. T-113/89, *Rec.*, II; 797, point 79.

¹⁰⁵³ V. David TRUBEK & Louise TRUBEK, "Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Coordination", *European Law Journal*, Vol. 11, No. 3, May 2005, p. 343-364, not. p. 344: « *the OMC, which has general and open-ended guidelines rather than rules, provides no formal sanctions for Member States that do not follow the guidelines, and is not justiciable, is thought of as 'soft law'* ».

¹⁰⁵⁴ Article 129 TCE.

par des voies contraignantes.

233. La Stratégie coordonnée pour l'emploi- L'exemple le plus développé de la Méthode ouverte de coordination est sans nul doute la Stratégie coordonnée pour l'emploi, mise en place dans le domaine du droit du travail. L'objectif de cette méthode, dont les fondations ont été jetées lors du Sommet de Luxembourg en 1997¹⁰⁵⁵, est la coordination des droits nationaux et la création « des processus propres à permettre une « mise en convergence des politiques nationales dans les domaines identifiés comme d'intérêt commun »¹⁰⁵⁶. L'idée, qui a donné naissance aux articles 125 à 130 TCE¹⁰⁵⁷, était de trouver une voie médiane (« *middle way* » ou « *third way* »¹⁰⁵⁸) afin de combiner de manière efficace les politiques économiques et sociales¹⁰⁵⁹. « Il s'agit, tout en respectant les différences qui existent entre les deux domaines et entre les situations de chaque Etat membre, de créer, pour l'emploi, comme pour la politique économique, la même volonté de convergence vers des objectifs décidés en commun, vérifiables et régulièrement mis à jour »¹⁰⁶⁰, remarque le Conseil dans ses conclusions en novembre 1997.

Ainsi le Conseil a adopté, sur proposition de la Commission¹⁰⁶¹, des lignes directrices sur l'emploi qui devraient être intégrées dans les politiques des Etats membres ; l'amélioration de la capacité d'insertion professionnelle, l'encouragement de la capacité d'adaptation des entreprises et de leurs travailleurs ou le renforcement des politiques d'égalité des chances pour les femmes et les hommes en faisaient partie. Les Etats membres étaient censés, par la suite, établir des plans annuels et

¹⁰⁵⁵ Conseil européen extraordinaire sur l'emploi, Luxembourg, 20/21 Novembre 1997. Il s'agit du premier Conseil Européen entièrement consacré à l'emploi.

¹⁰⁵⁶ V. de l'Union Européenne, *op. cit.*, p. 72. Pour une analyse approfondie de la Stratégie Coordonnée pour l'emploi et ses incidences sur l'évolution du droit de travail, v. également Stamatina YANNAKOUROU, « Η επίδραση της Ευρωπαϊκής Στρατηγικής για την απασχόληση στην εξέλιξη του Εργατικού Δικαίου » (L'influence de la Stratégie Européenne pour l'emploi sur l'évolution du Droit du Travail), *EErgD*, 2005, p. 193 et s.

¹⁰⁵⁷ Devenus, avec des modifications plutôt rédactionnelles, les articles 145 à 150 TFUE.

¹⁰⁵⁸ Pour une analyse de l'influence de la politique britannique appelée « Third Way » sur la politique pour l'emploi établit par le Traité d'Amsterdam, v. Jeff KENNER, « The EC Employment Title and the "Third Way: Making Soft Law Work?" » *IJLLIR*, 1999, p. 33-60.

¹⁰⁵⁹ V. sur cette question Sylvaine LAULOM, « La stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation ? » *RDT* 2007, p. 643-648.

¹⁰⁶⁰ Conseil Européen Extraordinaire sur l'emploi, Luxembourg, 20/21 Novembre 1997, Conclusions, Partie I, point 3, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/00300.F7.htm (consulté le 19.10.14)

¹⁰⁶¹ V. la Communication de la Commission COM (1999) 441 final.

échanger des informations afin de pouvoir évaluer l'application efficace et l'impact de ces dernières ainsi que de tenir compte « des bonnes pratiques ».¹⁰⁶² Plutôt que de viser le rapprochement des droits à travers une harmonisation par le biais de règlements ou de directives, on se dirige vers l'échange de bonnes pratiques (procédures de « *peer review* » et de « *benchmarking* »), ce qui pourrait à terme constituer un mode d'exportation de modèles juridiques. La contrainte est alors plutôt politique que juridique. Ainsi, la différence majeure de cette méthode et du mécanisme d'harmonisation par les biais des instruments normatifs traditionnels réside dans « la manière de concevoir la commensurabilité des systèmes nationaux qu'elles tendent à faire converger ».

234. Le caractère original de la Stratégie coordonnée pour l'emploi : faciliter la perméabilité des droits nationaux- Dans cette optique, la Stratégie coordonnée pour l'emploi peut être perçue comme une innovation institutionnelle¹⁰⁶³ qui modifie la conception, le contenu et le caractère du droit du travail aux niveaux tant européen que national, dans la mesure où elle introduit de nouveaux modèles de réglementation et cède plus de place aux droits nationaux. Le caractère original de la méthode ne réside pas tant dans l'utilisation de moyens de *soft law*, mais plutôt dans l'organisation d'un mode de gouvernance basé sur l'évaluation des politiques nationales par rapport aux objectifs fixés, ainsi que la détermination d'indicateurs relatifs par exemple à l'exclusion sociale et la pauvreté, les soins ou le processus d'inclusion sociale, à travers lesquels s'effectue l'évaluation¹⁰⁶⁴. Il s'agit, en même temps, d'une mise en jeu du principe de subsidiarité : dès lors que l'objectif de l'harmonisation des législations nationales recule, il laisse plus de place au principe de subsidiarité qui fonctionne comme l'outil de décentralisation par le biais duquel les institutions nationales et régionales se voient dotées de plus d'autonomie¹⁰⁶⁵. Une

¹⁰⁶² Sur l'ensemble de la procédure de mise en œuvre de la Stratégie v. la décision du Conseil du 13 mars 2000 sur les lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres en 2000 (2000/228/CE).

¹⁰⁶³ V. Stamatina YANNAKOUROU, *op. cit.*, p. 195.

¹⁰⁶⁴ Le sous-groupe « Indicateurs » du Comité de protection sociale publie ainsi des rapports sur les indicateurs communs. Ces rapports sont disponibles sur le site internet de la Commission <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=830&langId=fr> (consulté le 19.10.14).

¹⁰⁶⁵ V. dans ce sens Jeff KENNER, « The EC Employment Title and the "Third Way: Making Soft Law Work?" » *op. cit.*, p. 48 "a decentralising conception of subsidiarity in which the Community enables and the Member States deliver".

des plus grandes innovations que la méthode introduite par la Stratégie coordonnée a apportées est alors la possibilité d'une perméabilité, d'une communication juridique des systèmes nationaux dans un cadre fixé par les textes souples et non contraignants qui incitent au rapprochement, sans pourtant lier cette attente à un engagement juridique, avec l'impérativité que celui-ci implique¹⁰⁶⁶. Toutefois, en dépit de l'importance que les instances européennes ont voulu accorder à la Stratégie européenne pour l'emploi, force est de constater que le bilan demeure très mitigé, pour ne pas dire décevant. Ainsi, dans son bilan de cinq années de Stratégie européenne pour l'emploi¹⁰⁶⁷ la Commission, après avoir fait référence à « une évolution sensible des politiques nationales de l'emploi, caractérisée par une convergence manifeste vers les objectifs communs »¹⁰⁶⁸, elle constate que « les lignes directrices pour l'emploi actuelles sont jugées complexes »¹⁰⁶⁹ et qu'il convient d'« améliorer la cohérence et la complémentarité entre les processus communautaires concernés »¹⁰⁷⁰.

235. Les accords « volontaires » ou « autonomes » conclus par les partenaires sociaux européens- Les accords collectifs européens dits « volontaires » ou « autonomes » constituent un autre instrument de droit souple qui est également appelé à jouer un rôle dans la réalisation du modèle européen du travailleur. Contrairement aux accords collectifs « légiférants », conclus par les partenaires sociaux européens, puis transformés en règles harmonisées par le biais d'un instrument de droit dérivé¹⁰⁷¹, les accords volontaires sont dénués de force contraignante, du point de vue de l'ordre juridique européen. Toutefois, les partenaires sociaux mettent en œuvre contractuellement leurs accords, en confiant « aux organisations affiliées la mise en œuvre des accords européens autonomes »¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁶ V. Stamatina YANNAKOUROU, *op. cit.*, p. 205.

¹⁰⁶⁷ Communication de la Commission, « Bilan de cinq années de stratégie européenne pour l'emploi » du 17 juillet 2002, COM (2002), 416 final.

¹⁰⁶⁸ *Idem*, p. 2.

¹⁰⁶⁹ *Idem*, p. 20.

¹⁰⁷⁰ *Idem*, p. 23.

¹⁰⁷¹ V. *supra*, sous n° 76 et s.

¹⁰⁷² V. Mélanie SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 250.

L'accord sur le télétravail¹⁰⁷³ en constitue un exemple. Visant une forme de travail en pleine expansion et peu régulée au plan national, l'accord établit une avancée dans la voie contractuelle, dans la mesure où ce texte est le fruit d'une négociation volontaire entre partenaires sociaux. Les partenaires sociaux européens ont délibérément choisi de conclure cet accord dans la perspective des objectifs de la Stratégie coordonnée pour l'emploi. Constituant une étape importante dans la mise en place d'un dialogue autonome entre partenaires sociaux, il confère aux télétravailleurs la même protection globale qu'aux travailleurs qui exercent leurs activités dans les locaux de l'entreprise et met en avant sept domaines-clé dans lesquels les spécificités du télétravail doivent être prises en compte. Le nouveau texte n'a pas donné lieu à une législation européenne, mais a été mis en œuvre par les partenaires sociaux dans les quinze États membres. Chaque pays devait alors engager un dialogue social national pour sa concrétisation qui a pris plus ou moins de temps en fonction des traditions des États membres. Pour la Commission cet accord « marque l'avènement de l'ère du dialogue social européen »¹⁰⁷⁴. L'accord sur le télétravail n'est pas le seul que les partenaires sociaux européens aient délibérément signé. Il a été suivi par d'autres, comme celui sur le stress en 2004¹⁰⁷⁵, ainsi que par celui sur les marchés du travail inclusifs datant de 2010¹⁰⁷⁶. Bien que ne touchant pas directement le contrat de travail, ceux-ci démontrent une nouvelle tendance du dialogue social et une orientation vers des outils législatifs moins contraignants.

236. La place des instruments souples en matière de protection du consommateur– La même tendance d'avoir recours à des outils moins contraignants afin de compléter la méthode d'intégration traditionnelle est également perceptible en droit de la consommation. Bien que les instruments employés ne soient pas nécessairement identiques à ceux qui concernent le travailleur, les démarches empruntées sont comparables.

¹⁰⁷³ Accord signé par les partenaires sociaux européens (CES, UNICE et CEEP) le 16 juillet 2002. On entend par télétravail, selon la définition de l'accord, « une forme d'organisation d'un travail qui aurait pu être réalisé dans les locaux de l'entreprise ».

¹⁰⁷⁴ Déclarations d' Anna Diamantopoulou, Commissaire chargée de l'emploi et des affaires sociales, à l'occasion de la signature de l'accord, IP 02/1057 du 16 juillet 2002.

¹⁰⁷⁵ Accord cadre européen sur le stress au travail, signé par les partenaires sociaux le 8 octobre 2004.

¹⁰⁷⁶ Accord cadre européen sur les marchés du travail inclusifs, signé par les partenaires sociaux le 25 mars 2010.

237. Le recours à des recommandations- On note ainsi que les recommandations occupent une place importante dans la réalisation des politiques européennes portant sur le consommateur. Si, selon les Traités¹⁰⁷⁷, elles ne lient pas ses destinataires en ce qui concerne les résultats à atteindre mais demandent leur coopération sur une base volontaire, les recommandations devraient « constituer un bon moyen de leur permettre d'adopter, le cas échéant, les dispositions appropriées »¹⁰⁷⁸. L'objectif visé par la recommandation est alors d'inciter les Etats membres – qui sont ses principaux destinataires – à suivre les lignes de conduite suggérées par celle-ci¹⁰⁷⁹. En dépit de leur caractère assez général et l'absence de force obligatoire, certains auteurs notent que la manière dont les recommandations de la Commission sont souvent rédigées – comportant notamment des considérants et des conclusions – démontre éventuellement une attente de la part des instances européennes que les recommandations soient suivies ou transposées au niveau national¹⁰⁸⁰. Certaines formulations figurant dans les recommandations sont, d'ailleurs, éloquentes : « La Commission veillera au respect de la présente recommandation et elle en évaluera l'efficacité. En cas de respect insuffisant, elle déterminera s'il convient ou non de proposer des mesures législatives contraignantes » mentionne la recommandation sur l'information précontractuelle dans les contrats de prêt au logement¹⁰⁸¹. Il s'agit alors d'une réserve législative, dans le sens où « si, par suite d'une transposition et d'une application insuffisantes, le code n'aboutit pas à un marché transfrontalier transparent dans le secteur des prêts au

¹⁰⁷⁷ V. l'article 288 TFUE.

¹⁰⁷⁸ Recommandation de la Commission 92/48/CEE, du 18 décembre 1991, sur les intermédiaires d'assurances, *JOCE* L 19/32 du 28 janvier 1992, 7^{ème} considérant.

¹⁰⁷⁹ V. parmi d'autres, Linda SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2004, not. p. 162-163; Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, *op. cit.*, not. p. 86-91.

¹⁰⁸⁰ Linda SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, *op. cit.*, p. 164: «Although on the one hand it may be acknowledged that the recommendation has no binding force, on the other hand there may be the expectation that it will be implemented and complied with, and its application monitored».

¹⁰⁸¹ Recommandation de la Commission du 1er mars 2001 relative à l'information précontractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement, *JOCE* L 69/ 25 du 10 mars 2001, considérant (7).

logement, la Commission se verra contrainte de présenter une proposition d'acte législatif »¹⁰⁸².

238. Les codes de conduite– Cette recommandation relative à l'information précontractuelle dans les contrats de prêt au logement conclus pour un consommateur, constitue un bel exemple de mise en place d'instruments de droit souple dans le domaine du droit de la consommation, étant donné que les négociations entamées par la Commission en la matière ont donné lieu pour la première fois à la conclusion, au niveau européen, d'un accord sur un code de conduite volontaire (entre des associations européennes dans le secteur du crédit, d'une part, et les associations de consommateurs, d'autre part), concernant la normalisation des informations à fournir aux consommateurs avant la conclusion de contrats¹⁰⁸³. Les établissements de crédit qui ont adhéré à l'accord se sont alors engagés à fournir au consommateur « des informations de caractère général sur les prêts au logement proposés, au stade précontractuel » ainsi que « des informations personnalisées présentées sous la forme d'une "fiche européenne d'information standardisée" »¹⁰⁸⁴.

La recommandation sur les codes de conduite pour la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance¹⁰⁸⁵ est une autre illustration intéressante : les instances européennes ont, en effet, combiné un instrument de droit souple – la recommandation – avec un instrument de *hard law* – en l'occurrence la directive 97/7/CE sur les contrats négociés à distance¹⁰⁸⁶, en « considérant qu'il est souhaitable que ces règles de bases contraignantes soient complétées par des dispositions volontaires des professionnels prenant la forme de

¹⁰⁸² V. l'exposé des motifs de la Résolution du Parlement européen sur la recommandation de la Commission relative à l'information précontractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement C5-0256/2001 – 2001/2121(COS).

¹⁰⁸³ Accord européen sur un code de conduite volontaire relatif à l'information précontractuelle concernant les prêts au logement, conclu le 5 mars 2001, disponible sur le site internet de la direction générale «Marché intérieur», http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/agreement_fr.pdf (consulté le 19.10.2014).

¹⁰⁸⁴ *Idem*.

¹⁰⁸⁵ Recommandation de la Commission 92/295/CEE du 7 avril 1992 concernant des codes de conduite pour la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance, *JOCE* n° L 156/21 du 10 juin 1992.

¹⁰⁸⁶ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997, précitée.

codes de conduite »¹⁰⁸⁷. La Commission recommande ainsi aux organisations professionnelles de fournisseurs « de se doter de codes de conduite, ayant notamment pour objet de préciser suivant les secteurs concernés ou les techniques utilisées, les règles minimales contenues dans la directive concernant les « contrats négociés à distance »; d'insérer dans ces codes des dispositions concernant notamment les points repris figurant à l'annexe; de veiller à ce que leurs membres respectent ces codes; d'informer la Commission [...] ». Toutefois, étant donné que cinq ans se sont écoulés entre la publication de la recommandation et l'adoption de la directive, certains auteurs ont tendance à déduire que « l'affection que portent les autorités communautaires à cet instrument non obligatoire qu'est la recommandation ne résulte pas d'une volonté réelle d'opter pour la forme incitative et n'[est] au contraire qu'une solution ponctuelle ou transitoire »¹⁰⁸⁸.

239. Le recours à des instruments normatifs souples, un bilan mitigé- En dépit de leur importance considérable pour l'évolution du modèle européen du travailleur et du consommateur, les outils de droit souple ne peuvent pas constituer la seule voie d'intégration européenne. « Il semble [...] difficile de considérer que les mécanismes de *soft law* doivent remplacer ceux de *hard law*, surtout lorsque l'on se place sur le terrain de la protection sociale des travailleurs ». Voilà ce qu'explique Madame Marie-Ange Moreau¹⁰⁸⁹ à propos des travailleurs mais sa remarque est tout à fait valable pour les consommateurs. Cette image plutôt mitigée ressort de la communication de la Commission européenne qui a évalué les cinq premières années d'application de la Stratégie coordonnée pour l'emploi¹⁰⁹⁰. Bien qu'elle semble tolérer les divergences des systèmes nationaux et qu'elle ait constitué le déclencheur des réformes des législations nationales, la Stratégie n'a pourtant pas conduit à un rapprochement des droits nationaux, surtout à cause des évolutions et des choix

¹⁰⁸⁷ *Idem*, considérant (8) repris par la directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, précitée, considérant (18).

¹⁰⁸⁸ Ève TRUILHE-MARENGO, *Vers un droit communautaire des contrats*, op. cit., p. 574.

¹⁰⁸⁹ Marie-Ange MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontation et mutations*, Paris, Dalloz, 2006, p. 165.

¹⁰⁹⁰ Communication de la Commission, « Bilan de cinq années de stratégie européenne pour l'emploi », COM (2002), 416 final du 17 juillet 2002.

politiques au niveau national¹⁰⁹¹. Dans le même esprit, le Livre vert de la Commission sur la protection des consommateurs qualifie de « mitigés » les résultats obtenus de l'autorégulation en matière de protection du consommateur : « Bien que les codes de conduite soient évoqués de manière spécifique dans certains textes législatifs communautaires, ils n'ont pas pu exploiter complètement leur potentiel au niveau de l'Union en raison du degré de diversité des ordres juridiques nationaux. En outre, d'autres problèmes se posent en raison de l'incertitude du statut des engagements pris dans des codes et de leur caractère exécutoire »¹⁰⁹².

2. Des propositions de remplacement des méthodes contraignantes par des voies alternatives

240. La théorie de la concurrence des systèmes juridiques nationaux-

Parallèlement au développement des outils de droit souple, visant à remplacer ou plutôt à compléter l'harmonisation des droits nationaux, une nouvelle approche de l'intégration européenne a commencé à faire ses premiers pas, au niveau de la doctrine¹⁰⁹³ (dans un premier temps), pour arriver ensuite au niveau des instances européennes¹⁰⁹⁴. Il s'agit, en effet, d'une idée influencée par l'Ecole américaine d'analyse économique du droit¹⁰⁹⁵ qui met en avant la concurrence entre les différents systèmes juridiques nationaux en rapport avec le fonctionnement du marché¹⁰⁹⁶. Le résultat de cette concurrence pourrait être à terme l'émergence d'un

¹⁰⁹¹ Stamatina YANNAKOUROU, « Η επίδραση της Ευρωπαϊκής Στρατηγικής για την απασχόληση στην εξέλιξη του Εργατικού Δικαίου » (L'influence de la Stratégie européenne pour l'emploi sur l'évolution du droit du travail), *EErgD*, 2005, p. 204 et s.

¹⁰⁹² Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, COM (2001) 531, du 05 octobre 2001, p. 6.

¹⁰⁹³ V. à titre indicatif Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, «Quelles méthodes pour quelle Europe?», in Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Dalloz, Paris, 2008, p. 189-198, not. p. 192 ; Jean-Sylvestre BERGE, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *op. cit.*

¹⁰⁹⁴ V. le Livre vert de la Commission européenne relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM (2010) 348 du 1^{er} juillet 2010, not. p. 10 ; v. aussi la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final du 11 octobre 2011.

¹⁰⁹⁵ Sur cette approche qui fait l'objet d'une très riche bibliographie v. notamment le célèbre ouvrage du Juge Richard A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, Aspen casebooks series, 8^{ème} édition, 2011.

¹⁰⁹⁶ V. notamment Horatia MUIR-WATT, « Aspects économiques du droit international privé (l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, t. 307, 2004, p. 27-380 ; ainsi que Horatia MUIR-WATT,

29^{ème} régime juridique qui jouera *de facto* le rôle d'un système commun au niveau européen. Plutôt que de rentrer dans la dichotomie entre le droit impératif et le droit supplétif ou souple, cette approche de « paradigme concurrentiel »¹⁰⁹⁷ propose alors une voie totalement « hybride », où la gestion de la divergence des systèmes nationaux est le résultat du fonctionnement du marché et de la concurrence législative. C'est pour cette raison qu'elle est considérée comme un mode alternatif de régulation, alors que certains auteurs parlent d'un monde « Post-Regulateur »¹⁰⁹⁸, dans le sens d'une remise en question du pouvoir législatif traditionnel accordé aux Etats et d'une régulation émanant des décisions des acteurs du marché. Traduite dans un langage plus « continental » ou moins économique, cette théorie implique l'attribution d'un rôle primordial à l'autonomie de la volonté des parties au contrat, qu'il s'agisse du travailleur ou du consommateur ou bien, le plus souvent, de l'employeur ou du professionnel. « L'autonomie de la volonté est également utilisée par l'ordre communautaire, en l'absence de volonté en faveur d'un modèle communautaire qui serait unique, pour mettre en concurrence un modèle communautaire avec les modèles nationaux » remarque à ce titre Madame Sylvaine Poillot-Peruzzetto¹⁰⁹⁹.

241. La mise en place d'un système optionnel- En pratique, les premières semences de cette approche peuvent être perçues dans le Règlement (CE) 593/2008 (dit Règlement Rome I)¹¹⁰⁰ sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Son article 3 §2 permet aux parties de « convenir, à tout moment, de faire régir le contrat par une loi autre que celle qui le régissait auparavant soit en vertu d'un choix antérieur [...] selon le présent article, soit en vertu d'autres dispositions du présent règlement ». Par ailleurs, ses considérants mettent en exergue la liberté des parties de choisir le droit applicable, qui « devrait constituer l'une des pierres angulaires du

« Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in *Le droit international : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 615-633.

¹⁰⁹⁷ Wolfgang KERBER fait référence à un "competition paradigm", v. Wolfgang KERBER, "Interjurisdictional Competition within the European Union", *Fordham International Law Journal*, vol. 23, 2000, p. 217-249.

¹⁰⁹⁸ V. Julia BLACK, « Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a Post-Regulatory World », *Current Legal Problems*, vol. 54, 2001, p. 103-146.

¹⁰⁹⁹ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Quelles méthodes pour quelle Europe? », *op. cit.*, p. 192.

¹¹⁰⁰ Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *JOCE* n° L177 du 4.7.2008, p. 6-16.

système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles »¹¹⁰¹ tout en précisant que les parties peuvent également choisir « un droit non étatique ou une convention internationale »¹¹⁰². Les principes d'Unidroit ou éventuellement un système optionnel européen, comme le Cadre commun de référence¹¹⁰³, pourraient ainsi être choisis comme lois applicables.

242. Le Cadre commun de référence– Dans ce contexte, un débat plus concret a surgi au sein des instances européennes concernant la possibilité d'utiliser, en tant que régime optionnel des relations contractuelles, un 29^{ème} système juridique, qui serait celui prévu par le Cadre commun de référence¹¹⁰⁴. Discutée au sein du Parlement européen¹¹⁰⁵, cette idée s'est concrétisée en 2010 dans le Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises¹¹⁰⁶. Publié dans le cadre du plan d'action visant à résoudre les problèmes créés par la diversité des droits nationaux des contrats, le Livre vert récapitule les options législatives ouvertes aux instances européennes en ce qui concerne la forme que le futur instrument européen pourrait revêtir. Entre la simple publication des résultats du groupe d'experts et l'adoption d'un règlement instituant un code civil européen, la 4^{ème} option proposée consiste à « créer un instrument facultatif, qui serait conçu comme un «second régime» dans chaque État membre, offrant ainsi aux parties la possibilité de choisir entre deux régimes de droit interne des contrats ».

¹¹⁰¹ *Idem*, considérant (11).

¹¹⁰² *Idem*, considérant (13).

¹¹⁰³ V. à cet égard le Plan d'action de la Commission pour un droit européen des contrats plus cohérent du 12 février 2003, COM (2003). La version française du projet de Cadre commun de référence est disponible sur le site internet http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_fr.pdf (version du 15 mai 2012, consultée le 19.10.14).

¹¹⁰⁴ Pour une analyse du champ d'application de ce régime optionnel ainsi que des objectifs poursuivis par les instances européennes, v. Dirk STAUDENMAYER, « European Contract Law – What Does it mean and what it does not mean? » in Stefan VOGENAUER & Stephen WEATHERILL (eds), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 235-244.

¹¹⁰⁵ V. l'étude rédigée par Martijn W. HESSELINK, Jacobien W. RUTGERS & Tim Q. DE BOOYS, *The legal basis for an optional instrument of European contract law*, Short study, European Parliament, Directorate General Internal Policies of the Union, Policy Department C, Citizens' Right and Constitutional Affairs, Legal Affairs, février 2008, PE 393.280, disponible sur le site internet http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1091119 (consulté le 19.10.2014).

¹¹⁰⁶ Livre vert relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises du 1^{er} juillet 2010, COM (2010) 348 final.

« Tant qu'il n'existera aucune codification exhaustive ou qu'elle ne sera pas souhaitable, la seule possibilité sera d'élaborer ce que l'on nomme des « Instruments optionnels » remarque Monsieur Hans Schulte-Nölke¹¹⁰⁷, considéré comme un des « pères fondateurs » de ce régime optionnel. Il s'agirait d'un régime qui n'aurait pas vocation à se substituer aux systèmes nationaux mais coexisterait avec ces derniers, en quelque sorte « comme une solution de rechange »¹¹⁰⁸. Selon la Commission, cet « instrument facultatif pourrait ainsi constituer une alternative à l'harmonisation complète des législations nationales, en offrant une solution proportionnée pour éliminer les entraves existant sur le marché intérieur en raison des divergences entre les droits nationaux des contrats »¹¹⁰⁹. En pratique, lors de la conclusion d'un contrat transfrontalier, les contractants auraient la possibilité d'opter pour ce régime contractuel en appuyant sur une icône bleue présente sur leur écran et avertissant le consommateur que le contrat ne relèverait plus du droit qui aurait été applicable en vertu des règles de conflit de lois mais du droit européen de la vente; c'est pour cette raison qu'on appelle communément ce régime le « bouton bleu » (*blue button*)¹¹¹⁰. « Le " bouton bleu " pourrait être représenté par le drapeau européen, bleu avec 12 étoiles, et être éventuellement accompagné d'une mention du type " vente soumise au droit communautaire" »¹¹¹¹. Les parties auraient également la possibilité de « contractualiser » certaines ou la totalité des dispositions du 29^{ème} régime, en les transformant en clauses contractuelles¹¹¹². Cette alternative peut paraître séduisante,

¹¹⁰⁷ Hans SCHULTE-NÖLKE, « La formation du contrat en droit communautaire. Du cadre commun de référence au « bouton bleu » », in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD & André PRÜM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Société de Législation Comparée, Paris, LGDJ, 2008, p. 125-146, not. p. 144.

¹¹⁰⁸ V. l'avis du Comité économique et social européen sur le thème « Le 28^e régime - une option pour moins légiférer au niveau communautaire », INT/499 (rapporteur M. PEGADO LIZ) en date du 27.5.2010.

¹¹⁰⁹ COM (2010), 348 final précité, p. 10.

¹¹¹⁰ L'idée est attribuée au professeur Hans Schulte-Nölke, qui avait participé au Groupe d'Experts constitué par la Commission dont l'objectif était d'effectuer l'étude de faisabilité du projet. V. Viviane REDING, « The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », Keynote Speech at the Conference "Towards a European Contract Law" co-organisé par le Centre d'études de droit de la consommation de l'Université catholique de Louvain et le centre de Droit privé européen de l'Université de Münster, Louvain, 3 juin 2011, p.8.

¹¹¹¹ Hans SCHULTE-NÖLKE, « La formation du contrat en droit communautaire. Du cadre commun de référence au « bouton bleu » », *op. cit.*, p. 145.

¹¹¹² Pour une analyse détaillée du régime optionnel ainsi que de ses relations avec les droits nationaux, v. la note sur la « Relation d'un instrument optionnel avec les lois nationales », rédigée par Martine BEHAR-TOUCHAIS pour la Direction générale des politiques internes (affaires juridiques) du Parlement européen, en octobre 2010, PE 425.645, disponible sur le site internet du Parlement européen, <http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/users/emartinezdealos>

dans la mesure où elle pourrait permettre de faire une expérimentation « d'un contrat européen relevant d'un 28^{ème} droit »¹¹¹³ et constituer une alternative au projet d'un Code civil européen qui avait suscité la polémique au sein de la doctrine européenne mais aussi des Etats membres; il n'en demeure pas moins un facteur de complication qui s'ajouterait à un environnement juridique européen qui est loin d'être simple¹¹¹⁴.

243. La proposition de règlement sur un droit européen de la vente– La publication par la Commission d'une Proposition de Règlement sur un droit européen de la vente¹¹¹⁵ fut le dernier épisode¹¹¹⁶ du feuilleton «régime optionnel – droit européen des contrats ». Cette proposition a, en effet, pour objet « l'élaboration d'un corps autonome et uniforme de règles en matière contractuelle comprenant des dispositions destinées à protéger les consommateurs, le droit commun européen de la vente, qui sera considéré comme un second régime de droit contractuel au sein du droit national de chaque État membre »¹¹¹⁷. La particularité du règlement proposé réside dans le fait que si les parties choisissent de soumettre leur contrat au régime optionnel « ses dispositions seront les seules règles nationales applicables pour les matières relevant de son champ d'application, auquel cas, aucune autre règle nationale ne pourra s'appliquer »¹¹¹⁸. Il s'agit alors d'un choix « entre deux corps

moner/public/Behar-Touchais%20FR.pdf (consulté le 19.10.2014). V. également la note du Réseau européen d'experts en droit « TRANS EUROPE EXPERTS » (rédigée par Carole AUBERT de VINCELLES, Anne DANIS-FATÔME, Olivier DESHAYES et Laurence USUNIER et intitulée « Réponse au Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises du 1er juillet 2010 », disponible sur le site internet http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0052/contributions/19_fr.pdf (consulté le 20.10.2014).

¹¹¹³ V. Assemblée nationale, rapport d'information n°2099 du 25 novembre 2009 de la Commission des affaires européennes, présidée par Mme Marietta Karamanli sur les droits des consommateurs, p. 65.

¹¹¹⁴ D'ailleurs, la Commission reconnaît elle-même, dans ledit Livre vert, ce désavantage du régime optionnel, en avouant qu' « on pourrait reprocher à un instrument européen facultatif de rendre l'environnement juridique plus complexe. L'adjonction d'un régime parallèle ne simplifierait nullement ce dernier, bien au contraire, de sorte que des informations précises devraient être données aux consommateurs pour leur permettre de comprendre leurs droits et d'agir en toute connaissance de cause s'ils décidaient de conclure un contrat sur le fondement de cet instrument facultatif ».

¹¹¹⁵ Proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final du 11 octobre 2011.

¹¹¹⁶ Il faut noter la réaction du Parlement européen qui, en réponse au Livre vert publié par la Commission, avait adopté une Résolution par laquelle il reconnaissait « la nécessité de progresser davantage dans le domaine du droit des contrats et privilégie, parmi les diverses options, l'option 4 consistant à instituer un instrument facultatif au moyen d'un règlement », v. Résolution du Parlement européen du 8 juin 2011 sur les actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (2011/2013(INI)).

¹¹¹⁷ COM (2011)635 précité, p. 4.

¹¹¹⁸ *Idem*, p. 7.

distincts de règles sur la vente existant au sein du même droit national »¹¹¹⁹ et, en ce sens, ce mécanisme se différencie du droit applicable au sens des règles de droit international privé. En même temps, le système proposé reflète la logique de la concurrence des droits, dans la mesure où son adoption à long terme dépendra directement de son succès auprès des opérateurs du marché¹¹²⁰. Toutefois, l'existence d'un tel régime optionnel aurait pour conséquence de contourner l'obligation prévue par les règles européennes de conflits de lois empêchant de priver le consommateur de la protection qui lui est garantie par le droit national¹¹²¹. Or, une telle démarche présuppose une équivalence de protection accordée par le régime optionnel et les droits des Etats membres, ce qui est loin d'être le cas. C'est en grande partie en raison de ces particularités que la proposition de Règlement qui est en cours de discussion au sein du Parlement et du Conseil européens a reçu un accueil mitigé, voire négatif de la part des Etats membres¹¹²², des parties prenantes¹¹²³ ou de la doctrine¹¹²⁴.

244. La mise en concurrence des législations nationales, corollaire des libertés de circulation ? – Enfin, en dehors du débat autour du Cadre commun de référence ou d'un autre régime optionnel, une partie de la doctrine¹¹²⁵ estime que la logique de la concurrence des droits n'est pas étrangère au système juridique européen qui « s'est pour partie déjà engagé sur la voie d'une telle mise en concurrence des législations nationales », notamment à l'occasion de l'application des libertés de circulation. L'idée est, en effet, qu'en permettant aux personnes, physiques

¹¹¹⁹ *Idem*, p. 8.

¹¹²⁰ V. en ce sens le discours de Viviane Reding, Commissaire européenne en matière de Justice, mentionnant à propos du nouveau régime contractuel optionnel : « *It is also a very pro-competitive way: the optional instrument will only become a success if many businesses and consumers will find it attractive to make use of it for their transactions* ». Viviane REDING, « The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », *op. cit.*, p.7.

¹¹²¹ V. l'art. 6§2 du Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), précité.

¹¹²² V. la réaction du Sénat français qui, sans être totalement hostile, reste mitigé et fait également référence à l'opposition exprimée par d'autres assemblées parlementaires, comme celle d'Autriche, d'Allemagne et du Royaume-Uni. Sénat, Proposition de résolution européenne, présentée au nom de la Commission des affaires européennes, sur le droit commun européen de la vente (Rapporteur M. Alain RICHARD) en date du 23 février 2012.

¹¹²³ V. notamment la prise de position de la Beuc, association européenne des consommateurs, sur la proposition de Règlement, <http://www.beuc.org/publications/2012-00202-01-f.pdf> (consulté le 19.10.2014).

¹¹²⁴ V. à titre d'exemple Jean-Sylvestre BERGE, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *op. cit.*.

¹¹²⁵ V. Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, *op. cit.*, p. 18.

ou morales, de s'installer librement dans n'importe quel Etat membre, le droit de l'Union leur accorde en même temps le droit de choisir le système juridique auquel leur activité sera soumise et, par conséquent, de bénéficier de la concurrence des droits. D'ailleurs, la Cour de Justice a, à plusieurs reprises, affirmé que le choix d'un Etat membre et, partant, d'un système juridique applicable est « inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement »¹¹²⁶.

Ainsi, dans l'arrêt *Centros*, portant sur la liberté d'établissement d'une succursale dans un autre État membre, la Cour avait estimé que « le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement »¹¹²⁷. Dans le même esprit, l'arrêt *Cadbury Schweppes*, concernant les avantages fiscaux obtenus à la suite de l'établissement d'une société filiale dans un Etat autre que la société mère, a énoncé que « le fait qu'un ressortissant communautaire, personne physique ou morale, a entendu profiter de la fiscalité avantageuse en vigueur dans un État membre autre que celui dans lequel il réside n'autorise pas, à lui seul, à le priver de la possibilité d'invoquer les dispositions du traité »¹¹²⁸. De ce point de vue, la mise en concurrence des législations nationales serait « un corollaire de la liberté d'établissement »¹¹²⁹.

Il convient, toutefois, de nuancer ce raisonnement, notamment au vu de l'arrêt *Cartesio*, dans le cadre duquel la Cour de Justice a estimé qu'« un État membre dispose [...] de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national [...]. Cette faculté englobe la possibilité, pour cet État membre, de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle entend se réorganiser dans un autre État membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier, rompant ainsi le lien de rattachement que

¹¹²⁶ CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c/ Erhvervsog Selskabsstyrelsen*, Aff. C-212/97, Rec. I-01459, point 27.

¹¹²⁷ *Ibidem*.

¹¹²⁸ CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c/ Commissioners of Inland Revenue*, Aff. C-196/04, Rec. I-7995, point 36.

¹¹²⁹ Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, op. cit., p. 18.

prévoit le droit national de l'État membre de constitution »¹¹³⁰. Il en résulte que, compte tenu de la diversité nationale en la matière, un Etat membre peut émettre de mesures unilatérales qui restreignent la liberté d'établissement, en encadrant la possibilité d'une personne morale de transférer son siège dans un autre Etat membre, tout en demeurant soumise au droit de son Etat d'origine.

Par ailleurs, des traces de cette conception de concurrence des droits et d'harmonisation des systèmes juridiques nationaux par le jeu du marché peuvent être retrouvées dans de précédentes initiatives législatives de la Commission, même si elles ne faisaient pas à l'époque partie d'une démarche systématique et passaient quasiment inaperçues. Ainsi, dans sa première proposition de directive portant sur la responsabilité du fait des produits défectueux et datant de 1976, la Commission avait considéré que « toutefois, étant donné que le droit à réparation prévu par la présente directive assurera à la victime une protection juridique meilleure dans les droits de tous les Etats membres, *il finira par remplacer de facto* les autres droits éventuels »¹¹³¹. On retrouve alors cette même idée d'un régime juridique qui finit par s'imposer et devenir commun aux Etats membres grâce au jeu du marché. Il convient néanmoins de constater que cette mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux n'a pas, en l'état actuel des choses, abouti à des résultats satisfaisants.

Il est bien évidemment trop tôt pour se prononcer sur le sort de ce mécanisme de concurrence législative qui constitue en soi une innovation méthodologique et conceptuelle indéniable. En dehors de la complexité que son application impliquerait, les réticences soulevées par la doctrine résident également dans la possibilité que cette méthode conduise à un nivellement par le bas de la protection déjà assurée au niveau national et que « le marché intérieur ne devienne aussi le marché du droit »¹¹³². Toutefois, au-delà des considérations concernant la mise en concurrence des droits nationaux, l'application d'un régime optionnel ou l'utilisation d'autres voies de réalisation du modèle européen du travailleur et du consommateur, force est de constater que le trait le plus caractéristique de l'évolution des mécanismes du droit

¹¹³⁰ CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Aff. C-210/06, Rec. I-09641. V. également CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési kft.*, Aff. C-378/10.

¹¹³¹ Proposition de directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, Exposé des motifs, COM (76) 372 final du 23 juillet 1976, p. 20 (nous soulignons).

¹¹³² Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, «Quelles méthodes pour quelle Europe?», *op. cit.*, p. 192.

européen dans les deux matières est sans doute la combinaison et la multiplication des méthodes et des voies empruntées. Les instances européennes tentent, par ce biais, de répondre tant au besoin de protéger efficacement le travailleur et le consommateur qu'à la nécessité de gérer les diversités nationales, quitte à les préserver comme étant parfois culturellement, socialement ou économiquement enrichissantes.

SECTION 2 : LE RÔLE CONFÉRÉ PAR LE DROIT EUROPÉEN AU DROIT NATIONAL

245. Le droit national, complément et corollaire nécessaire du droit européen– La référence au rôle conféré au droit national pourrait, de prime abord, paraître étrange, notamment lorsqu'elle fait partie d'un cheminement qui vise à dresser le modèle européen du consommateur et du travailleur. Néanmoins, un regard plus attentif révèle que la variation du rôle attribué au droit national constitue le corollaire de la diversité des mécanismes empruntés pour la réalisation du modèle européen. En réalité, le droit européen «entend, dans l'exercice des attributions qui lui ont été reconnues par les Etats, assigner un rôle au droit national»¹¹³³.

En effet, d'une part la marge de manœuvre laissée aux systèmes juridiques nationaux est la conséquence directe de l'intensité de l'intervention européenne. Plus les règles adoptées au niveau européen sont contraignantes, moins la diversité nationale est tolérée. D'autre part, le droit national est nécessairement appelé à compléter le modèle européen, étant donné qu'en pratique les conditions juridico-politiques ne permettent dans la majorité des cas que l'adoption des instruments sectoriels et fragmentaires, surtout dans des matières sensibles telles que la protection du consommateur et du travailleur. Les instances nationales – notamment législateur et juge – viennent alors achever l'édifice dont les fondations avaient été posées à Bruxelles.

Toutefois, aussi indispensable soit-il, l'équilibre entre l'efficacité du modèle européen et le rôle accordé au droit national n'est pas toujours facile à obtenir. La marge de manœuvre concédée au législateur national connaît ainsi des fluctuations importantes. Si les premières normes européennes édictées dans les deux matières étaient plutôt détaillées, tout en poursuivant une harmonisation minimale, l'intervention européenne a commencé à laisser une place de plus en plus importante au droit national, avant de tenter de la resserrer, en quête d'un juste milieu et/ou d'une intégration optimale.

Ainsi, les instances européennes préféraient pendant longtemps garantir uniquement un socle de protection minimale garantissant que le consommateur et le

¹¹³³ Jean-Sylvestre BERGE, Présentation de la chronique «Droit européen, Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des Etats membres», *LPA*, 19 mai 2003, n°99, p. 4-5, not. p. 5.

travailleurs pourraient toujours – ou à tout le moins en théorie - bénéficier d'une meilleure protection offerte par le droit national (*Paragraphe I*). Lorsqu'elles ont voulu passer à la vitesse supérieure, à savoir opter pour une harmonisation plus élevée, elles se sont heurtées à des difficultés non seulement de forme comme la méfiance des Etats membres mais surtout de fond et notamment le danger d'un nivellement par le bas (*Paragraphe II*).

Paragraphe I : Une harmonisation garantissant une protection minimale

Le degré d'harmonisation poursuivie par chaque directive est déterminé en fonction tant du fondement juridique que des prescriptions particulières, voire de l'économie de chaque instrument juridique. Dans la majorité des cas, il s'agit d'une harmonisation minimale (1) permettant une protection nationale renforcée (2).

1. Le caractère minimal de l'harmonisation laissant une liberté au droit national

246. Le droit national, complément et corollaire nécessaire du droit européen– Si l'harmonisation des droits nationaux par voie de directive constitue, comme on a démontré¹¹³⁴, le mécanisme de prédilection pour la réalisation du modèle européen du consommateur et du travailleur, il est important de noter que le choix de la directive en tant qu'instrument d'intégration ne préjuge pas en soi de l'intensité normative de l'harmonisation¹¹³⁵. Certes, la directive est censée laisser aux Etats membres une certaine autonomie normative qui est plus ou moins importante en fonction de l'intensité normative de chaque directive. Le législateur national peut alors voir son autonomie réduite en cas d'harmonisation maximale, voire exhaustive. « La notion de marge nationale d'appréciation permet tout un jeu de solutions en vue d'une harmonisation qui peut varier de la presque unification au presque chaos » remarquent Mesdames Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche¹¹³⁶. Par conséquent, l'examen de l'intensité de l'harmonisation ne peut pas être fait de manière générale mais doit être opéré directive par directive, voire disposition par disposition, dans la mesure où une même directive peut comporter des dispositions d'intensités normatives différentes¹¹³⁷.

¹¹³⁴ V. *supra*, sous n° 214 et s.

¹¹³⁵ V. en ce sens Ève TRUILHE-MARENGO, *Vers un droit communautaire des contrats*, *op. cit.*, p. 568, point 221.

¹¹³⁶ Mireille DELMAS-MARTY & Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, p. 753-780, not. p. 757.

¹¹³⁷ V. en ce sens Jean-Sylvestre BERGE, Présentation de la chronique « Droit européen, le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des Etats membres », *op. cit.*, p. 5.

247. Les différents types d'harmonisation– Il existe, en effet, différents types d'harmonisation laissant plus ou moins de liberté au droit national. Entre harmonisation « minimale », « maximale », « partielle », « totale », « complète » ou encore « exhaustive » et « ciblée », la liste des vocables ne cesse de s'agrandir en même temps que la confusion au sein de la communauté juridique. Il est vrai que l'utilisation de tous ces termes par les instances européennes ne se fait pas toujours de manière très systématique, ce qui accentue davantage la confusion¹¹³⁸.

Si on tente, néanmoins, de dresser une typologie de ces termes, on constate qu'« on est en présence d'une harmonisation totale lorsqu'une directive impose des règles qui se substituent entièrement aux règles nationales existantes en la matière. [...] L'effet d'une telle méthode est de « dessaisir » les Etats membres de leurs compétences dans les secteurs spécifiquement réglementés au niveau communautaire »¹¹³⁹. Les Etats membres ne peuvent alors adopter des règles ni plus strictes ni plus souples que celles contenues dans la directive. Si harmonisation totale et maximale semblent être des termes synonymes, l'harmonisation minimale signifie, au contraire, que les États membres peuvent maintenir ou adopter des règles plus strictes, qui vont au-delà des prescriptions minimales prévues par la directive¹¹⁴⁰. Quant à l'harmonisation complète, elle engloberait la notion d'harmonisation totale¹¹⁴¹ sans pour autant que la différence entre les deux notions ne soit tout à fait claire¹¹⁴². Enfin, lorsque la directive opère une harmonisation exhaustive des

¹¹³⁸ V. en ce sens, Judith ROCHFELD, «Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne. A propos de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 », *D.* 2009, p. 2047-2052, not. p. 2051-2052, § 11.

¹¹³⁹ Alfonso MATTERA, *Le marché unique européen : ses règles, ses fondements*, 1990, Paris, Jupiter, 2^{ème} édition, p. 180.

¹¹⁴⁰ V. à titre d'exemple en ce sens, l'exposé des motifs de la proposition de directive sur les droits des consommateurs, COM (2008) 614 final du 8 octobre 2008, p. 2.

¹¹⁴¹ V. en ce sens, Judith ROCHFELD, «Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne. A propos de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 », *op. cit.*, § 11.

¹¹⁴² Par exemple, selon la définition donnée par la Commission dans la proposition de directive sur les droits des consommateurs, l'harmonisation complète « interdit aux États membres de maintenir ou d'adopter des dispositions s'écarter de la directive ». Elle paraît donc semblable à l'harmonisation totale. V. l'exposé des motifs de la proposition de directive sur les droits des consommateurs, COM (2008) 614 final du 8 octobre 2008, précité, p. 3. La Commission emploie également, dans la même proposition de directive, le terme « harmonisation totale » (v. page 6 et 8), sans qu'il y ait une raison justifiant le changement terminologique. D'ailleurs, si on compare la version française du texte avec la version anglaise (qui avait servi d'original pour la proposition en question), on remarque que la version anglaise du texte ne différencie pas les deux termes (harmonisation complète et totale) mais se contente de l'expression « *full harmonisation* ». Néanmoins, dans ses conclusions rendues à l'occasion d'une affaire portant sur la directive 2005/29/CE, relative aux pratiques commerciales déloyales,

législations nationales «elle exclut tout recours à une réglementation nationale qui ne serait pas prévue par la directive»¹¹⁴³. Cela signifie que le législateur national ne peut intervenir au-delà de ce qui est prévu par la directive, même lorsqu'il s'agit des domaines qui ne sont pas couverts par le champ d'application de cette dernière. Les prévisions de la directive circonscrivent, en quelque sorte, «un espace dans lequel les États membres ont interdiction d'agir»¹¹⁴⁴ et c'est en ce sens qu'on considère que l'harmonisation est exhaustive¹¹⁴⁵. En revanche, l'harmonisation serait partielle lorsque «le législateur communautaire ne régleme que certains éléments de la

l'Avocat général de la Cour de Justice se réfère à «l'harmonisation complète et maximale réalisée avec la directive 2005/29», ce qui laisse à penser que les deux termes ne sont pas tout à fait identiques. V. les conclusions de l'Avocat général, Mme Verica Trstenjak, présentées le 6 septembre 2012, dans le cadre de l'affaire *Georg Köck c/ Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, C-206/11, point 94.

¹¹⁴³ CJCE, 15 juillet 1982, *Commission c/ Royaume Uni*, aff. 40/82, *Rec.* 2793, point 7. La notion d'harmonisation exhaustive ressort aussi des conclusions de l'Avocat général M. Yves Bot, présentées le 24 mai 2007, dans le cadre de l'affaire *Staat der Nederlanden c/ Antroposana, Patiëntenvereniging voor Antroposofische Gezondheidszorg et autres*, C-84/06, point 3: «La problématique que soulève ce renvoi préjudiciel est celle de savoir si la directive 2001/83 doit être considérée comme ayant procédé à une harmonisation exhaustive des procédures nationales d'autorisation et d'enregistrement des médicaments à usage humain en vue de leur mise sur le marché dans les États membres ou bien, au contraire, si cette directive ne constitue qu'une étape dans la voie de l'harmonisation qui laisse encore la porte ouverte à des procédures nationales distinctes couvrant des catégories de médicaments non prévues par ladite directive». V. également sur la question, Judith ROCHFELD, «Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne. A propos de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009», *op. cit.*, paragraphe 11.

¹¹⁴⁴ Conclusions de l'Avocat général M. Pedro Cruz Villalón, présentées le 19 décembre 2012, dans le cadre de l'affaire *Commission Européenne c/ France*, C-216/11, point 49.

¹¹⁴⁵ Il n'est pas rare, toutefois, que les termes harmonisation complète et exhaustive soient employés indifféremment. V. à cet égard les conclusions de l'Avocat général M. Yves Bot, présentées dans l'affaire *Antroposana e.a.*, précitées «La démarche consistant à vérifier si la directive 2001/83 a prévu une *harmonisation exhaustive* ne peut être entreprise que domaine par domaine et non de façon générale. Il n'est dès lors pas pertinent d'invoquer, comme le font les défenderesses au soutien de leur thèse, la jurisprudence dans laquelle la Cour a, notamment, constaté que «la vente de médicaments aux consommateurs finals ne fait pas l'objet d'une *harmonisation communautaire complète*» [arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband* (C-322/01, *Rec.* I-14887, point 102)] », note de bas de page 25 (nous soulignons). V. également les conclusions de l'Avocat général Mme Verica Trstenjak, présentées le 21 octobre 2008, dans le cadre des affaires jointes *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma MagazinesBelgium NV*, C-261/07 et C-299/07, *Rec.* I-02949: «L'objectif d'une réglementation exhaustive et maximale au niveau communautaire dans le domaine de vie visé par le champ d'application de la directive 2005/29 apparaît clairement dans les quatorzième et quinzième considérants de cette directive, qui mentionnent une *harmonisation complète*. Cela résulte, en outre, de la clause de marché intérieur de l'article 4 de la directive 2005/29, qui prévoit que les États membres ne restreignent ni la libre prestation de services ni la libre circulation des marchandises pour des raisons relevant du domaine dans lequel cette directive vise au *rapprochement* des dispositions en vigueur », point 76 (souligné par la Cour).

matière qui lui est soumise. Les Etats membres conservent donc leurs compétences dans les domaines non harmonisés »¹¹⁴⁶.

248. Le caractère minimal de l'harmonisation poursuivie en matière de protection du consommateur et du travailleur- L'intensité de l'harmonisation présente des caractéristiques communes en matière de consommation et de travail, dans la mesure où elle est, en principe, minimale. Dans les deux domaines, l'objectif du législateur européen est de garantir un socle minimal de droits au consommateur et au travailleur et de laisser aux Etats membres la possibilité d'adopter et surtout de maintenir des dispositions plus favorables.

249. La polysémie de la notion d'harmonisation minimale- Toutefois, tant le sens que la technique de l'harmonisation minimale peuvent différer selon chaque instrument législatif européen. Autrement dit, le terme « harmonisation minimale » n'a pas toujours la même signification et, partant, ne laisse pas la même marge de manœuvre au droit national. Dans une démarche de schématisation, trois principales techniques d'harmonisation minimale peuvent être évoquées¹¹⁴⁷.

250. L'harmonisation minimale résultant d'une clause expresse- L'harmonisation minimale peut, dans un premier temps, résulter des prescriptions de la directive elle-même. Il s'agit alors de clauses de non régression, permettant expressément au législateur national d'établir ou de maintenir des prescriptions plus favorables au consommateur ou au travailleur¹¹⁴⁸.

251. L'harmonisation minimale résultant de la base juridique- Le choix de la base juridique sur laquelle une directive a été adoptée peut également déterminer le caractère minimal de l'harmonisation poursuivie, même en l'absence d'une clause expresse. Ainsi, en ce qui concerne la protection du travailleur, l'article 153 TFUE prévoit que l'Union peut « par voie de directives, des *prescriptions minimales*

¹¹⁴⁶ Louis DUBOIS & Claude BLUMANN, *Droit matériel de l'Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 5^{ème} édition, 2012, p. 354, n° 653.

¹¹⁴⁷ Pour une analyse approfondie de cette question, v. Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, op. cit., not. p. 589-617.

¹¹⁴⁸ Sur cette question v. *infra* sous n° 257 et s.

applicables progressivement »¹¹⁴⁹. Cela signifie que, même dans le silence des dispositions d'une directive, le choix dudit article en tant que base juridique implique nécessairement le caractère minimal de l'harmonisation poursuivie¹¹⁵⁰. En ce qui concerne la protection du consommateur, il convient de distinguer selon les deux fondements juridiques sur la base desquels l'Union peut légiférer en la matière. En effet, si la directive est adoptée sur la base de l'article 114 TFUE, dans le cadre de la réalisation du marché intérieur, l'harmonisation poursuivie peut être minimale ou maximale. En revanche, lorsque la directive est fondée sur l'article 169 TFUE, l'harmonisation ne peut être que minimale. Cela résulte du paragraphe 3 de ce même article qui dispose que lorsque des mesures législatives sont adoptées sur le fondement de la protection du consommateur, elles « ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes ».

252. L'harmonisation minimale résultant d'un renvoi au droit national-

Enfin, un autre type d'expression du caractère minimal de l'harmonisation et du rôle conféré au droit national peut être relevé dans les cas où la directive renvoie elle-même à l'application de dispositions du droit national, notamment pour compléter le système mis en place par le droit de l'Union. Le domaine des contrats conclus pour le consommateur et le travailleur est riche d'exemples de tels renvois, justifiés en grande partie par l'absence au niveau européen d'un tronc commun de règles régissant les relations contractuelles. Ainsi, la directive 94/47/CE, du 26 octobre 1994, concernant l'utilisation à temps partiel de biens immobiliers énonce qu'il appartient aux États membres d'arrêter des mesures visant à assurer l'accomplissement des obligations du vendeur alors que la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 dispose, en son article 4, que « les États membres veillent à ce que leur législation nationale prévoit des mesures appropriées visant à protéger le consommateur lorsque l'information visée au présent article n'est pas fournie ». En ce qui concerne la protection du travailleur, l'exemple le plus illustratif est sans doute le cas de la directive 96/71/CE sur le détachement des travailleurs¹¹⁵¹. Ayant comme

¹¹⁴⁹ Article 153 §2 b) TFUE.

¹¹⁵⁰ Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, op. cit., not. p. 592.

¹¹⁵¹ Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOCE* n° L 018 du 21/01/1997 p. 0001 – 0006.

base juridique les articles 57§2 et 66 TCE, à savoir les libertés de circulation, la directive ne fait pas partie de la politique sociale de l'Union et vise à garantir aux travailleurs détachés un noyau dur de protection impérative, prévu par le droit national. Dans ce contexte, la directive prévoit que ses dispositions « ne font pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs »¹¹⁵².

253. Les raisons justifiant le recours à l'harmonisation minimale dans les deux matières considérées- Le caractère minimal de l'harmonisation constitue un choix normatif motivé par trois raisons principales auxquelles on a déjà eu l'occasion de faire allusion : il s'agit, tout d'abord, des objectifs poursuivis par l'Union, dans le sens où le législateur européen ne s'intéresse au consommateur et au travailleur, au moins initialement, que de manière incidente, l'objectif principal étant le libre fonctionnement du marché intérieur.

Ensuite, l'harmonisation trouve sa raison dans l'hétérogénéité des droits nationaux dont les dispositions présentent une diversité tellement importante qu'il est difficile de mener à bien des projets uniformisateurs. « En l'état actuel des législations nationales, seule une harmonisation partielle est envisageable »¹¹⁵³ mentionnent les considérants de la directive sur les clauses abusives afin d'expliquer pourquoi seules les clauses contractuelles n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle rentrent dans le champ d'application de la directive. Cette hétérogénéité se reflète également dans l'avis du Comité économique et social relatif à la proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation qui constate qu'« une harmonisation des dispositions juridiques via une directive au titre de l'article 100 A du Traité CE est indispensable [...]. Ce faisant, il faut veiller à ne pas perdre de vue que les règles de droit privé des Etats membres se recouvrent certes sur beaucoup de points mais reposent, dans certains cas, *sur des conceptions totalement divergentes*. Il n'apparaît donc *guère raisonnable de viser à une harmonisation totale* [...] qui n'est d'ailleurs pas nécessaire pour atteindre l'objectif assigné : fournir au consommateur *un socle minimal* de droits. Le Comité estime donc

¹¹⁵² Article 3 §7 de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996, précitée.

¹¹⁵³ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, précitée, considérant (12).

lui aussi que *l'harmonisation doit rester limitée aux aspects fondamentaux* de la garantie légale, d'autant qu'ils ne peuvent être abordés efficacement ni par le truchement du droit privé international, ni par le biais d'instruments non contraignants, tels que les recommandations ou les codes de bonne conduite »¹¹⁵⁴. Garantir un socle minimal de protection au niveau européen et éviter des interventions législatives susceptibles de provoquer un grand bouleversement des droits nationaux constitue alors un moyen de gérer cette diversité nationale. « Le Comité a préconisé une harmonisation progressive, fondée sur un socle communautaire minimal. Il a notamment fait valoir qu'il convenait de ne pas démanteler ou édulcorer des dispositions propres à certains Etats. Il se félicite dès lors de ce que la Commission ait opté pour une démarche proposant une directive minimale et non une harmonisation totale », ajoute le Comité économique et social¹¹⁵⁵.

Le dernier élément déterminant, intimement lié à la diversité des droits nationaux, est à rechercher dans le fort caractère national des deux matières qui sont culturellement, socialement et historiquement situées. L'adoption des règles européennes dans les deux matières implique des compromis, notamment avec les acteurs économiques mais aussi sociaux, qui sont difficiles à concevoir au niveau national. Elle peut, par ailleurs, exiger des changements structurels du droit national que les Etats ne sont pas toujours prêts à accepter. C'est, par exemple, la raison pour laquelle le Royaume Uni n'a pas appliqué, pendant des années, les règles européennes en matière de politique sociale. Les compromis politiques deviennent donc difficiles à atteindre. « Nous sommes toutefois très loin d'une harmonisation générale. Les temps ne sont pas mûrs pour un rapprochement ou une unification des législations nationales sur l'ensemble des obligations contractuelles ou quasi contractuelles, ni même sur le domaine limité de la vente de biens et de la fourniture de services » constate la Commission à l'occasion des négociations sur les clauses abusives. Elle prône alors l'adoption d'une solution minimale : « le mieux que la Communauté européenne puisse faire dans ce domaine important du droit pour progresser vers

¹¹⁵⁴ Avis du Comité économique et social sur la « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation » du 27 novembre 1997, CES 1387/96 – 96/0161 COD E-LA/jd, p. 4-5, point 2.2.

¹¹⁵⁵ *Idem*, point 3.2.

une solution au problème [...] est : - d'éliminer les clauses abusives [...] - de déterminer les obligations minimales que le consommateur devrait, dans chaque Etat membre, pouvoir raisonnablement imposer à la personne qui lui vend des biens ou lui fournit des services »¹¹⁵⁶.

Il ne faut pas, d'ailleurs, perdre de vue que chaque modification des droits nationaux implique pour les Etats membres des coûts, politiques d'abord mais aussi financiers. Par conséquent, la Commission, et surtout le Conseil, préfèrent avancer par petits pas, quitte parfois à diminuer le niveau de protection assuré par le droit européen ou d'exclure certains aspects du domaine en question du champ d'application des propositions législatives. C'est souvent le Parlement européen qui, traditionnellement très favorable à la garantie d'un niveau de protection élevé du consommateur et du travailleur, déplore l'intensité minimale de l'harmonisation: « l'on comprend assurément que la Commission entende éviter d'imposer aux Etats membres de modifier dans une mesure trop considérable leur législation en matière de contrats négociés par démarchage à domicile »¹¹⁵⁷, constate-il à propos de la possibilité des Etats d'interdire totalement l'engagement des négociations d'un contrat par démarchage à domicile. On retrouve les mêmes problématiques en ce qui concerne le travailleur : «Le Parlement européen [...] regrette particulièrement que la Commission ait pris pour base de ce rapprochement des normes minimales, alors que l'article 117 du Traité instituant la CEE assigne clairement pour tâche à la Communauté de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre, permettant leur égalisation "dans le progrès" »¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁶ Proposition de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, COM (90) 322 final – SYN 285 du 3 septembre 1990, p. 13.

¹¹⁵⁷ Rapport du Parlement Européen sur la proposition de directive sur la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, doc. 227/77 du 29 août 1977 (rapporteur M. James Spicer), p. 22

¹¹⁵⁸ Parlement européen, Documents de séance 1978-1979, Rapport du 12 janvier 1979 (Commission des affaires sociales, de l'emploi et de l'éducation) sur la proposition de la Commission relative à une directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, Doc. 552/78, p. 5.

2. La marge accordée au droit national¹¹⁵⁹ garantissant une protection minimale

254. Les clauses de faveur– On vient de le constater, le modèle européen du travailleur et du consommateur est, dans sa quasi-totalité, élaboré par le biais de directives d'harmonisation minimale. Une des techniques les plus couramment utilisées afin d'aboutir à cette harmonisation est celle des clauses minimales, appelées également clauses d'ouverture, ou clauses de faveur¹¹⁶⁰. Ces clauses accordent au législateur national la possibilité d'adopter ou maintenir, dans le domaine régi par la directive en question, des dispositions plus strictes afin de garantir au consommateur ou au travailleur un niveau de protection plus élevée. Elles réservent, ainsi, une compétence en faveur du législateur national¹¹⁶¹, ce qui est tout à fait compatible avec le principe de la répartition des compétences, étant donné que les deux domaines considérés relèvent de compétences partagées.

Par ailleurs, il résulte des précisions terminologiques exposées ci-dessus¹¹⁶² que les clauses de faveur ne concernent que les domaines qui relèvent du champ d'application de la directive. La question de savoir si un Etat membre est libre de légiférer dans les domaines qui ne sont pas couverts par la directive n'est pas liée au caractère minimal ou total de la directive mais au caractère exhaustif ou non de l'harmonisation visée. Ainsi, selon la Cour de Justice, une directive opérant une harmonisation minimale peut comporter des « aspects ponctuels d'une harmonisation exhaustive » qui empêcheraient les Etats membres de légiférer en la matière¹¹⁶³.

¹¹⁵⁹ Sur la notion de la marge d'appréciation accordée au droit national v. Mireille DELMAS-MARTY & Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, p. 753-780.

¹¹⁶⁰ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union Européenne*, 2^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2014, p. 140-141.

¹¹⁶¹ Il s'agit, en effet, de « clauses de réserve de compétence nationale ». V. Aurélie THIERIET-DUQUESNE, « Les limites de l'harmonisation totale » in « Approche critique du vocabulaire juridique européen: l'harmonisation totale, Chronique de droit européen et comparé n° XXIII », *LPA*, 27 avril 2009, n° 83, p. 9-13.

¹¹⁶² V. *supra*, sous n° 246 et s.

¹¹⁶³ V. Les conclusions de l'Avocat général M. Pedro Cruz Villalón, présentées le 19 décembre 2012, dans l'Affaire C216/11, *Commission Européenne c/ France*, qui estime qu'« il convient de souligner d'emblée que la directive 92/12 a réalisé une harmonisation minimale du domaine fiscal, en fixant, néanmoins, certaines limites infranchissables pour les États membres. Dans la mesure où ces limites circonscrivent un espace dans lequel les États membres ont interdiction d'agir, elles peuvent être considérées comme des aspects ponctuels d'une harmonisation exhaustive » (point 49, nous soulignons).

255. Les fondements de la protection nationale renforcée– L'absence de clause minimale ne saurait conduire infailliblement à la conclusion que la directive en question ne permet pas aux Etats d'adopter des règles plus favorables. Même lorsqu'il reste silencieux, le droit européen ne s'oppose pas au progrès social et l'amélioration de la protection des travailleurs ou des consommateurs¹¹⁶⁴. Au contraire une telle approche trouve appui dans le droit primaire. En ce sens, le choix de la base juridique qui, comme démontré ci-dessus, déterminera la marge de manœuvre accordée aux Etats membres. Ainsi, en ce qui concerne le consommateur, l'article 169 TFUE¹¹⁶⁵, prévoit que les mesures adoptées afin d'assurer un niveau de protection élevé pour les consommateurs « ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes. Ces mesures doivent être compatibles avec le présent traité. Elles sont notifiées à la Commission ». Par une disposition analogue¹¹⁶⁶, le même principe est appliqué en matière de protection du travailleur : il s'agit de l'article 153§4 TFUE¹¹⁶⁷, dont le second alinéa dispose que « les dispositions arrêtées en vertu du présent article ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec les traités ». C'est en raison de ces fondements juridiques que les deux domaines considérés relèvent de ce qu'il est d'usage d'appeler « la protection nationale renforcée »¹¹⁶⁸.

Le sens de cette réserve de compétence en faveur du droit national est alors double : d'une part, au moment de la transposition des règles européennes, les mesures nationales plus protectrices du consommateur et du travailleur demeurent applicables. Les Etats membres peuvent également profiter de la transposition pour

¹¹⁶⁴ Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union Européenne, op. cit.*, p. 138. V. également Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français, op. cit.*, p. 93-96 avec des exemples de directives en matière de droit du travail qui ne contiennent pas de clauses minimales.

¹¹⁶⁵ Article 129 A TCEE, devenu l'article 153 TCE.

¹¹⁶⁶ A l'exception peut-être de l'obligation, imposée par l'article 169 TFUE, de notifier les mesures nationales plus strictes à la Commission qui peut y exercer un contrôle alors que les mesures adoptées en matière de protection du travailleur ne sont pas soumises à ce contrôle.

¹¹⁶⁷ Article 118§ 3 TCEE, devenu l'article 137§ 5 TCE. Dans sa rédaction initiale, l'article 118§ 3 TCEE disposait que « les dispositions arrêtées en vertu du présent article ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque Etat membre, de mesures de protection renforcée des conditions de travail compatibles avec le présent traité ».

¹¹⁶⁸ Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français, op. cit.*, not. p. 139-160, qui fait une analyse approfondie du principe de non régression.

établir par cette occasion des règles plus favorables. D'autre part, après la transposition des normes européennes, le législateur national peut continuer à légiférer en la matière si ces règles garantissent une protection plus élevée¹¹⁶⁹.

Il s'agit, en effet, d'un principe qui découle de l'attachement du droit européen tant à la protection des travailleurs et au progrès social, qu'à la promotion des intérêts des consommateurs. L'importance de ces objectifs est d'autant plus accrue qu'ils sont expressément consacrés par le droit primaire. Selon l'article 169 TFUE « afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts ». Quant à son équivalent en matière de protection du travailleur, à savoir l'article 151 TFUE¹¹⁷⁰, il prévoit que « l'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux [...] ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions ».

C'est en mettant en valeur cet attachement à l'amélioration de la protection des deux acteurs que de nombreuses directives d'harmonisation minimale dans les deux domaines¹¹⁷¹ contiennent des références aux dispositions de droit primaire. « Considérant qu'il importe de renforcer la protection des travailleurs en cas de licenciements collectifs en tenant compte de la nécessité d'un développement économique et social équilibré dans la Communauté », mentionne la directive

¹¹⁶⁹ V. notamment en ce sens en matière de droit du travail la thèse de Nicolas Moizard, entièrement consacrée à l'élaboration et l'application du principe de protection des travailleurs. Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, op. cit., not. p. 79-80. Cette même expression figure également dans les conclusions de l'Avocat général M. Yves Bot, présentées le 20 septembre 2007 dans le cadre de l'affaire *Dirk Ruffert c/ Land Niedersachsen*, C-346/06, Rec. I-01993, not. points 83-84. V. également l'article 118 §3 TCEE qui se réfère à une « protection renforcée des conditions de travail ».

¹¹⁷⁰ Article 117 TCEE, devenu par la suite l'article 136 TCE.

¹¹⁷¹ V. par exemple en matière de protection du travailleur la directive 77/187/CEE du 14 février 1977 sur le transfert d'entreprises, la directive 75/129/CEE du 17 février 1975 sur les licenciements collectifs, la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980 sur la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur précitées ou encore la directive 99/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, *JOCE* L 175 du 10.7.1999, p. 43-48.

75/129/CEE sur les licenciements collectifs, alors que la directive 80/987/CEE sur la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur met en avant que « des dispositions sont nécessaires pour protéger les travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, en particulier pour garantir le paiement de leurs créances impayées, en tenant compte de la nécessité d'un développement économique et social équilibré dans la Communauté »¹¹⁷². « Cette égalisation dans le progrès ne saurait avoir pour objet de geler les politiques sociales des Etats membres au niveau de protection défini par la directive » ajoute le Parlement européen dans son rapport rendu à l'occasion des négociations concernant cette dernière directive¹¹⁷³. De la même manière, différentes directives d'harmonisation minimale adoptées en matière de droit de la consommation mettent en avant l'objectif d'«assurer un niveau élevé de protection des consommateurs »¹¹⁷⁴, même si elles ne font pas toujours expressément référence aux anciens articles 129 A ou 153 TCE.

Par conséquent, on ne saurait déduire une incompatibilité des dispositions d'une directive avec des mesures nationales plus favorables qu'en présence d'une clause énonçant expressément le caractère maximal de l'harmonisation ou lorsque la base juridique sur laquelle la directive est fondée laisse la possibilité d'une harmonisation maximale.

256. Le contrôle de conformité des dispositions nationales plus favorables- Permettre aux Etats membres de renforcer la protection du travailleur et du consommateur garantie par le droit européen ne signifie pas pour autant que les mesures nationales plus favorables soient présumées *ipso facto* compatibles avec le droit européen. Elles doivent, en effet, être conformes aux dispositions du droit primaire et notamment aux quatre libertés fondamentales et ne pas constituer des entraves injustifiées au libre fonctionnement du marché intérieur. La Cour de Justice

¹¹⁷² V. sur cette question, Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, op. cit., not. p. 67-69.

¹¹⁷³ Parlement européen, Documents de séance 1978-1979, Rapport du 12 janvier 1979 (Commission des affaires sociales, de l'emploi et de l'éducation) sur la proposition de la Commission relative à une directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, Doc. 552/78, p. 22.

¹¹⁷⁴ Directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur la vente et les garanties des biens de consommation précitée. V. également la directive 98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs (précitée) qui constitue la seule directive exclusivement basée sur l'article 129 A TCEE. Sur la question précitée de la base juridique v. *supra*, sous n° 270 et s.

veille au respect par les dispositions nationales allant au-delà des prescriptions européennes minimales des articles 28 et suivants TFUE. Elle applique alors son raisonnement habituel en matière de libertés fondamentales, consacré par l'arrêt *Cassis de Dijon*, à savoir la qualification de la mesure nationale en tant qu'entrave à la libre circulation des marchandises ou des personnes, puis, dans l'affirmative, l'examen de la possibilité de justifier la mesure constituant une entrave par l'invocation des exigences impératives, à condition, bien évidemment, que le contrôle de proportionnalité soit respecté¹¹⁷⁵. Dans cette démarche, la protection tant du travailleur que du consommateur peut être considérée comme une exigence impérative¹¹⁷⁶.

L'harmonisation par le biais de prescriptions minimales a ainsi constitué le pilier principal de la réalisation du modèle européen du travailleur et du consommateur et demeure, au moins en partie, d'actualité. La quasi-totalité des directives relatives tant au travailleur qu'au consommateur ont été adoptées sur la base des « solutions minimales »¹¹⁷⁷ qui ont pu être dégagées, souvent après des négociations très chronophages et des compromis successifs entre les Etats membres. Au fur et à mesure que les interventions européennes se multipliaient, les critiques vis-à-vis de cette méthode augmentaient, en lui reprochant notamment le manque de cohérence dans la législation européenne et surtout la persistance des divergences nationales.

¹¹⁷⁵ Pour une présentation détaillée de cette question v. Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, op. cit., not. p. 114-115.

¹¹⁷⁶ Sur cette question v. *infra* sous n° 307 et s.

¹¹⁷⁷ « Le Président a constaté qu'il était possible de dégager la solution minimale suivante, à savoir une définition du terme « licenciement collectif » ... » remarque, à titre d'exemple, la présidence du Conseil lors des négociations sur les licenciements collectifs. Négociations sur la proposition de directive relative aux licenciements collectifs, Le Conseil, Note, 1621/75 (SOC 193), du 03 octobre 1974 portant sur la réunion qui a eu lieu le 25 septembre 1974, p. 10 bis.

Paragraphe II : Des ambitions maximales sans garantie d'une protection maximale

Considérant que le caractère minimal de l'harmonisation habituellement poursuivie par les directives relatives à la protection du consommateur et de du travailleur laissait persister des diversités nationales importantes, les instances européennes ont cherché à intensifier le degré d'harmonisation (1). Une telle intensification implique toujours le risque d'une baisse du niveau de protection du consommateur et du travailleur, risque qui, d'ailleurs, existe indépendamment du degré d'harmonisation opérée (2).

1. La recherche d'une intensification du degré d'harmonisation

257. Les critiques adressées à l'harmonisation minimale– Si l'harmonisation minimale par voie de directives a été fréquemment utilisée dans les deux domaines considérés, les défauts de cette méthode d'intégration n'ont pas tardé à être mis en avant. Parallèlement aux propositions portant sur des méthodes alternatives de réalisation du modèle européen du travailleur et du consommateur¹¹⁷⁸, différents acteurs ont commencé à plaider en faveur d'une intensification du degré de l'harmonisation opérée par le droit européen. Les critiques émises à l'égard de l'harmonisation minimale se focalisent notamment sur les divergences nationales qui subsistaient¹¹⁷⁹, ainsi que sur « la fragmentation juridique résultant de l'application, par les États membres, des clauses d'harmonisation minimale contenues dans les directives »¹¹⁸⁰. Il a ainsi été considéré

¹¹⁷⁸ V. *supra*, sous n° 231 et s.

¹¹⁷⁹ V. la proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente, à l'occasion de laquelle la Commission remarque que « si les règles d'harmonisation en vigueur en matière de droit des consommateurs à l'échelle de l'Union ont entraîné un certain rapprochement dans quelques domaines, d'importantes divergences entre les législations des États membres subsistent », COM (2011) 635 final du 11 octobre 2011, p. 3.

¹¹⁸⁰ V. la communication de la Commission présentant la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, une des directives-phares de l'harmonisation maximale. Afin de soutenir son argumentation à l'encontre des clauses d'harmonisation minimale, la Commission a effectué une analyse exposant l'application de l'acquis communautaire dans les 27 États membres et visant à démontrer les divergences qui persistaient dans les domaines qui étaient censés être harmonisés. Cette analyse est disponible sur le site internet

que l'harmonisation n'avait pas été menée « de manière optimale »¹¹⁸¹ et que les divergences dans la mise en œuvre et l'application des normes européennes pourraient constituer des obstacles au libre fonctionnement du marché intérieur. « Il est aujourd'hui démontré que les clauses d'harmonisation minimum contenues dans plusieurs directives [...] entravent effectivement le commerce, sans apporter de réels bénéfices au consommateur » reproche Monsieur Hans Schulte-Nölke¹¹⁸². L'étude, menée par la Commission, portant sur un plan d'action pour un droit européen des contrats plus cohérent conclut alors que « dans le domaine de la protection du consommateur, de nombreuses entreprises déplorent la grande diversité des régimes nationaux, qui font obstacle aux transactions transfrontalières entre entreprises et consommateurs. Ceci est à imputer essentiellement au fait que les directives européennes dans ce domaine sont basées sur le principe de l'harmonisation minimale [...] Même si le droit communautaire a conduit à un certain degré de convergence, les entreprises éprouvent toujours des difficultés [...] parce que les règles adoptées par les États membres qui vont au-delà de l'harmonisation minimale exigée par le droit communautaire sont automatiquement divergentes. En outre, les règles de protection du consommateur, même lorsqu'elles vont au-delà du niveau d'harmonisation minimale, sont souvent impératives et parfois même étendues aux relations entre entreprises »¹¹⁸³.

258. Des critiques concernant notamment le droit de la consommation-

Ces critiques concernent plutôt le droit de la consommation que le droit du travail pour trois raisons principales : d'une part, à cause du développement de l'acquis communautaire qui est beaucoup plus important dans le domaine du consommateur, tandis qu'en matière de droit du travail l'harmonisation se réalise principalement par des directives portant sur des sujets plutôt « périphériques » ou par des directives-cadre adoptées par les partenaires sociaux. La suite logique de cette activité

http://ec.europa.eu/consumers/rights/cons_acquis_en.htm#comp (consulté le 19.10.2014), COM (2008) 614 final du 8 octobre 2008, p. 8.

¹¹⁸¹ Résolution du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres (COM (2001) 398- C5-0471/2001- 2001/2187 (COS)), A5-0384/2001 du 15 novembre 2001, point 2.

¹¹⁸² Hans SCHULTE-NÖLKE, « La formation du contrat en droit communautaire. Du cadre commun de référence au « bouton bleu » », *op. cit.*, p. 138.

¹¹⁸³ Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil - Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action, COM (2003) 68 final du 12 février 2003, p. 16.

d'intégration prononcée concernant le consommateur était alors la volonté de passer à la vitesse supérieure, à savoir l'intensification du degré d'harmonisation. D'autre part, grâce à cet avancement de l'acquis communautaire, les diversités nationales étaient moins tolérables en droit de la consommation qu'en droit du travail, où l'intervention européenne est traditionnellement plus fragmentaire, laissant ainsi subsister une grande diversité nationale. Enfin, comme expliqué ci-dessus, les bases juridiques sur lesquelles repose l'harmonisation européenne en matière de protection du consommateur offrent la possibilité d'une intensification du degré d'harmonisation, ce qui n'est pas le cas des bases juridiques portant sur la protection du travailleur.

Dans cet esprit, le Parlement européen déclare, dès 2000, « qu'une harmonisation plus poussée dans le domaine du droit civil est devenue essentielle dans le marché intérieur »¹¹⁸⁴ avant de demander « instamment à la Commission de présenter des propositions visant à réviser les directives en vigueur concernant la protection des consommateurs en matière de droit des contrats, afin d'en supprimer notamment les dispositions minimales d'harmonisation qui ont empêché la mise en place, au plan communautaire, d'une législation uniforme au détriment de la protection des consommateurs et d'un bon fonctionnement du marché intérieur »¹¹⁸⁵.

259. Les avantages évoqués en faveur d'une intensification de l'harmonisation- Deux avantages sont ainsi évoqués en faveur d'une intensification de l'harmonisation et de la restriction de la marge de manœuvre du législateur national, qui est censée aboutir à une application uniforme des normes européennes: son impact positif sur le marché, d'une part, et la garantie d'un niveau élevé de protection des consommateurs, d'autre part. « La proposition a pour objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur mettant en présence les professionnels et les consommateurs, et d'assurer un niveau élevé et uniforme de protection des consommateurs par l'harmonisation complète des aspects essentiels du droit des contrats à la consommation intéressant le marché intérieur »: la Commission s'est voulue confiante lors de la proposition de directive sur les droits

¹¹⁸⁴ Résolution du Parlement européen concernant le programme de travail de la Commission pour 2000, B5-0228, 0229, 0230 / 2000 du 16 mars 2000, p. 326, paragraphe 28.

¹¹⁸⁵ Résolution du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres, *op. cit.*, point 12.

des consommateurs et déclare que « la stratégie d'harmonisation totale [...] marque un nouveau départ en matière de droits contractuels des consommateurs »¹¹⁸⁶. La même conviction quant aux bienfaits de l'intensification du degré d'harmonisation est, d'ailleurs, reflétée dans les considérants de la directive elle-même : « L'harmonisation complète [...] devrait considérablement *augmenter la sécurité juridique*, tant pour les consommateurs que pour les professionnels. Consommateurs et professionnels devraient ainsi pouvoir s'appuyer sur un cadre réglementaire *unique, fondé sur des concepts juridiques clairement définis* [...]. Cette harmonisation devrait avoir pour effet *d'éliminer les barrières* créées par la fragmentation de la réglementation et *d'achever le marché intérieur* dans ce domaine. L'unique moyen d'éliminer ces barrières est d'établir des règles uniformes au niveau de l'Union. Les consommateurs devraient bénéficier en outre d'un *niveau commun élevé* de protection dans toute l'Union »¹¹⁸⁷.

Cette directive sur les droits des consommateurs fait, en effet, partie d'une série d'initiatives législatives de la Commission qui appliquent le principe de l'harmonisation totale. Elle a été précédée de la directive concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs¹¹⁸⁸, de la directive sur les pratiques commerciales déloyales¹¹⁸⁹ et de celle portant sur les contrats de crédit aux consommateurs¹¹⁹⁰, où la même approche avait été « mise en œuvre avec succès », selon les considérations de la Commission¹¹⁹¹. Un article spécifique de la directive est alors consacré au niveau d'harmonisation, en disposant que « les États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écartant de celles fixées par la présente directive,

¹¹⁸⁶ Proposition de directive sur les droits des consommateurs, COM (2008) 614 final du 8 octobre 2008, précitée, p. 7.

¹¹⁸⁷ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, précitée, considérant (7) (nous soulignons).

¹¹⁸⁸ Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *JOCE* L 271 du 9.10.2002, p. 16-24.

¹¹⁸⁹ Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil (« directive sur les pratiques commerciales déloyales »), *JOCE* L 149, 11.6.2005, p. 22-39.

¹¹⁹⁰ Directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, *JOCE* L 133 du 22.5.2008, p. 66-92.

¹¹⁹¹ Proposition de directive sur les droits des consommateurs, COM (2008) 614 final du 8 octobre 2008, précitée, p. 7.

notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement»¹¹⁹².

260. Le degré d'harmonisation déterminé par la Cour de Justice– En dehors de ces interventions législatives affirmant directement le caractère maximal de l'harmonisation opérée par leurs dispositions, d'autres directives adoptées précédemment peuvent contenir certaines dispositions d'harmonisation totale. C'est notamment la base juridique qui, combinée à l'économie et aux finalités générales de l'instrument législatif, déterminent le degré d'harmonisation. Le cas le plus discuté est sans doute celui de la directive 85/374/CEE sur la responsabilité du fait des produits défectueux¹¹⁹³, dont l'interprétation a donné lieu à une série d'arrêts de la Cour de Justice¹¹⁹⁴.

Ainsi, dans l'un des arrêts de 2002¹¹⁹⁵, qui ont fait couler beaucoup d'encre, la Cour de Justice a dû se prononcer sur la portée de la directive sur les produits défectueux¹¹⁹⁶. Il s'agissait d'un recours en manquement introduit par la Commission contre la France en raison du fait qu'elle avait transposé ladite directive de manière extensive, en mettant en place de dispositions protectrices du consommateur qui allaient au-delà des prévisions de la directive. Afin de déterminer le

¹¹⁹² Article 4 de la directive 2011/83/UE. De manière analogue, la directive 2008/48/CE consacre son article 22 à l'harmonisation et au caractère impératif de la directive et prévoit que « dans la mesure où la présente directive contient des dispositions harmonisées, les États membres ne peuvent maintenir ou introduire dans leur droit national d'autres dispositions que celles établies par la présente directive » (article 22§1). Quant à la directive 2005/29/CE, elle ne contient pas d'article équivalent mais le caractère maximal de l'harmonisation qu'elle opère découle à la fois des considérants (v. not. les considérants (14) et (15)) qui font explicitement référence à une « harmonisation complète » ainsi que de l'article 3 §5 de la directive qui permet aux États à titre exceptionnel « de continuer à appliquer des dispositions nationales dont la présente directive opère le rapprochement, plus restrictives ou plus rigoureuses que la présente directive et qui mettent en œuvre des directives incluant des clauses d'harmonisation minimale » pendant une période de six ans. Ces mesures doivent, d'ailleurs, « être essentielles pour garantir que les consommateurs soient protégés de manière adéquate contre les pratiques commerciales déloyales et doivent être proportionnées à cet objectif à atteindre ».

¹¹⁹³ Directive 85/374/CEE, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

¹¹⁹⁴ CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France*, Aff. C-52/00 Rec. I-03827; CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ Grèce*, Aff. C-154/00, Rec. I-03879; CJCE, 25 avril 2002, *Gonzalez Sanchez c/ Medicina Asturiana SA*, Aff. C-183/00, Rec. I-03901.

¹¹⁹⁵ CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France*, C-52/00, Rec. I-03827.

¹¹⁹⁶ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, précitée.

degré d'harmonisation opérée, la Cour raisonne en deux temps : elle examine d'abord la base juridique, pour constater que la directive est uniquement fondée sur l'article 100 TCEE, relatif au rapprochement des dispositions nationales qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. La Cour en déduit que, puisque cette base juridique « ne prévoit aucune faculté pour les États membres de maintenir ou d'établir des dispositions s'écartant des mesures d'harmonisation communautaires »¹¹⁹⁷, « la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour réglementer la responsabilité du fait des produits défectueux est entièrement déterminée par la directive elle-même »¹¹⁹⁸. Dans un second temps, le juge européen examine alors les prescriptions particulières de la directive, en soulevant qu'elle ne contient aucune clause expresse d'harmonisation minimale. La Cour déduit « du libellé, de l'objectif et de l'économie »¹¹⁹⁹ de la directive que si cette dernière ne poursuit pas une harmonisation exhaustive, dans la mesure où elle renvoie pour certains points au droit national, elle est d'harmonisation totale sur les points qu'elle réglemente¹²⁰⁰. Cela signifie qu'elle ne laisse pas aux États membres la possibilité de maintenir des dispositions différentes, fussent-elles plus favorables au consommateur¹²⁰¹. Cette constatation a été effectuée en dépit du considérant (18) de la directive, énonçant que « l'harmonisation résultant de la présente directive ne peut, au stade actuel, être totale, mais ouvre la voie vers une harmonisation plus poussée ».

261. Une harmonisation totale mais pas exhaustive- Indépendamment des critiques que cette interprétation a suscitées¹²⁰², concernant notamment la régression

¹¹⁹⁷ CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France*, *op. cit.*, point 14.

¹¹⁹⁸ *Idem*, point 16.

¹¹⁹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰⁰ *Idem*, point 24.

¹²⁰¹ V. en ce sens Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, *op. cit.*, not. p. 596-597. Pour une analyse différente v. Sophie ROBIN-OLIVIER & Jean-Sylvestre BERGE, « Droit de la consommation. La difficile question de la marge de manœuvre conférée par le droit communautaire aux droits nationaux dans la transposition des directives (Retour sur trois arrêts de la CJCE du 25 avril 2002) » *LPA*, 19 mai 2003, n°99, p. 9-12, not. p. 11, qui considèrent qu'« il est totalement artificiel de fonder une différence d'intensité des directives sur une règle d'adoption à la majorité ou à l'unanimité ».

¹²⁰² En plus de références ci-dessus mentionnées, v. Jean CALAIS-AULOY, « Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel », *D.*, 2002, *Chron.*, p. 2458-2461 ; Geneviève VINEY, « L'interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP G*, 2002, I, 177, p. 1945-1948; Anastasios VALTOUDIS, « Κοινωνική Οδηγία και αυστηρότερο δίκαιο (Με αφορμή τις αποφάσεις του ΔΕΚ C-154/00,

du niveau de protection accordée au consommateur, il convient de noter, à l'instar de la Cour de Justice, que l'interdiction faite aux Etats membres d'adopter des mesures législatives plus strictes que les dispositions de la directive ne porte que « sur les points qu'elle régleme ». En d'autres termes, la directive opérant une harmonisation totale mais non exhaustive, les Etats membres peuvent légiférer dans les domaines se trouvant en dehors du champ d'application de cette dernière. Celle-ci est, d'ailleurs, la portée de l'arrêt de la CJUE du 4 juin 2009, rendu à propos de cette même directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux¹²⁰³. Se fondant encore une fois sur le « libellé [et] l'économie de la directive »¹²⁰⁴, la Cour a alors estimé que « si la directive 85/374 [...] poursuit, sur les points qu'elle régleme, une harmonisation totale [...] elle n'a, en revanche [...] pas vocation à harmoniser de manière exhaustive le domaine de la responsabilité du fait des produits défectueux au-delà desdits points »¹²⁰⁵. La démarche suivie par les juges consiste ainsi à interpréter le libellé de la directive ainsi que l'objectif qu'elle poursuit afin de déterminer si les dispositions nationales se trouvent hors du champ d'application et, même dans ce cas, si elles ne portent pas indirectement atteinte à l'économie de la directive¹²⁰⁶.

Cette problématique est, d'ailleurs, liée à la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres. En effet, si la protection des deux acteurs constitue une compétence partagée, l'action législative de l'Union européenne basée sur l'harmonisation maximale et *a fortiori* l'harmonisation exclusive « favorise la transformation des compétences partagées en compétences exclusives »¹²⁰⁷.

Empruntée pour pallier les lacunes de l'harmonisation minimale et renforcer la confiance des entreprises et des consommateurs dans le fonctionnement du

C-52/00 και C-183/00) » (« Directive Communautaire et droit national plus stricte (à l'occasion des arrêts de la CJCE C-154/00, C-52/00 et C-183/00) »), Ελληνική Επιθεωρήση Ευρωπαϊκού Δικαίου (Revue hellénique de Droit Européen), 2002, p. 817-862.

¹²⁰³ CJCE, 4 juin 2009, *Moteurs Leroy Somer c/Dalkia France et Ace Europe*, Aff. C-285/08, Rec. I-04733.

¹²⁰⁴ *Idem*, point 27.

¹²⁰⁵ *Idem*, point 25.

¹²⁰⁶ Pour une analyse de ces problématiques, v. Judith ROCHFELD, « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne. A propos de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 », *op. cit.*, not. p. 2051-2052.

¹²⁰⁷ Sylwia MAJKOWSKA-SZULC, « Les effets secondaires du droit de l'Union Européenne. L'influence du droit de l'Union Européenne sur les domaines ouverts par le droit interne » *in Journées juridiques franco-polonaises : le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Paris, Mare & Martin, coll. Droit public, 2013, p. 375-392, not. p. 386.

marché¹²⁰⁸, l'harmonisation totale ne s'avère pas moins compliquée dans sa mise en œuvre et laisse au final tant les acteurs du marché que le juriste tout aussi perplexes. En effet, elle implique, comme le remarque Madame Judith Rochfeld, « de reformuler l'équilibre des compétences communautaires et nationales, le tout au rebours de la répartition initialement portée par les traités »¹²⁰⁹. Pire, elle serait susceptible de conduire à un affaiblissement du niveau de protection accordée au consommateur au niveau national au nom d'une application supposée uniforme des normes européennes.

2. Le risque d'un nivellement par le bas

262. Atteindre un niveau de protection élevé, un pari difficile indépendamment du degré d'harmonisation – Si les considérations exposées en ce qui concerne l'approche d'harmonisation totale couvrent plutôt la protection du consommateur, les préoccupations relatives à l'affaiblissement du niveau de protection accordée par le droit national et, par conséquent, à un nivellement par le bas, présentent un intérêt tant en droit de la consommation qu'en droit du travail. Les domaines soumis à une harmonisation maximale constituent, certes, les cas les plus flagrants sans pour autant que le droit du travail ne soit épargné de ces problématiques.

En effet, en matière d'harmonisation maximale, la problématique du nivellement par le bas est inhérente à la nature même de la méthode. Elle nécessite, au moment de la création des normes européennes, une détermination du niveau de protection accordé par le droit de l'Union qui déterminera, par la suite, le niveau de protection nationale. Une telle démarche amène alors inévitablement au dilemme suivant : soit le droit européen retient en tant que dénominateur commun le niveau de protection le plus élevé ; on évite, dans ce cas-là, la régression, mais l'obtention d'un accord politique risque d'être difficile à obtenir et le projet est voué à l'échec dans sa totalité. L'autre option consiste à retenir en tant que dénominateur commun

¹²⁰⁸ Sur la notion clé de la confiance, v. *supra*, sous n° 161 et s.

¹²⁰⁹ Judith ROCHFELD, « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne. A propos de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 », *op. cit.*, not. p. 2052, n° 13.

un niveau de protection considéré comme moyen. Le projet devient alors plus facilement réalisable sur le plan politique, mais il implique nécessairement une régression, au moins pour certains Etats membres.

On ne saurait néanmoins perdre de vue que la signification de la notion de protection élevée et, partant, du nivellement par le bas, n'est pas la même en droit national et en droit européen. Les deux ordres juridiques sont, en effet, soumis à des contraintes différentes, notamment économiques et politiques, ce qui a une influence indéniable sur le sens même de la protection accordée¹²¹⁰.

263. Le problème de la détermination d'un niveau de protection optimal-

Ce dilemme est, en réalité, présent dans toute démarche d'harmonisation dans les deux matières. Etant donné que la garantie d'un niveau élevé de protection du travailleur et du consommateur fait partie des objectifs primordiaux du droit de l'Union, le rapprochement des droits nationaux est censé se faire « dans le progrès ». Tel est, en principe, le but de chaque initiative visant l'harmonisation. D'ailleurs, même les instruments législatifs qui entraînent une baisse du niveau de protection dans certains Etats, comme la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, mettent en avant le renforcement de la confiance et la protection des citoyens¹²¹¹. Toutefois, ces ambitions sont en pratique difficilement réalisables. C'est pour cette raison qu'à l'occasion des travaux préparatoires de cette même directive, le Parlement européen constate que « les négociations sur la directive relative aux droits des consommateurs ont mis en évidence les difficultés et les limites de l'approche fondée sur l'harmonisation du droit de la consommation s'appliquant aux contrats, sans pour autant saper l'engagement commun en faveur d'un niveau élevé de protection des consommateurs en Europe »¹²¹². Partant de ces mêmes motivations, une partie de la doctrine s'est, d'ailleurs, montrée très hostile vis-à-vis du processus d'harmonisation totale, en arrivant jusqu'à le qualifier de «totalitarisme

¹²¹⁰ Sur cette différence de conception, v. *infra* sous n° 307 et s.

¹²¹¹ V. le considérant (6) de la directive qui dispose que « certaines disparités créent des barrières importantes sur le marché intérieur, qui affectent les professionnels et les consommateurs. [...] La fragmentation disproportionnée nuit également à la confiance des consommateurs dans le marché intérieur » avant d'ajouter au considérant (7) que « les consommateurs devraient bénéficier en outre d'un niveau commun élevé de protection dans toute l'Union ».

¹²¹² Résolution du Parlement européen du 8 juin 2011 sur les actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises (2011/2013(INI)).

communautaire »¹²¹³. Même les services de la Commission, qui jadis faisaient partie des partisans les plus enthousiastes de l'harmonisation totale ont fini par reconnaître qu'elle a montré ses limites¹²¹⁴.

« L'harmonisation dans le domaine de la protection du consommateur a toujours pour objectif d'obtenir de la part de la Communauté une mise à niveau de la protection. Cela ne conduit pas nécessairement au plus haut niveau de protection. Néanmoins, en moyenne, ça ne devrait conduire à un nivellement par le bas. Un principe similaire a été inclus dans l'article 117 relatif à la politique sociale, dans lequel l'harmonisation devrait promouvoir des conditions de travail améliorées ainsi que des conditions améliorées de vie pour les travailleurs alors que « l'amélioration est maintenue » (le soit-disant *Fortschrittsangleichung* en allemand) »¹²¹⁵. Ces propos de Monsieur Norbert Reich¹²¹⁶, qui établissent également le parallèle entre les deux matières étudiées, décrivent de manière très éloquente toute la problématique de la quête d'un juste milieu, si celui-ci existe, entre le choix de faire avancer l'intégration normative au niveau européen et celui d'éviter la régression de la protection conférée déjà au niveau national.

¹²¹³ Jérôme HUET, « Le scandale de l'harmonisation totale », *RDC* 2011, p. 1070-1078, not. p. 10.

¹²¹⁴ V. le discours de Viviane Reding, Commissaire Européenne de Justice et responsable des projets d'harmonisation en matière de droit de la consommation et, plus généralement, de droit des contrats, prononcé en 2011, où elle a déclaré que: « Cependant, l'expérience pratique de telles propositions montre que, dans une Union à 27 Etats membres, on semble avoir atteint les limites de ce qui peut être accompli par le biais d'une harmonisation complète. Les organisations de consommateurs à travers l'Europe se sont vigoureusement battues contre l'harmonisation complète des droits des consommateurs, et plusieurs Etats membres en ont fait autant. Lorsque je suis devenue Commissaire à la Justice, j'ai montré ma compréhension pour ces préoccupations. Oui, nous avons la volonté et le besoin de construire un marché unique plus fort. Mais nous devons en même temps garantir que cela se fait sur la base d'une protection élevée du consommateur. L'Europe n'est pas uniquement une économie de marché, mais une économie sociale de marché » (« However, the practical experience with such proposals shows that, in a Union of 27 Member States, we appear to have reached the limits of what can be achieved by means of full harmonisation. Consumer organisations from across Europe have fought vigorously against full harmonisation of consumer rights, and many Member States did the same. When I became Justice Commissioner, I showed my sympathy for these concerns. Yes, we want and need to build a stronger single market. But we must at the same time ensure that this happens on the basis of a high level of consumer protection. Europe is not only a market economy, but a social market economy »). Viviane Reding, Commissaire Européenne de Justice, Vice-Présidente de la Commission Européenne, « The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », *op. cit.*, p.6 [traduction libre].

¹²¹⁵ «Harmonisation in the area of consumer protection always aims at attaining a Community upgrading of protection. This does not necessarily lead to the highest level of protection. However, on average, it should not lead to a race to the bottom. A similar principle has been included within Article 117 concerning social policy, whereby harmonisation should promote improved working conditions and improved standard of living for workers while the « improvement is being maintained » (so-called *Fortschrittsangleichung* in German) » (traduction libre).

¹²¹⁶ Norbert REICH, « European Consumer Law and its Relationship to Private Law », *op. cit.*, p. 295.

Si ces préoccupations tourmentent la pratique législative et la réalisation du modèle européen du consommateur et du travailleur, il n'en demeure pas moins que les risques de régression sont, en partie, appréciés en fonction du niveau déjà accordé au niveau national¹²¹⁷. Le droit français, très protecteur tant du consommateur que du travailleur¹²¹⁸, fait alors infailliblement partie des droits les plus touchés¹²¹⁹. La protection accrue assurée par le droit français ne pourrait que très difficilement constituer un dénominateur commun, acceptable par les autres Etats membres¹²²⁰. La délégation française au Conseil a alors souvent « déploré la tournure que prennent les négociations », en regrettant « qu'il n'apparaisse pas possible d'aller plus loin pour que l'harmonisation des législations sociales se traduise par un progrès plus net de la protection accordée aux travailleurs »¹²²¹. C'est, d'ailleurs, une des raisons pour lesquelles les thèses françaises sont beaucoup plus favorablement accueillies au sein du Parlement ou du Comité économique et social, traditionnellement considérés comme des partisans d'une protection élevée du consommateur et du travailleur, que par la Commission ou le Conseil qui mettent davantage l'accent sur les compromis politiques.

¹²¹⁷ Sur la question du nivellement pas le bas et, plus généralement, de l'impact économique d'une harmonisation maximale du droit des contrats v. Bruno DEFFAINS, « Nécessité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe », in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD & André PRÜM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Société de Législation Comparée, Paris, LGDJ, 2008, p. 85-96, not. p. 90 et s.

¹²¹⁸ Sur le modèle français du travailleur et du consommateur v. *supra*, sous n° 12 et s.

¹²¹⁹ « Si on compare la solution préconisée par la Commission avec celle en vigueur en France, l'on constate que la législation française est conçue de telle sorte qu'elle assure aux travailleurs une plus grande protection » remarque la délégation de la France au Conseil réagissant au rapport de la Commission sur l'état de droit aux Etats membres concernant les licenciements collectifs. Note des travaux au Conseil, réunion du 5 mai 1972, Conseil 1275/72 SOC 148, p. 6 et 7.

¹²²⁰ V. en ce sens Gilles PAISANT, « Droit communautaire de la consommation : état, problèmes actuels, chantiers », in Gilles PAISANT, Ariane MORIN, Andreas HEINEMANN, Dirk LANGER & Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE, *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne, 2009, p. 1-16, not. p. 12. L'auteur craint, en effet, que « le choix de l'harmonisation totale opéré par la Commission n'ait pour conséquence de faire régresser, sur certains points, la protection que le droit national accordait jusqu'alors au consommateur en complément de directives minimales » et invoque en illustration de ses propos des exemples issus de l'application de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux et la directive sur les droits des consommateurs (qui n'était, à l'époque, qu'un projet de directive).

¹²²¹ V. à propos de la directive 75/129/CEE sur les licenciements collectifs, Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales, réunion du 24 avril 1974, Conseil 860/74 SOC 87, p. 29 bis.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'examen des moyens de réalisation du modèle européen du consommateur et du travailleur démontre que les interventions européennes dans les deux matières considérées empruntent les mêmes voies, en combinant les méthodes contraignantes, et notamment la directive, qui s'avèrent souvent lacunaires, à des outils de normativité plus douce.

Il en résulte également une similarité en ce qui concerne les problématiques qui imprègnent la protection des deux acteurs, à savoir le degré de l'harmonisation opérée par les instruments législatifs, d'une part, et le niveau de protection garanti, d'autre part. Certes, les instances européennes affirment de manière non équivoque leur attachement à la protection du consommateur et du travailleur. Toutefois, les contraintes qui sont propres au droit européen, liées tant aux finalités de l'Union qu'au consensus politique nécessaire, impliquent un niveau de protection qui peut souvent être perçu au niveau national comme un nivellement par le bas.

264. Des modèles similaires sur le fond : traiter des citoyens du marché-

Il résulte de l'examen des interventions européennes portant sur le consommateur et le travailleur que les deux acteurs sont abordés de manière similaire. Le droit européen s'intéresse à eux en raison de leur rôle au sein du marché intérieur mais également en tant que citoyens de l'Union. L'approche européenne est ainsi axée sur la personne plutôt que sur la relation contractuelle en tant que telle. En effet, le droit européen « fait de la personne non seulement le point de départ de la matière mais également l'élément central autour duquel elle va se structurer »¹²²².

265. Des modèles similaires sur la forme : une harmonisation censée permettre une protection nationale renforcée- Les similarités concernent également les mécanismes mis en place afin de réaliser le modèle européen du consommateur et du travailleur. Les voies empruntées sont analogues et visent *a priori* à garantir une amélioration de la protection dans le progrès. Néanmoins, en dépit du fait que les politiques européennes sont censées permettre une protection nationale renforcée, les risques d'une baisse du niveau de protection existent, indépendamment de l'intensité de l'harmonisation poursuivie.

¹²²² Kiteri GARCIA, *Le droit civil européen. Nouvelle matière, nouveau concept*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 500.

TITRE II: LA RECEPTION DU MODELE EUROPEEN DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL

266. La réception du droit européen dans les ordres juridiques nationaux, second volet du processus d'eupéanisation du droit national– Il ressort des développements déjà consacrés que, tout en ayant comme point de départ les droits nationaux déjà existants, le droit européen construit un modèle du travailleur et du consommateur qui lui est propre et qui est essentiellement axé autour de la confiance de ces deux acteurs dans le fonctionnement du marché. En poursuivant l'analyse du processus d'eupéanisation du droit national, on aboutit à la dernière phase de ces cycles d'échanges réciproques entre le droit national et le droit européen, qui est celle de la réception du modèle européen dans les ordres juridiques nationaux. En effet, « [le] droit communautaire et [le] droit national ne sont jamais véritablement juxtaposés, mais sont le plus souvent entrecroisés. Dès lors, l'Union européenne appelle, non pas à une substitution du droit européen au droit des Etats membres, mais bien à une adaptation des législations nationales qui reste toutefois la résultante de l'harmonisation des législations opérée au niveau de l'Union européenne »¹²²³.

267. La notion de réception du droit européen– Nous optons pour le terme de « réception » plutôt que celui d'« influence », notamment parce que le premier est plus illustratif du phénomène des interactions entre droit national et droit européen. Dans un ouvrage dédié à la réception du droit européen, Madame Laurence Idot remarque « l'expression souvent utilisée "l'influence du droit communautaire" évoque un rapport hiérarchique, fait référence au principe de primauté du droit communautaire, à la soumission en quelque sorte du droit national. A l'inverse, l'usage du mot "réception" implique que l'on se place du côté de celui qui reçoit, que l'on parte des droits nationaux. Les données sont en réalité plus complexes, car

¹²²³ Olivier DUBOS, « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? », *LPA* n° 198, 4 octobre 2004, p. 6-15, not. p. 7.

l'influence est indéniablement réciproque »¹²²⁴. Sous cette optique, la réception englobe les influences mais ne se limite pas à celles-ci.

268. Des influences réciproques à l'occasion de la réception du droit européen- Les interactions se poursuivent ainsi au moment de la réception du modèle européen dans les ordres juridiques nationaux. Certes, le mouvement principal va du droit européen vers les droits nationaux ; les influences nationales sur le droit européen au moment de l'application des normes européennes n'en demeurent pas moins importantes ; elles se réalisent notamment à travers le dialogue des juges ainsi que les partenaires sociaux et la société civile. Certaines influences présentent un intérêt tout particulier pour l'étude des interactions entre ces deux ordres juridiques : il s'agit de cas de figure ayant un effet qu'on peut qualifier de « boomerang », dans le sens où une règle d'inspiration nationale qui s'est « européanisée », « revient au pays »¹²²⁵ au moment de la réception du droit européen, le plus souvent altérée par son « passage » par les mécanismes de création du droit de l'Union.

269. L'évolution du modèle national du travailleur et du consommateur- Il s'agit alors de se pencher sur la manière dont le modèle européen du consommateur et du travailleur est intégré dans l'ordre juridique national¹²²⁶ pour étudier la façon dont les conceptions nationales préexistantes évoluent à travers l'interaction avec le droit de l'Union. Il devient ainsi évident que l'objectif n'est pas de dresser une liste exhaustive de toute modification apportée au droit national en raison de la réception du droit de l'Union. Outre l'existence de plusieurs études

¹²²⁴ Laurence IDOT, « Rapport introductif » in Jean-Sylvestre BERGE, Marie-Laure NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres. Colloque international, session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 17-38, not. p. 19-20.

¹²²⁵ Paul FIESCHI-VIVET, « L'impact de la Communauté européenne sur le droit du travail français », *RJS* 10/90, Chr., p. 503-507, not. p. 503.

¹²²⁶ Sur les modalités d'intégration du droit européen dans les ordres juridiques nationaux v. not. Hazel FOX, Piers GARDNER, Chanaka WICKREMASINGHE, « The reception of European Community law into domestic law », in Pierre Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 27-38 ; En ce qui concerne plus particulièrement le droit français v. Emmanuel DECAUX, Pierre Michel EISEMANN, Valérie GOESEL-LE BIHAN, Brigitte STERN, « Rapport national- France », in Pierre Michel EISEMANN (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, p. 241-286.

détaillées dans les deux matières considérées¹²²⁷, cela présenterait une utilité limitée pour la démonstration du raisonnement poursuivi par le présent travail, qui vise essentiellement à cerner des modèles et à démontrer les mécanismes par lesquels ceux-ci se réalisent.

Nous considérons, par conséquent, qu'il est plus pertinent d'aborder les principaux apports des influences européennes sur l'évolution du modèle français du consommateur et du travailleur ainsi que les acteurs qui sont porteurs de ces influences.

Il s'agit alors d'examiner, dans un premier temps, dans quelle mesure la réception du modèle européen, axé autour de l'établissement de la confiance de ces deux acteurs, modifie directement ou indirectement, de manière plus ou moins significative, la conception que le droit français réserve traditionnellement au consommateur et au travailleur (*Chapitre I*). Nous nous intéresserons par la suite aux acteurs qui, au moment de la réception des normes européennes, non seulement sont porteurs des interactions entre le droit européen et les droits nationaux mais assurent également le renouvellement permanent de ces échanges. Ils maintiennent ainsi un dialogue ouvert qui permet à la fois de réaliser un rapprochement et de préserver l'identité de chaque ordre juridique (*Chapitre II*).

¹²²⁷ Sur le droit de la consommation v. à titre indicatif Nathalie SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000 ; Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit. ; Hélène AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Aix-en-Provence PUAM, 2002 ; Aurélie THIERIET-DUQUESNE, *Le droit communautaire de la consommation et le droit privé des Etats membres. L'exemple du droit privé français*, thèse dactyl., Université Paris XII, Paris, 2008. En ce qui concerne le droit du travail, v. Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, op. cit. ; Sylvaine LAULOM, *L'harmonisation du droit social communautaire. Les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, thèse dactyl., Institut universitaire européen et Université Paris X Nanterre, 1996 ; Mehdi HAJI-CAUSSANEL, *Cour de Justice des Communautés Européennes, droit social communautaire, droit social français : le jeu d'influence*, thèse dactyl., Université Montpellier I, 1998.

270. Les influences au-delà de la transposition de l'acquis communautaire- L'étude des influences européennes sur le modèle national pourrait faire penser à un bilan de ce qu'on appelle l'acquis communautaire et de sa transposition en droit national. Ce dernier correspond, en effet, « au socle commun de droits et d'obligations qui lie l'ensemble des Etats membres au titre de l'Union Européenne »¹²²⁸. L'intégration de l'acquis dans l'ordre juridique national est censée assurer une conformité du droit national au droit européen et aboutir, à terme, à cette harmonie entre les deux ordres juridiques, tant recherchée par le processus d'harmonisation¹²²⁹. Afin de dresser ce bilan, il faudrait alors établir une liste de tous les actes normatifs européens affectant le consommateur et le travailleur avant d'examiner la manière dont chacun d'entre eux a été intégré en droit français.

Bien que fastidieuse, cette démarche aurait un intérêt si l'objectif du présent travail se limitait à l'étude de la transposition des normes européennes en droit français. Elle est, toutefois, beaucoup moins pertinente lorsque l'objectif est de démontrer l'influence – que nous avons déjà cernée– du modèle européen du travailleur et du consommateur sur le droit national. Par ailleurs, une telle démarche s'avère insuffisante dans la mesure où l'intégration des normes européennes dans les ordres juridiques nationaux n'englobe pas toutes les interactions du droit européen et du droit national.

La réception du droit européen constitue, en réalité, une sorte de traduction, dans le sens d'une « incorporation dans la langue du droit (national) des exigences du droit communautaire »¹²³⁰. C'est une retranscription qui s'étend au-delà des textes et

¹²²⁸ Selon la définition donnée par le glossaire du site officiel de la Commission, l'acquis communautaire comprend : « la teneur, les principes et les objectifs politiques des traités ; la législation adoptée en application des traités et la jurisprudence de la Cour de justice ; les déclarations et les résolutions adoptées dans le cadre de l'Union ; les actes relevant de la politique étrangère et de sécurité commune; les actes convenus dans le cadre de la justice et des affaires intérieures ; les accords internationaux conclus par la Communauté et ceux conclus par les États membres entre eux dans le domaine des activités de l'Union »,

V. http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/community_acquis_fr.htm (consulté le 20.10.2014).

¹²²⁹ Sur le processus d'harmonisation V. *supra*, sous n° 211.

¹²³⁰ Antoine LYON-CAEN, « La réception du droit communautaire à la lueur du droit du travail » in Jean-Sylvestre BERGE, Marie-Laure NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des*

comprend des objectifs, des préoccupations, des « non-dits » qui ne sont pas reflétés dans une liste de mesures prises par le législateur national dans le cadre de la procédure de mise en conformité avec le droit de l'Union. De la même manière, une simple reproduction d'une norme européenne en droit interne peut ne pas être pleinement significative de l'influence que la première exerce sur ce dernier. « Une disposition peut être imposée du droit communautaire, formellement présente dans un droit national, sans acquérir de signification véritable au sein de ce système » remarque Madame Sylvaine Laulom¹²³¹.

En lieu et place de ce bilan de l'acquis communautaire, nous proposons donc une lecture différente des influences européennes sur le droit national. L'idée est d'étudier, au-delà des règles particulières, l'influence plus générale du modèle européen du travailleur et du consommateur sur la notion et le régime que le droit français réserve traditionnellement à ces deux acteurs. La notion de confiance au marché, autour de laquelle le modèle européen des deux acteurs est construit, n'est pas *ipso jure* compatible avec les finalités du droit national¹²³². Adaptée aux objectifs visés par le droit de l'Union et notamment par le libre fonctionnement du marché intérieur, la conception consacrée par le droit européen subit des évolutions lorsqu'elle est reçue dans les ordres juridiques nationaux, d'autant plus que le droit français a traditionnellement conçu le modèle du travailleur et du consommateur de manière différente¹²³³.

271. Des modifications directes ou indirectes- Par ailleurs, les influences européennes ne se limitent pas aux modifications que le droit national subit dans le cadre de la réception du droit européen dans l'ordre juridique. Il existe des « voies indirectes et discrètes de communautarisation »¹²³⁴ du droit national qui ne suivent

Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003, op. cit., p. 76-84, not. p. 79.

¹²³¹ Sylvaine LAULOM, *L'harmonisation du droit social communautaire. Les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187, op. cit., p. 5.*

¹²³² En ce sens v. Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNAUX, *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit., p. 5* : « La conception européenne de la protection du consommateur qui transparaît dans les actuelles directives d'harmonisation maximale demeure, par son assujettissement au marché, étrangère aux finalités initiales du droit de la consommation français ».

¹²³³ V. *supra* sous n° 12.

¹²³⁴ Antoine LYON-CAEN, « La réception du droit communautaire à la lueur du droit du travail » in Jean-Sylvestre BERGE, Marie-Laure NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des*

pas les chemins habituels de transposition ou d'application des normes européennes mais qui sont tout aussi importantes dans le processus de réception du modèle européen par les droits nationaux. Ce sont notamment les cas des modifications du droit national qu'on pourrait qualifier de non-institutionnelles, voire spontanées¹²³⁵, dans le sens où un Etat membre ne modifie pas son droit pour respecter ses obligations et ses engagements issus du droit de l'Union, mais parce qu'il est motivé voire incité par le contexte européen englobant à la fois le droit de l'Union et les systèmes juridiques des autres Etats membres.

Nous étudierons, ainsi, les modifications du modèle national du travailleur et du consommateur qui se réalisent dans le cadre institutionnel de la réception du modèle européen et qui sont liées essentiellement à la réception de la notion de confiance en droit national (*Section I*) ; nous nous pencherons ensuite sur les modifications moins institutionnalisées du droit national (*Section II*).

Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003, op. cit., p. 76-84, not. p. 78.

¹²³⁵ V. Olivier DUBOS, « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? », *op. cit.*, not. p. 9-11. De son côté, Monsieur Denis Mazeaud fait référence à une « influence institutionnelle et contraignante ». Denis MAZEAUD, « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », in Gerald MÄSCH, Reiner SCHULZE (dir.), *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Munich, Sellier European Law publishers, 2009, pp. 29-51, not. p. 30.

SECTION 1 : LES MODIFICATIONS DU DROIT NATIONAL PAR DES VOIES INSTITUTIONNELLES : LA RECEPTION DE LA NOTION DE CONFIANCE EN DROIT NATIONAL

272. Le modèle national du consommateur et du travailleur n'a pas été axé sur la confiance– Tant le droit de la consommation que le droit du travail ont eu un passé national affirmé avant de constituer un champ d'application du droit européen. Comme on a pu montrer précédemment¹²³⁶, ils ont pu émerger au niveau national en tant que « droits d'exception pour pallier les insuffisances du droit commun »¹²³⁷ qui n'offrait pas une protection adéquate et efficace au consommateur et au travailleur. Après avoir constitué des droits d'exception, ils ont pu évoluer en branches de droit autonomes et forger une conception pour chacun de ces deux acteurs, traités en tant que contractants: celle du travailleur a été axée sur la notion de subordination alors que la conception du consommateur a été fondée sur l'équilibre contractuel. On constate alors que la notion de confiance, pièce maîtresse du modèle européen, ne faisait pas *a priori* partie des éléments caractéristiques du modèle national.

273. La confiance « contractualisée » en droit national– Toutefois, le droit national connaissait la notion de confiance bien avant la réception du droit de l'Union. En droit des contrats, cette notion était souvent liée à la volonté contractuelle ainsi qu'à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi¹²³⁸. Ainsi, Emmanuel Lévy considérait que « la volonté contractuelle est l'acte de confiance légitime, c'est-à-dire de confiance selon les pratiques. On agit, alors on contracte »¹²³⁹. La notion de

¹²³⁶ V. *supra*, sous n° 12 et s.

¹²³⁷ Gilles PAISANT, « Droit communautaire de la consommation : état, problèmes actuels, chantiers », in Gilles PAISANT, Ariane MORIN, Andreas HEINEMANN, Dirk LANGER, Sandra VIGNERON-MAGGIO-APRILE (dir.), *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2009, p. 1-16, not. p. 1.

¹²³⁸ Sur les notions de la *reliance*, des *legitimate expectations* et surtout de l'*estoppel*, connues du common law, v. entre autres John CARTWRIGHT, « Protecting legitimate expectations and estoppel : English law » in Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Paris, Société de Législation comparée, 2007, p. 321-348. V. également pour une synthèse des différents mécanismes nationaux de protection de la confiance légitime, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « La confiance légitime et l'estoppel, rapport général » in Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, *op. cit.*, p. 9-61.

¹²³⁹ Emmanuel LEVY, *La vision socialiste du droit*, Paris, éd. Marcel Giard, Collection internationale des juristes populaires, 1926, p. 153-154.

confiance est ainsi « contractualisée » en droit français, à savoir intégrée dans le champ contractuel. C'est en ce sens que certains auteurs considèrent que « la confiance en la bonne foi de son cocontractant confère à la volonté du contractant l'énergie créatrice »¹²⁴⁰.

274. La confiance interpersonnelle et la confiance institutionnelle- Venant du terme latin «*confidentia* », le mot confiance évoque, en effet, « un sentiment qui permet de se fier à quelqu'un »¹²⁴¹. Parmi les différentes distinctions de la confiance que les spécialistes de diverses disciplines proposent¹²⁴², on peut retenir, pour les besoins de notre analyse, deux types de confiance : d'une part, la confiance « interpersonnelle », à savoir la confiance en la personne avec laquelle on est en rapport (juridique, social ou autre) ; d'autre part, la confiance qu'on peut qualifier d'« institutionnelle » et qui est essentiellement basée sur les relations institutionnelles¹²⁴³. Si on appliquait cette terminologie, issue d'un discours plutôt sociologique, philosophique ou encore économique, au régime et à la notion du consommateur et du travailleur, on pourrait soutenir que la confiance interpersonnelle consiste en la confiance dans le cocontractant, tant dans la relation du consommateur vis-à-vis du professionnel que dans celle du travailleur face à l'employeur. Il s'agit alors d'une « espérance de fiabilité »¹²⁴⁴, dans le sens de la croyance que le cocontractant respectera ses engagements contractuels.

De son côté, la confiance institutionnelle repose plutôt sur le sentiment de sécurité et d'assurance qu'inspire à un acteur économique – en l'occurrence au consommateur ou au travailleur – le fait qu'il existe un régime institutionnel, un encadrement juridique de ces relations, susceptible de protéger cet acteur dans l'exercice de ses droits contractuels. En ce sens, « on fait confiance à un acteur non

¹²⁴⁰ Richard DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats. Rôle actuel et perspectives*, thèse dactyl., Université Paris II, 1992, p. 119.

¹²⁴¹ Jean-Michel SERVET, « Le chapeau » in Philippe BERNOUX, Jean-Michel SERVET (dir.), *La construction sociale de la confiance*, Paris, Montchrestien, 1997, p. 17-38, not. p. 26.

¹²⁴² V. à titre d'exemple d'une approche qui part d'un point de vue plutôt économique mais qui s'étend également à d'autres disciplines, Jean-Michel SERVET, « Le chapeau », *op. cit.*, not. p. 25-32, qui fait référence à la confiance verticale ou horizontale, ascendante ou descendante, mutuelle, partagée ou non réciproque.

¹²⁴³ Eloi LAURENT, *Economie de la confiance*, Paris, éd. La Découverte, coll. Repères, 2012, not. p. 10-12. V. également David GOOD, « Individuals, Interpersonal Relations and Trust », in Gambetta DIEGO (dir.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, édition électronique, Oxford, Département de Sociologie, Université d'Oxford, 2000, p. 31-48.

¹²⁴⁴ *Idem*, p. 24.

pas en tant que tel mais parce qu'il appartient à un système institutionnel qui canalise ses comportements, comme c'est le cas du système juridique¹²⁴⁵.

Cette distinction entre confiance interpersonnelle et confiance institutionnelle se trouve au cœur de la différence de conception entre le droit français et le droit européen. Ainsi, le droit français utilise la notion de confiance dans le sens de la confiance interpersonnelle qui, intégrée dans le champ contractuel, rassure le cocontractant de la bonne exécution des obligations contractuelles¹²⁴⁶. En revanche, le droit européen emploie la confiance dans un sens plutôt institutionnel, en tant qu'encadrement des acteurs économiques, citoyens de l'Union, dans l'exercice de leurs droits découlant des libertés de circulation.

275. La confiance en tant qu'illustration des interactions du droit national et du droit européen– En tant que pierre angulaire du modèle européen du consommateur et du travailleur, la notion de confiance constitue, ainsi, une très belle illustration des interactions du droit européen et des droits nationaux. Si elle trouve ses racines dans certains droits nationaux, cette notion est élaborée au niveau européen pour influencer par la suite la conception que les droits nationaux réservent au consommateur et au travailleur. Comme le remarque Madame Sandrine Clavel à propos de la notion de confiance, « si les instruments internationaux et européens de droit uniforme empruntent généralement aux traditions juridiques nationales, ils contribuent ce faisant à la dissémination des principes empruntés et à leur transplantation dans des ordres juridiques nationaux où ils étaient parfois jusqu'alors inconnus, dans le cadre d'un processus d'acculturation, qui consiste en des transferts de droits d'un système juridique à un autre »¹²⁴⁷.

Transposée au niveau national, la notion de confiance issue du modèle européen aboutit dans un premier temps à un renforcement de la confiance contractuelle. En effet, le droit national la traite comme il avait l'habitude de le faire, à

¹²⁴⁵ Vincent EDEL, *La confiance en droit des contrats*, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2006, p. 42.

¹²⁴⁶ Sur cette question v. également la position d'Alain Chirez qui réfute la thèse selon laquelle la confiance légitime est la conséquence directe de la bonne foi. Alain CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, thèse dactyl., Université de Nice, 1977, not. p. 303-306.

¹²⁴⁷ Sandrine CLAVEL, « La confiance dans les instruments internationaux et européens de droit uniforme », in Valérie-Laure BENABOU et Muriel CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 11-33, not. p. 11.

savoir en l'intégrant dans le champ contractuel, notamment pour protéger la partie faible (*Paragraphe I*). Toutefois, la particularité de la conception européenne amène progressivement à une décontractualisation de la protection du contractant. La notion de confiance se dissocie alors du contexte contractuel pour servir des objectifs poursuivis par le droit européen (*Paragraphe II*).

Paragraphe I : Le renforcement de la confiance contractuelle

Reçue en droit national, la notion de confiance qui imprègne le modèle européen du consommateur et du travailleur est d'abord traitée sous une optique contractuelle. Elle vise ainsi à rendre l'environnement contractuel plus favorable pour le contractant qui, en tant que partie faible, a le plus besoin de se sentir en confiance, à savoir respectivement le consommateur et le travailleur. L'objectif est, dans un premier temps, de protéger le contractant plutôt que le fonctionnement du marché, bien que ce dernier ne soit pas totalement ignoré¹²⁴⁸. On peut mentionner, sans prétendre à l'exhaustivité mais plutôt à titre d'illustration, deux mécanismes principaux par le biais desquels le renforcement de la confiance contractuelle est opéré : la transparence du lien contractuel, d'une part (1) et la sécurisation du lien contractuel, d'autre part (2).

1. La confiance par la transparence du lien contractuel

276. La confiance par l'information du travailleur et du consommateur-

Assurer, notamment par le biais de l'information du contractant, la transparence du lien contractuel¹²⁴⁹, vise non seulement à protéger le contractant, qui s'engage plus aisément et en toute connaissance de cause, mais également à « contribu[er] à la transparence de la concurrence au sein du marché »¹²⁵⁰. L'information du citoyen européen susceptible de contracter dans le cadre de l'exercice de ses droits issus des libertés de circulation, constitue, comme on l'a déjà évoqué¹²⁵¹, un des principaux moyens de lui inspirer la confiance face à un professionnel – vendeur ou employeur –

¹²⁴⁸ V. Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *Les contrats de consommation : règles communes*, op. cit. p. 251.

¹²⁴⁹ Selon le rapport annuel de la Cour de cassation de l'année 2010, consacré au droit de savoir, celui-ci constitue « une transparence orchestrée par le droit ». *Le droit de savoir, Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation*, avant-propos A. Lepage, Paris, La documentation française, 2011, p. 82.

¹²⁵⁰ Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., p. 95. V. également Norbert REICH, « L'information des consommateurs, condition de la transparence du marché. Réflexion sur le droit du consommateur à l'information et le fonctionnement de la concurrence en droit communautaire » in Yves SERRA et Jean CALAIS-AULOY (dir.), *Concurrence et consommation*, Actes de colloque, Perpignan 8 et 9 octobre 1993, Paris, Dalloz, p. 23-30 ; Philippe STOFFEL-MUNCK, « La codification du droit de la consommation », in *Mélanges Jean-Louis Baudoin*, Québec, éd. Y. Blais, 2012, p. 1269-1295.

¹²⁵¹ V. *supra*, sous n° 270.

notamment lorsque ce dernier se trouve dans un autre Etat membre. C'est la raison pour laquelle le renforcement du droit d'information du consommateur et du travailleur et, de manière plus générale, la transparence du lien contractuel ont constitué des priorités pour le législateur européen.

Le droit français était déjà équipé d'un arsenal de règles qui, concernant pour la plupart la phase des négociations précontractuelles¹²⁵², assuraient l'information du cocontractant¹²⁵³. Dès lors, la réception des normes européennes en droit national n'a pas nécessairement apporté de modifications fondamentales sur le droit français, qui a été souvent considéré comme étant plus protecteur envers le consommateur et le travailleur. Cela ne signifie pas pour autant que le droit européen n'exerce pas d'influence sur le droit national¹²⁵⁴. « Il a été ou est parfois soutenu (et admis) que le droit national était par avance compatible avec le droit communautaire, que l'harmonisation préexistait donc et qu'aucune mesure nationale de transposition n'était nécessaire. Telle a longtemps été la prétention française [...]. La prétention, qui a été, dans certains cas, contrariée, a le mérite de signaler que le droit communautaire a ses racines dans des expériences nationales et que certains Etats peuvent être parfois ou sont parfois parvenus à ériger leurs règles nationales en canons communautaires » remarque Monsieur Antoine Lyon-Caen¹²⁵⁵.

¹²⁵² Parmi l'abondante bibliographie française qui traite le droit d'information, v. à titre indicatif Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, op. cit. ; Yves BOYER, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Aix en Provence, PUAM 1978 ; Jean ALISSE, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse dactyl. Université Paris II, 1975 ; Vassilios CHRISTIANOS, *Conseils, mode d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, thèse dactyl., Université Paris II, 1985 ; Xavière PERRON, *L'obligation de conseil*, thèse dactyl., Université de Rennes I, 1992 ; Mustafa EL GHARBI, *L'obligation d'information dans les contrats*, thèse dactyl., Université Paris XII, 1994 ; Yvon LOUSSOUARN et Paul LAGARDE (dir.), *L'information en droit privé*, Paris, LGDJ, 1978 ; Benjamin DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Paris, Dalloz, 2013. V. également *supra*, sous n° 14 et s. et n° 42 et s.

¹²⁵³ V. *supra*, sous n° 12 et s.

¹²⁵⁴ V. en ce sens Nicolas Moizard qui, en se référant à l'harmonisation sociale européenne, observe que « l'harmonisation sociale communautaire a, par son effet impératif, des implications sur le niveau de protection des salariés assuré par le droit du travail français. Elle est intervenue dans des domaines particulièrement réglementés par le droit du travail national, ce dernier obéissant dans chacun de ceux-ci à certains principes directeurs. *Le fait que le droit du travail français se soit développé dans ces domaines, éventuellement dans une préoccupation de protection des travailleurs, n'implique pas que le droit communautaire n'entraîne aucune conséquence sur ceux-ci* », Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, op. cit., n°28 (nous soulignons).

¹²⁵⁵ Antoine LYON-CAEN, « La réception du droit communautaire à la lueur du droit du travail » in Jean-Sylvestre BERGE, Marie-Laure NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des*

277. Un renforcement du mécanisme de protection du contractant-

Malgré des répercussions qui peuvent paraître limitées *prima facie*, force est de constater non seulement que les droits existants ont été renforcés et redessinés à travers la réception du droit de l'Union mais aussi qu'en dehors du contenu précis de la norme, l'intégration du droit européen a emporté avec elle tout un modèle et une conception qui ont imprégné progressivement, directement ou indirectement, le système juridique national. En effet, « ce n'est pas tant le contenu de la norme communautaire que la philosophie sur laquelle elle est fondée qui est susceptible d'exercer une influence importante sur les législations nationales »¹²⁵⁶. Ainsi, au-delà du simple respect de l'obligation de mise en conformité avec le droit européen, les règles européennes ont renforcé tout le mécanisme de protection du contractant – le plus souvent lors des pourparlers mais aussi en phase d'exécution du contrat – par le biais des moyens dont le droit national disposait déjà, comme par exemple la protection du consentement ou le principe de l'exécution des obligations de bonne foi¹²⁵⁷.

Si l'information fournie au contractant vise de manière générale la transparence et, par là même, l'instauration de la confiance dans la relation contractuelle, les objectifs concrets poursuivis à chaque fois varient : ils vont de la garantie d'un consentement libre et éclairé avant la formation du contrat aux mécanismes de réflexion ou de repentir permettant au contractant de se désengager du lien contractuel, en passant par l'information fournie en cours d'exécution du contrat pour faire face à des modifications de ce dernier.

278. Garantir un consentement confiant du consommateur avant la conclusion du contrat- L'obligation du vendeur de fournir au consommateur des informations précontractuelles constitue un bel exemple de mécanisme – déjà connu du droit national – visant à établir, par le biais de la transparence, la confiance dans la relation contractuelle. L'objectif est alors de garantir que le contractant donnera un

Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003, op. cit., p. 76-84, not. p. 81.

¹²⁵⁶ Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats, op. cit., p. 306.*

¹²⁵⁷ Sur ces questions et plus particulièrement sur le fondement de la bonne foi v. également Nathalie RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Aix-en-Provence, PUAM, 2002, not. p. 59-61.*

« consentement confiant », dans le sens du consentement « donné librement après avoir eu toutes les informations utiles à la gestion d'un risque que l'on accepte tout en sachant que ce risque ne peut être réduit à néant »¹²⁵⁸.

L'obligation d'information porte sur différents éléments du contrat : prix du bien, caractéristiques essentielles, délai de livraison ou encore modalités d'exercice du droit de rétractation et conditions particulières de la vente. La quasi-totalité de ces paramètres était connue du législateur français avant l'intervention du droit européen. La réception de ce dernier a alors renforcé la protection du consommateur en tant que partie faible du contrat déjà existante¹²⁵⁹.

Si on se penche, par exemple, sur l'information concernant les éléments caractéristiques du bien, objet du contrat de la vente, on constate que la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992¹²⁶⁰ consacrait une solution que la jurisprudence avait déjà adoptée, en se basant sur les dispositions du droit commun concernant les vices cachés, en combinaison avec l'obligation d'information du vendeur, prévue par l'article 1602 du Code civil¹²⁶¹. Cette loi, qui n'a pas manqué de susciter des polémiques allant jusqu'à un recours auprès du Conseil constitutionnel, visait à renforcer les droits des consommateurs dans le sens d'« assurer la protection des plus faibles contre les plus forts » ; en même temps, elle cherchait à établir un « équilibre entre une protection des consommateurs les plus naïfs ou les plus démunis et la nécessité de ne pas paralyser les affaires par des règles trop contraignantes »¹²⁶². Reprise dans l'article L. 111-1 du Code de la consommation, dans sa version initiale, cette disposition prévoyait alors que « tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat,

¹²⁵⁸ Vincent EDEL, *La confiance en droit des contrats*, op. cit., p. 170.

¹²⁵⁹ V. en ce sens, Ludovic BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97 », *JCP G* 2000, I, 218, p. 623-628, not. p. 628.

¹²⁶⁰ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, *JO* n°170017 du 21 janvier 1992 p. 968, article 2. V. également l'article 28 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JO* du 9 décembre 1986, p 14773. Cet article, faisant partie du Titre IV intitulé « De la transparence et des pratiques restrictives » disposait que « tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation ».

¹²⁶¹ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *Les contrats de consommation : règles communes*, op. cit., p. 261.

¹²⁶² Guy RAYMOND, « Commentaire de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs », *CCC*, 1992, p. 1-10, not. p. 1.

mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ».

La réception, par la suite, des normes européennes –qui, dans un premier temps, règlementaient de manière sectorielle des aspects ponctuels de contrats de vente présentant des particularités, comme la vente conclue suite à un démarchage– n'a fait qu'affiner et préciser le contenu de l'information fournie. Ainsi, des informations particulières, plus détaillées et désormais prévues par l'article L. 111-2 du Code de la consommation, doivent être communiquées au consommateur dans le cadre d'un contrat de services, conformément à la directive dite « services »¹²⁶³.

De la même manière, la réception de la directive 2011/83/UE¹²⁶⁴ a permis d'ajouter une obligation d'information du consommateur portant sur la garantie légale de conformité et les garanties commerciales et d'intégrer cette obligation au contenu de l'obligation d'information commune à tous les contrats de vente de biens ou de services¹²⁶⁵. Cette obligation répond à un besoin réel des consommateurs qui en pratique ne sont que très rarement informés de l'existence de la garantie légale par les professionnels. Ces derniers essaient souvent de faire la promotion des garanties commerciales, en laissant entendre aux consommateurs qu'ils ne bénéficient que de ces dernières. Ces pratiques commerciales déloyales ont, d'ailleurs, donné lieu à un important contentieux dans plusieurs pays européens, dont la France, notamment à propos de l'affaire « Apple »¹²⁶⁶. La nouvelle version de l'article L. 111-1 du Code de la consommation, qui transposera l'article 5 de la directive, dispose que : « avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique, de manière lisible et compréhensible, au consommateur les informations suivantes : 1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ; 2° Le prix du bien ou du

¹²⁶³ Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, précitée.

¹²⁶⁴ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs, précitée, transposée en droit français par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JO* n°0065 du 18 mars 2014. V. également le décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation, *JO* du 19 septembre 2014, p. 49, qui complète la transposition de ladite directive en droit national.

¹²⁶⁵ V. la nouvelle rédaction des articles L.111-1 à L.111-3 du Code de la consommation.

¹²⁶⁶ V. le projet de loi relatif à la consommation du 30 avril 2013 et notamment l'étude d'impact qui fait expressément référence au contentieux « Apple », not. p. 31.

service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 ; 3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à exécuter le service ; 4° Les informations relatives à son identité et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte, ainsi que, s'il y a lieu, celles relatives aux garanties, aux fonctionnalités du contenu numérique et, le cas échéant, à son interopérabilité, à l'existence et aux modalités de mise en œuvre des garanties et aux autres conditions contractuelles, dont la liste et le contenu sont fixés par décret en Conseil d'État »¹²⁶⁷.

En outre, l'obligation du professionnel de fournir toutes ces informations de manière « claire et compréhensible » met en avant l'objectif de la transparence recherché par le législateur européen et repris par le droit national. En effet, cette disposition « prolonge [l]e principe de transparence contractuelle »¹²⁶⁸ qui aboutit à l'instauration d'un climat de confiance dans la relation contractuelle.

L'objectif de la transparence contractuelle est aisément perceptible dans l'étude d'impact accompagnant le projet de loi qui transpose la directive: « l'impact pour les consommateurs sera positif, car ils disposeront d'une information plus adaptée leur permettant d'exprimer un consentement éclairé préalablement à tout engagement ou réengagement à l'égard d'un professionnel s'agissant de l'achat d'un bien ou de l'exécution d'un service ainsi que d'une meilleure connaissance de leurs droits légaux »¹²⁶⁹. Le renforcement de la protection du consommateur est ainsi perçu et opéré dans une optique contractuelle, dans le but d'établir la confiance de la partie faible.

279. Renforcer le droit du consommateur de repentir- L'information précontractuelle est liée à un autre mécanisme visant à établir la confiance ainsi que de protéger le consommateur : le droit de rétractation. Ce mécanisme permet le renforcement de la confiance du consommateur, qui ne souhaite plus, pour différentes raisons (voire même, dans certains cas, sans motif) être lié par le contrat. Le droit de rétractation vise alors à « pallier les insuffisances du principe de

¹²⁶⁷ V. l'article 4 du projet de loi relatif à la consommation du 30 avril 2013, précité.

¹²⁶⁸ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAUX, *Les contrats de consommation : règles communes*, op. cit., p. 312.

¹²⁶⁹ Projet de loi relatif à la consommation, précité, Etude d'impact, p. 32.

transparence »¹²⁷⁰. L'information sur la faculté et le délai accordés au consommateur pour se désengager –lorsqu'il a conclu un contrat à distance ou en dehors de l'établissement commercial– fait ainsi partie des obligations pesant sur le professionnel, en vertu des dispositions tant européennes que nationales. Par ailleurs, la Cour de Justice est venue renforcer la protection ; en interprétant la directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile¹²⁷¹, elle a énoncé dans un arrêt de 1999¹²⁷² puis en 2001¹²⁷³ et en 2010¹²⁷⁴ que cette directive « s'oppose à ce que le législateur national applique un délai d'un an à compter de la conclusion du contrat pour l'exercice du droit de révocation instauré par l'article 5 de cette directive, lorsque le consommateur n'a pas bénéficié de l'information prévue à l'article 4 de ladite directive »¹²⁷⁵. Cela signifie qu'un professionnel ayant manqué de respecter son obligation d'information est sanctionné par un gel ou une prolongation du délai de rétractation¹²⁷⁶, voire, en l'espèce, par une prohibition du délai de forclusion. Si cette position pourrait paraître excessivement protectrice du consommateur¹²⁷⁷, elle illustre également le lien entre l'information et la rétractation du consommateur¹²⁷⁸.

En ce qui concerne le délai de rétractation à proprement parler, on le retrouve dans différentes directives européennes transposées en droit français. Il en est ainsi de la directive 85/577/CEE¹²⁷⁹ sur les contrats conclus en dehors des établissements

¹²⁷⁰ Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, op. cit., not. n° 607.

¹²⁷¹ Directive 85/577/CEE, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, précitée.

¹²⁷² CJCE, 22 avr. 1999, *Travel Vac c/ Manuel José Sanchis*, aff. C-423/97, Rec. I-2195.

¹²⁷³ CJCE, 13 décembre 2001, *Georg Heiningen et Helga Heiningen c/ Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG.*, aff. C-481/99, Rec. I-9965.

¹²⁷⁴ CJUE, 15 avril 2010, *E. Friz GmbH c/ Carsten von der Heyden*, aff. C-215/08, Rec. I- 02947.

¹²⁷⁵ CJCE, 13 décembre 2001, op. cit., point 48.

¹²⁷⁶ V. par exemple la directive 94/47/CE sur le *timeshare*, telle que modifiée par la directive 2008/122/CE, précitées.

¹²⁷⁷ V. en ce sens, Ludovic BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heiningen, aff. C-481/99 », *JCP G* 2002, I, 218, p. 623-628, not. p. 628, qui remarque que : «L'information du consommateur constitue certes le pilier majeur de la protection dont il bénéficie. Pour autant, le consommateur n'appartient pas à la catégorie des incapables : à ce titre, il est présumé connaître ses droits et obligations ; l'obligation d'information mise à la charge du fournisseur ne vise qu'à épauler cette présomption, et non à la gommer. [...] Lorsqu'il ne s'agit que de protéger les intérêts économiques du consommateur, nous sommes *a fortiori* d'avis que la mise en œuvre des mécanismes dérogatoires en droit commun, tels que le droit de rétractation, doit pouvoir légitimement être soumise à un délai de forclusion ».

¹²⁷⁸ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNAUX, *Les contrats de consommation : règles communes*, op. cit., p. 379.

¹²⁷⁹ Directive 85/57/CEE du 20 décembre 1985, précitée.

commerciaux, la directive 94/47/CE relative à la multipropriété¹²⁸⁰ ou encore la directive 97/7/CE¹²⁸¹ sur les contrats conclus à distance. La réception des normes européennes en droit national a renforcé le droit de rétractation. On peut citer l'exemple des contrats conclus hors établissement ou suite à un démarchage du consommateur, auquel cas le délai est étendu, de sept jours, prévus antérieurement par le droit national¹²⁸², à quatorze jours¹²⁸³, prévus par la directive 2011/83/UE¹²⁸⁴. Le consommateur peut dans ce délai revenir sur sa décision et résilier le contrat sans avoir à motiver sa décision, ni à encourir de frais supplémentaires. La jurisprudence de la Cour de Justice relève bien le caractère discrétionnaire de l'exercice de ce droit : selon le juge européen, la directive 85/577/CEE « s'oppose à ce qu'un contrat comporte une clause imposant le paiement par le consommateur d'une indemnité forfaitaire pour dommages causés au commerçant au seul motif qu'il a exercé son droit de renonciation »¹²⁸⁵. Par conséquent, le droit de rétractation constitue « un mécanisme légal et d'ordre public, similaire à une condition résolutoire purement potestative »¹²⁸⁶.

On retrouve la résonance de cette conception du droit de rétractation dans la jurisprudence postérieure de la Cour de cassation. Celle-ci a ainsi énoncé, en statuant sur une affaire relative à la rétractation d'un contrat d'assurance, qu' « il résulte de l'article L. 132-5-1 du Code des assurances, d'ordre public, et conforme à la directive 2002/83/CE du 5 novembre 2002, que l'exercice de la faculté de renonciation prorogée ouverte de plein droit pour sanctionner le défaut de remise à l'assuré des documents et informations énumérés par ce texte est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise »¹²⁸⁷.

¹²⁸⁰ Directive 94/47/CE du 26 octobre 1964, précitée.

¹²⁸¹ Directive 97/7/CE du 20 mai 1997, précitée.

¹²⁸² Article L. 121-20 du Code de la consommation dans son ancienne version.

¹²⁸³ V. la nouvelle version de l'article L. 121-21 du Code de la consommation issue de l'article 5 du projet de loi. V. également Carole AUBERT DE VINCELLES, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879-888.

¹²⁸⁴ Article 9 de la directive 2011/83/UE, précitée.

¹²⁸⁵ CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac SL c/ Manuel José Antelm Sanchis*, aff. C-423/97, *Rec.* I-2216, point 60.

¹²⁸⁶ Ludovic BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac*, aff. C-423/97 », *op. cit.*, p. 628.

¹²⁸⁷ Cass. civ 2^{ème}, 7 mars 2006, *Bull. Civ. II*, n° 63.

En dépit des critiques émises vis-à-vis de la position retenue *ad hoc* par la Cour¹²⁸⁸, il n'en demeure pas moins que ladite décision est illustrative de l'influence de la conception du droit européen sur le droit national. On peut, d'ailleurs, discerner « l'élaboration progressive d'une doctrine d'ensemble du droit de rétractation »¹²⁸⁹, allant au-delà du champ plus restreint des contrats conclus à la suite d'un démarchage. « Sa portée s'étend également aux autres directives communautaires et aux législations nationales prévoyant un droit de rétractation »¹²⁹⁰. Il s'agit alors d'une influence plus générale sur le droit commun français ; l'intégration du droit de rétractation dans les projets de réforme du droit des obligations corrobore, d'ailleurs, cette idée¹²⁹¹.

Le renforcement de la confiance contractuelle ne se limite pas à l'obligation précontractuelle d'information et au délai de rétractation. D'autres mécanismes, souvent déjà existants en droit national, ont été mis en avant par l'intervention européenne ; tel est par exemple le cas des informations fournies en cours d'exécution du contrat, en cas de modifications des conditions contractuelles ou encore celui du contrôle de la transparence des clauses du contrat.

280. Garantir l'engagement confiant du travailleur– L'établissement de la confiance du contractant par le biais de la transparence du lien contractuel concerne également le contrat du travail. L'information du salarié constitue le principal mécanisme mis en place, même si la fourniture de l'information n'est pas si détaillée qu'en droit de la consommation. Cette différence est, d'ailleurs, expliquée par la nature différente des deux contrats : le contrat de consommation est souvent d'exécution instantanée et n'implique que plus rarement une relation contractuelle de longue durée. L'accent est alors mis sur l'information précontractuelle, dans un effort de protéger, à titre préventif, la partie faible. Au contraire, le contrat de travail a par nature vocation à régir les relations de l'employeur et de l'employé pendant une

¹²⁸⁸ V. à titre d'exemple Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAU, *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.*, p. 381-383.

¹²⁸⁹ Ludovic BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, Heininger, aff. C-481/99 », *op. cit.*, p. 168.

¹²⁹⁰ Ludovic BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, Travel Vac, aff. C-423/97 », *op. cit.*, §6 p. 624.

¹²⁹¹ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD (dir.), Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffray BRUNAU, *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.*, p. 379. V. l'article 23 du projet de réforme du droit des obligations présenté par la Chancellerie en 2013, *op. cit.*

certaine durée, plus ou moins longue. Par conséquent, si l'information du salarié avant la conclusion du contrat demeure importante, le poids est mis plutôt sur la protection de celui-ci en cours d'exécution du contrat¹²⁹².

En dépit de cette différence, l'information du travailleur occupe une place importante en droit européen ; de la même manière qu'en droit de la consommation, la réception des normes européennes a renforcé des mécanismes de protection déjà existants en droit national.

La directive 91/533/CEE relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur sur les conditions applicables au contrat ou à la relation de travail¹²⁹³, constitue un des exemples les plus caractéristiques des normes européennes visant la transparence du lien contractuel du travail et la protection du salarié¹²⁹⁴. Transposée en droit français avec plus d'un an de retard¹²⁹⁵, elle vise « à mieux protéger les travailleurs salariés contre une éventuelle méconnaissance de leurs droits et à offrir une plus grande transparence sur le marché du travail ». Elle prévoit un certain nombre d'éléments essentiels du contrat ou de la relation de travail que l'employeur doit porter à la connaissance de l'employé : l'identité des parties, le lieu de travail, le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi dans lesquels le travailleur est occupé, la date de début et la durée du contrat ou encore la mention des conventions collectives et/ou accords collectifs régissant les conditions de travail du travailleur en font partie¹²⁹⁶. En dépit d'une transposition à laquelle on pourrait reprocher son caractère minimal¹²⁹⁷, voire la non-conformité avec les dispositions de la directive¹²⁹⁸

¹²⁹² Sur le droit d'information du salarié v. entre autres Benjamin DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Paris, Dalloz, 2013, not. p. 20 : « La relation de travail étant un rapport contractuel qui s'inscrit dans la durée, l'exécution de ce contrat connaît de nombreuses évolutions, sur lesquelles vient souvent se greffer un devoir de parler à la charge de l'une des parties ».

¹²⁹³ Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, JO n° L 288 du 18/10/1991, p. 32-35.

¹²⁹⁴ Pour une analyse approfondie de ladite directive ainsi que de sa transposition, v. Mathias MAUL-SARTORI, *Droits européens d'information relatifs à la relation de travail, La directive 91/533/CE et sa transposition en droit allemand, français et britannique*, Paris, LGDJ, 2008.

¹²⁹⁵ La directive a été transposée en droit français par le décret n°94-761 du 31 août 1994 (JO du 2/9/1994, p.12731), alors que, selon ses dispositions, les Etats membres devaient se conformer à celle-ci au plus tard le 30 juin 1993.

¹²⁹⁶ V. l'article 2 § 2 de la directive.

¹²⁹⁷ Sur les incidences de la directive en droit français, v. également, Jeanine MULLER-JACQUOT, « La directive CEE 91/533 du 14 octobre 1991 et ses incidences sur le contrat de travail », *Dr. ouvr.* 2000, p. 114-115 ; Philippe WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/1996, p. 791-798 ; Michel MORAND, « Élément essentiel du contrat de travail, élément du contrat ? », *JCP E*, 2001, p. 696-699.

–que certains auteurs attribuent en partie à l’inspiration britannique du texte¹²⁹⁹–, l’information du travailleur revêt une importance considérable. Cette importance est accentuée par la Cour de Justice, qui reconnaît une application directe de l’article 2 de la directive, dans les cas de non transposition ou de transposition incorrecte dans les droits nationaux¹³⁰⁰. Suivant cette logique, la Cour de Cassation a, par le biais d’une jurisprudence assez riche, appliqué les exigences de la directive, en définissant les contours relativement flous de l’information qui doit être fournie au travailleur¹³⁰¹.

Dans le sillage de la directive, la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne a repris dans son article 27¹³⁰² la garantie du droit d’information et de consultation des travailleurs en temps utile. Toutefois, comme on a évoqué précédemment, ce droit appartient aux « principes » de la Charte et il ne saurait suffire pour conférer un droit invocable¹³⁰³. On remarquera également que la nature du droit d’information visé par la Charte est collective plutôt qu’individuelle. En effet, elle concerne l’information et la consultation des travailleurs et de leurs représentants en faisant référence à leur implication dans l’entreprise plutôt qu’à la transparence du contrat individuel.

L’obligation d’information individuelle du travailleur poursuit des objectifs similaires à celle qui porte sur le consommateur¹³⁰⁴ : elle « est destinée à clarifier l’exécution de la relation de travail en permettant au salarié de connaître le plus tôt possible la nature de ses obligations et de ses droits et en lui permettant de s’assurer

¹²⁹⁸ Sur cette question v. entre autres Benjamin DABOSVILLE, *L’information du salarié. Contribution à l’étude de l’obligation d’informer*, op. cit., n° 295, note 1063.

¹²⁹⁹ V. les articles 1-11 du 1^{er} titre de la loi anglaise de 1978 sur la protection de l’emploi (*Employment Protection (Consolidation) Act*), intitulé « *Particulars of Terms of Employment. Written particulars of terms of employment* ».

¹³⁰⁰ V. CJCE, 4 décembre 1997, *Helmut Kampelmann e.a. contre Landschaftsverband Westfalen-Lippe* (C-253/96 à C-256/96), *Stadtwerke Witten GmbH contre Andreas Schade* (C-257/96) et *Klaus Haseley contre Stadtwerke Altena GmbH* (C-258/96), *Rec.*, I-06907 ; *RJS* 2/1998, n° 241.

¹³⁰¹ V. par exemple en ce qui concerne l’information du salarié sur les conventions collectives applicables dans l’entreprise Cass. Soc., 28 février 1996, *Bull. V*, n°75 ; Cass. Soc., 18 novembre 1998, *Bull. V*, n° 499 ; Cass. Soc., 29 avril 2003, *Bull. V*, n° 143 ; Cass. Soc., 7 mai 2002, *Bull. V*, n° 154 ; Cass. Soc., 15 novembre 2007, *Bull. V*, n° 191 ; V. le rapport annuel 2010 de la Cour de Cassation, *Le droit de savoir, Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation*, op. cit., not. p. 143-145.

¹³⁰² L’article dispose, en effet, que « 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 ».

¹³⁰³ V. *supra*, sous n° 161.

¹³⁰⁴ C’est la raison pour laquelle certains auteurs traitent ensemble l’obligation d’information découlant des directives du droit de la consommation, comme la directive 97/7/CE, et l’obligation d’information prévue par la directive 91/533/CE. V. Benjamin DABOSVILLE, *L’information du salarié. Contribution à l’étude de l’obligation d’informer*, op. cit., not. n° 304-305.

de leur conformité aux propos échangés avec l'employeur lors de l'embauche. Dès lors que l'information a été transmise, le salarié peut de bonne foi penser que l'exécution du contrat s'effectuera conformément aux indications»¹³⁰⁵. Néanmoins, en raison de la nature particulière du lien contractuel du travail qui s'inscrit beaucoup plus dans la durée que le contrat conclu par le consommateur, l'accent en l'occurrence n'est pas tant mis sur la protection précontractuelle du contractant faible. L'information « ne vise pas à encadrer le pouvoir de direction de l'employeur pour protéger les intérêts du salarié mais impose que les paramètres importants de la relation de travail soient stabilisés et connus du travailleur pour permettre à ce dernier d'avoir une réelle faculté d'option »¹³⁰⁶. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont considéré que l'obligation d'information du travailleur est liée à la stabilisation des prévisions contractuelles¹³⁰⁷. Dans leur volet collectif, l'information et la consultation des travailleurs contribuent à l'instauration d'un climat de confiance entre l'employeur et les salariés et est liée à leur implication dans l'entreprise¹³⁰⁸.

2. La confiance par la sécurisation du lien contractuel

281. Assurer la stabilité de l'emploi- La sécurisation du lien contractuel constitue un autre moyen d'établir la confiance entre les contractants et surtout de rassurer et de protéger la partie faible. L'intervention législative se focalise plutôt sur l'exécution du contrat, voire sur son éventuelle rupture, dans l'objectif de pérenniser la relation contractuelle ou au moins de limiter les effets négatifs d'une rupture. Le travailleur et le consommateur sont toujours abordés sous une optique contractuelle, en tant que parties faibles du contrat. Si la transparence du lien contractuel était d'une plus grande importance pour le contrat de consommation, la sécurisation touche plus le contrat du travail, sans que cela signifie que le consommateur ne soit pas concerné. De la même manière que pour la transparence, les modifications

¹³⁰⁵ Cécile ROBIN, « L'obligation d'information en droit du travail : l'exemple du bulletin de paye », *Revue de Recherche Juridique. Droit prospectif*, 2005, vol. 4, p. 1975-2008, not. p. 1978.

¹³⁰⁶ Benjamin DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, op. cit., n° 306.

¹³⁰⁷ *Ibidem*.

¹³⁰⁸ V. *infra* sous n° 307 et s.

apportées au droit national à la suite de la réception des normes européennes ne bouleversent pas de manière spectaculaire les mécanismes déjà prévus par le législateur national. Cela ne réduit aucunement leur importance ainsi que leur inscription dans le cadre d'un modèle européen, reflété en droit national.

Ainsi, en ce qui concerne le travailleur, différents instruments législatifs visent à garantir la sécurisation du contrat de travail et, par ce biais, la stabilité de l'emploi : le maintien des droits du travailleur en cas de transfert d'entreprises, la protection dans le cadre des licenciements collectifs, la réglementation du travail à durée déterminée ou la protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur en constituent quelques exemples.

282. La sécurisation du lien contractuel en cas de transfert d'entreprise-

La directive 77/187/CEE du 14 février 1977¹³⁰⁹ constitue une des premières interventions législatives européennes touchant le travailleur. Transposée dans le Code du travail¹³¹⁰ par les lois n° 82-915 du 29 octobre 1982¹³¹¹ et n° 83-528 du 29 juin 1983¹³¹², elle avait comme objectif essentiel de veiller à ce que la restructuration des entreprises au sein de l'UE n'ait pas de conséquences négatives sur les travailleurs¹³¹³. La directive contribue ainsi à la sécurisation du lien contractuel, dans la mesure où elle garantit la stabilité de l'emploi¹³¹⁴ en interdisant que le transfert ne soit la cause de rupture du contrat de travail¹³¹⁵. La finalité est alors de protéger le

¹³⁰⁹ Directive 77/187/CEE, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, telle que modifiée par la directive 98/50/CE du 29 juin 1998 et consolidée par la 2001/23/CE du 12 mars 2001.

¹³¹⁰ Art. 122-12, 122-12 I, 132-8, 412-16 et 412-18 devenus les articles L. 1234-7, L. 1224-1, L. 1224-2, L. 2261-14, L. 2143-10 et L. 2421-9 du Code du travail.

¹³¹¹ Loi n° 82-915 du 29 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (2^{ème} loi Auroux), JO du 29 octobre 1982, p. 3255.

¹³¹² Loi n° 83-528 du 29 juin 1983 portant mise en œuvre de la directive du Conseil des Communautés européennes n° 77/87/CEE du 14-02-1977 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'établissements, JO du 29 juin 1983, p. 1943.

¹³¹³ V. Commission des Communautés européennes, Document de travail des services de la Commission, *Mémoire sur les droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises*, novembre 2004.

¹³¹⁴ La Cour de Justice a, d'ailleurs, énoncé clairement que « l'objet de la directive [est] d'assurer la continuité du rapport d'emploi du travailleur vis-à-vis de l'acquéreur de l'entreprise ». CJCE, 11 juillet 1985, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (Syndicat danois des cadres) c/ Société en faillite A/S Danmols Inventar (affaire Mikkelsen)*, C-105/84, Rec. I-2646, point 12.

¹³¹⁵ Sylvaine LAULOM, *L'harmonisation du droit social communautaire. Les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, op. cit., p. 12.

travailleur dont les droits doivent être garantis auprès du cessionnaire dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant¹³¹⁶. La Cour de Justice affirme, par ailleurs, le caractère d'ordre public des droits conférés par la directive qui fait obstacle à ce que le travailleur renonce à ces droits : « cette protection étant d'ordre public et, partant, soustraite à la disposition des parties au contrat de travail, les règles de la directive, et notamment celles relatives à la protection des travailleurs contre le licenciement en raison du transfert, doivent être considérées comme impératives en ce sens qu'il n'est pas permis d'y déroger dans un sens défavorable aux travailleurs »¹³¹⁷. Il s'ensuit que les travailleurs concernés n'ont pas la faculté de renoncer aux droits que leur confère la directive et qu'une diminution de ces droits n'est pas admise, même avec leur consentement¹³¹⁸. Malgré ce niveau de protection élevé du travailleur, l'application de la directive en droit français a tout de même suscité des querelles, tant au niveau doctrinal qu'au niveau jurisprudentiel, notamment en ce qui concerne la définition de la notion de transfert et lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur¹³¹⁹.

283. La sécurisation des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur- Les directives sur la protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur¹³²⁰ constituent un autre exemple d'intervention européenne allant dans le sens de l'établissement de la confiance par le biais de la

¹³¹⁶ C'est la position de la jurisprudence constante de la Cour de Justice qui énonce que « la directive a pour finalité d'assurer le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de l'employeur en leur permettant de rester au service du cessionnaire dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant. Elle tend, ainsi que la Cour l'a précisé dans l'arrêt du 7 février 1985 (CJCE, 7 février 1985, *Wendelboe*, aff. 19/83, *Rec.* 1985, 462), « à assurer, autant que possible, la continuation de la relation de travail, sans modification, avec le cessionnaire, notamment en obligeant celui-ci à maintenir les conditions de travail convenues par une convention collective (article 3, paragraphe 2) et en protégeant les travailleurs contre des licenciements motivés par le seul fait du transfert (article 4, paragraphe 1) ». CJCE, 11 juillet 1985, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (Syndicat danois des cadres) c/ Société en faillite A/S Danmols Inventar* (affaire Mikkelsen), *op. cit.*, point 15.

¹³¹⁷ Il ne s'agit ici que d'une expression de l'ordre public social qui permet une dérogation *in favorem*. Sur l'ordre public social, v. *supra*, sous n° 14.

¹³¹⁸ CJCE, 10 février 1988, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (Fédération danoise des contremaîtres et similaires) c/ Daddy's Dance Hall A/S* (affaire Tellerup), Aff. C-324/86, *Rec.* I-749, points 14 et 15.

¹³¹⁹ Sur ces questions v. *infra*, sous n° 307 et s.

¹³²⁰ Directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, modifiée par la directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur et consolidée par la directive 2008/94/CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

sécurisation du lien contractuel qui unit le travailleur et l'employeur. Visant à garantir les créances salariales impayées en cas de défaillance de l'employeur, ces mesures ne tendent pas à sécuriser le lien contractuel en tant que tel mais plutôt à assurer des droits découlant de ce dernier.

La première de ces directives n'a pas apporté de changements majeurs en droit français ; adoptée dans l'écho de la faillite de la société Lip, la loi du 27 décembre 1973¹³²¹ avait déjà prononcé des mesures protectrices du salarié et le fonctionnement de la garantie a été confié à l'« Association pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés » (AGS), une institution, agréée par le ministère du travail, mise en place en 1974. Ainsi, le droit français remplissait déjà une des principales obligations découlant de la directive 80/987/CEE¹³²². Il a été alors considéré que l'article L. 143-11-1 du Code du travail¹³²³ avait « valeur de transposition en droit français de la directive 80/987/CEE »¹³²⁴.

Plus importantes furent les modifications apportées par la transposition de la directive 2002/74/CE, notamment en ce qui concerne les situations transnationales, à savoir les cas où l'employeur insolvable est installé dans un autre Etat membre. A la suite de la transposition de la directive, six ans plus tard¹³²⁵, dans l'ordre juridique français¹³²⁶, les articles L. 3253-18-1 et suivants du Code du travail prévoient la garantie par l'AGS du règlement des créances impayées des salariés qui exercent habituellement leur activité sur le territoire français, pour le compte d'un employeur dont le siège social est situé dans un autre Etat membre. Cette disposition fait, en effet, écho à la jurisprudence de la Cour de Justice, puis de la Cour de cassation¹³²⁷.

¹³²¹ Loi n°73-1194 du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail, *JO* du 30 décembre 1973, p. 14145.

¹³²² V. notamment l'article 5 de ladite directive.

¹³²³ Devenu les articles L. 3253-6 et L. 3253-8 du Code du travail.

¹³²⁴ V. l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Grenoble (Ch. sociale) en date du 18 octobre 1999, *D.* 2000, Jur. p. 237. V. également Cass. Soc., 20 janvier 1998, *Bull. Civ. V*, n° 25 ; *D.* 1998, Jur. p. 350; Cass. Soc., 26 avril 2006, *Bull. Civ. V*, n° 144 ; *D.* 2006, p. 1335.

¹³²⁵ Ce retard a, d'ailleurs, valu à la France une condamnation de la Cour de Justice. V. CJCE, 27 sept. 2007, *Commission c/ France*, aff. C-9/07, Rec. I-121.

¹³²⁶ Loi n° 2008-89 du 30 janvier 2008 relative à la mise en œuvre des dispositions communautaires concernant le statut de la société coopérative européenne et la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur.

¹³²⁷ Dans un premier temps, la Cour de Justice avait fait primer la loi de la procédure collective. Ainsi, dans un arrêt du 17 septembre 1997, (CJCE 17 sept. 1997, *Danmarks Aktive Handelsrejsende, agissant pour Carina Mosbæk c/ Lønmodtagernes Garantifond* aff. C-117/96, Rec. I-5017), la Cour se fonda sur l'effet utile du droit européen (point 18), pour énoncer que « lorsque l'employeur est établi dans un

Sous l'influence de l'interprétation des juges européens, la Cour de cassation a pu juger que « lorsque l'entreprise, faisant l'objet d'une procédure collective ouverte dans un Etat membre, est établie dans un autre Etat membre, quelle que soit la nature de cet établissement, les créances des salariés qui y exercent leur activité sont garanties, en cas d'insolvabilité de l'employeur, par les institutions du lieu de cette activité »¹³²⁸. L'ensemble de ces mesures va dans le sens d'un renforcement de la confiance des travailleurs, confiance d'autant plus importante lorsque l'employeur est installé dans un autre Etat. Le renforcement de cette confiance veut inciter le travailleur à tirer bénéfice des opportunités que lui offre le fonctionnement du marché intérieur.

284. De la sécurité économique à la sécurité physique et au bien-être du travailleur : le temps de travail - Le temps de travail est une autre illustration de l'intervention européenne dans la relation contractuelle du travail qui, en visant la protection du travailleur et par là même l'établissement de sa confiance, a une influence sur le regard que porte le droit national sur le travailleur¹³²⁹. Les trois directives européennes adoptées en la matière en 1993, 2000 et 2003 prévoient des

autre Etat membre que celui sur le territoire duquel le travailleur réside et exerçait son activité salariée, l'institution de garantie compétente, au titre de l'article 3 de la directive, pour le paiement des créances de ce travailleur en cas d'insolvabilité de son employeur, est l'institution de l'Etat sur le territoire duquel, selon les termes de l'article 2, paragraphe 1, de la directive, soit l'ouverture de la procédure de désintéressement collectif est décidée, soit la fermeture de l'entreprise ou de l'établissement de l'employeur est constatée » (point 27). Deux années plus tard, les juges européens se sont repositionnés en la matière en se prononçant en faveur du lieu d'activité des salariés (CJCE, 16 Décembre 1999, *G. Everson et T.J. Barrass c/ Secretary of State for Trade and Industry et Bell Lines Ltd*, aff. C-198/98, *Rec. I-8903*). En prenant en compte « la finalité sociale de la directive » (point 22), les juges ont alors jugé que « lorsque les travailleurs victimes de l'insolvabilité de leur employeur exerçaient leur activité salariée dans un Etat membre pour le compte de la succursale d'une société constituée selon le droit d'un autre Etat membre, dans lequel cette société a son siège social et y est mise en liquidation, l'institution compétente, au regard de l'article 3 de la directive, pour le paiement des créances de ces travailleurs est celle de l'Etat sur le territoire duquel ils exerçaient leur activité salariée » (point 24).

V. également l'avis de l'Avocat général de la Cour de cassation, M. Pierre Lyon-Caen sur la question « "Faillite" ouverte à l'étranger : un salarié travaillant en France peut-il obtenir la garantie de l'AGS ? » ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 3 juin 2003 *Bull. civ. V*, n° 184, disponible sur le site internet

http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/lyon_caen_7939.html (consulté le 08.09.2014)

¹³²⁸ Cass. soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-43.030.

¹³²⁹ Directive 93/104/CE du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail modifiée par la directive 2000/34/CE modifiant la directive 93/104/CE du Conseil concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail afin de couvrir les secteurs et activités exclus de ladite directive et codifiée par la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, précitée.

prescriptions minimales concernant les modalités contractuelles du temps de travail dans un souci de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs. Les dispositions portent sur les périodes de repos journalier, les temps de pause, le repos hebdomadaire, la durée maximale hebdomadaire de travail, le congé annuel ainsi que sur certains aspects du travail de nuit, du travail posté et du rythme de travail. Certains de ces dispositifs protecteurs du travailleur, tels que la durée maximale quotidienne du travail, étaient déjà prévus par le droit français¹³³⁰. Toutefois, la transposition de la directive a permis l'adoption de mesures renforçant la protection des salariés : on peut songer notamment aux durées minimales de repos¹³³¹ qui n'étaient pas connues du droit français avant la loi du 13 juin 1998¹³³², mais aussi à la modification de la notion même du temps du travail et l'inclusion du temps de permanence dans le temps effectif de travail¹³³³.

La réception du droit européen aboutit à un renforcement de la protection, et donc la confiance, des travailleurs et, partant, à la sécurisation du lien contractuel sous l'influence de la jurisprudence de la Cour de cassation. Celle-ci a interprété le droit national à la lumière des directives européennes et a introduit des nouveaux concepts, comme l'amplitude maximale de la journée de travail, ou modifiée des notions existantes, telles que le temps de travail¹³³⁴. Vu sous cet angle, ce volet de la sécurisation n'est pas tellement lié à la notion de sécurité économique mais plutôt à la sécurité physique et au bien-être du travailleur qui constitue, comme démontré précédemment¹³³⁵, un des traits caractéristiques du modèle européen du travailleur.

En même temps, les règles européennes véhiculent une conception du temps de travail différente de celle du droit français. En effet, si ce dernier appréhendait le temps de travail plutôt comme « une mesure de la subordination », qui, dans une vision contractuelle, « permet d'une part de borner l'emprise patronale sur la vie du

¹³³⁰ Sur la durée maximale quotidienne du travail, v. l'article L. 212-7, devenu les articles L. 3121-34, L. 3121-35 et L. 3121-36 du Code du travail.

¹³³¹ V. les articles L. 3121-33, L. 3131-1 et L. 3132-2 du Code du travail.

¹³³² Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry I), *JO* n°136 du 14 juin 1998, p. 9029.

¹³³³ Pour une analyse de ces questions, v. Anja 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. 821-831. V. également *infra* sous n° 307 et s.

¹³³⁴ Etant donné que ces évolutions sont principalement dues à l'œuvre du juge, européen mais surtout national, elles seront traitées dans la partie consacrée aux acteurs v. *infra*, sous n° 307 et s.

¹³³⁵ V. *supra* sous n° 161.

salarié, et d'autre part d'évaluer la prestation de ce dernier »¹³³⁶, le droit de l'Union l'envisage plutôt comme un élément de la santé et de la sécurité des travailleurs. Les considérants des directives reflètent ce lien entre le temps de travail et la sécurité ainsi que la santé du travailleur: « en vue d'assurer la sécurité et la santé des travailleurs de la Communauté, ceux-ci doivent bénéficier de périodes minimales de repos - journalier, hebdomadaire et annuel - et de périodes de pause adéquates » énonce la directive de 1993¹³³⁷ ; celle de 2000 quant à elle précise que « la santé et la sécurité des travailleurs doivent être protégées sur le lieu de travail, non pas parce qu'ils relèvent d'un secteur particulier ou exercent une activité particulière, mais parce qu'il s'agit de travailleurs »¹³³⁸. Cette différence de perception du temps de travail par rapport au droit national est expliquée par la manière dont le droit européen aborde le travailleur. Axé sur l'objectif de l'établissement de la confiance du citoyen européen, acteur du marché, le modèle européen ne considère pas le temps de travail comme une obligation contractuelle, une contrepartie de la rémunération du travailleur, mais plutôt comme un élément lié à la santé et la sécurité de celui-ci. Une protection harmonisée augmente ainsi la confiance du travailleur et l'incite à bénéficier de ses droits découlant de la libre circulation. Une fois reçue au niveau national, cette conception rentre dans le champ contractuel, qui constitue le cadre dans lequel le droit national a l'habitude de traiter la relation du travail, mais modifie progressivement la conception consacrée auparavant¹³³⁹.

Le renforcement de la confiance ne se limite pas au champ contractuel. La protection du travailleur et du consommateur, en tant qu'acteurs, sort progressivement du contexte contractuel et devient, en quelque sorte, instrumentalisée.

¹³³⁶ Alain SUPIOT, «Temps de travail: pour une concordance des temps», *D.* 1995, p. 945-954, not. p. 954-955.

¹³³⁷ Considérant (8) de la directive 93/10/CE, précitée.

¹³³⁸ Considérant (5) de la directive 2000/34/CE, précitée.

¹³³⁹ *V. infra*, sous n° 307 et s.

Paragraphe II : Au-delà de la confiance contractuelle : la protection des acteurs

285. Une instrumentalisation de la protection accordée – Le renforcement de la confiance contractuelle constitue la première des faces de l'impact du modèle européen du travailleur et du consommateur sur le droit national ; dans un second temps, la protection accordée à ces deux acteurs est plutôt dissociée du contexte contractuel pour être finalement instrumentalisée¹³⁴⁰. Le but visé demeure l'établissement de la confiance du consommateur ou du travailleur ; cependant, il ne s'agit pas tellement d'une confiance en la personne du cocontractant mais plutôt de la confiance en l'existence d'un cadre (législatif ou autre) susceptible d'assurer une protection des personnes, agents économiques, lors de l'exercice de leurs facultés contractuelles.

286. Le fonctionnement de la protection – Cette instrumentalisation est, par ailleurs, liée au caractère fonctionnel de la protection du consommateur et du travailleur. Une des caractéristiques communes du droit de la consommation et du droit du travail, indépendamment de toute intervention européenne en la matière, réside dans le caractère fonctionnel de ces deux branches de droit. En effet, le droit de la consommation « relève plutôt, comme le droit du travail [...], d'une classification fondée sur la fonction de la règle juridique »¹³⁴¹. Le contenu de la norme est ainsi mis au service de l'objectif poursuivi, à savoir, dans le cadre du droit national, la protection du consommateur et du travailleur en tant que parties faibles des contrats inégalitaires¹³⁴². Ce caractère fonctionnel est intimement lié à un phénomène d'instrumentalisation de la protection juridique. Madame Natacha Sauphanor a déjà remarqué, il y a près de quinze ans, que « la dimension normative de la règle de droit régresse au profit d'exigences opérationnelles. La loi devient un outil juridique utilisé

¹³⁴⁰ Sur la question de l'instrumentalisation d'un point de vue du droit de la consommation v. Judith ROCHFELD, « Du statut contractuel "de la protection de la partie faible": les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme » in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2007, p. 835-866.

¹³⁴¹ Thierry BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation (au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté européenne)*, Paris, LGDJ/Story scientia, 1988, n° 83.

¹³⁴² V. également en ce sens, Jean CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », *RTD Civ.*, 1994, p. 239-254, not. p. 240.

dans le but d'obtenir un changement sur le plan social ou économique »¹³⁴³. L'intervention du droit européen s'inscrit alors dans ce mouvement en renforçant le caractère fonctionnel de la protection accordée au travailleur et au consommateur. « Le droit communautaire concourt à la fonctionnalisation des notions »¹³⁴⁴.

On observe ainsi une certaine dé-contractualisation de la protection accordée au consommateur et au travailleur¹³⁴⁵. Plutôt que de protéger le contractant, comme le faisait le droit national avant la réception du modèle européen, on protège la personne, dans l'exercice de ses droits en tant qu'acteur du marché (1). On aurait pu croire que cette évolution de l'approche conduit à une augmentation de la protection accordée. Cela n'a rien d'évident. En effet, ce changement de conception n'est pas sans risque de régression de la protection du consommateur et du travailleur déjà assurée en droit national (2).

1. Du droit des contrats au droit des personnes, ou la dé-contractualisation de la protection

287. Renforcer la confiance de l'acteur du marché – Nous l'avons déjà vu¹³⁴⁶, le droit européen n'aborde pas le travailleur et le consommateur de manière similaire au droit national. Expliquée par les spécificités du droit européen – notamment ses finalités, le champ d'application ainsi que les modes de création de celui-ci–, cette différence finit par avoir un impact sur la perception nationale. Imprégné de ses finalités économiques qui demeurent prédominantes malgré des préoccupations sociales venues s'y ajouter, le droit européen n'a pas, dans un premier temps, vocation à créer un droit commun des contrats comparable au droit civil des Etats membres. L'échec, total ou partiel, des différentes initiatives visant à instaurer un droit civil européen¹³⁴⁷ démontre bien qu'il faut du temps pour que la symbiose

¹³⁴³ Nathalie SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 10.

¹³⁴⁴ Antoine LYON-CAEN, « La réception du droit communautaire à la lueur du droit du travail » in Jean-Sylvestre BERGE, Marie-Laure NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003, op. cit.*, p. 76-84, not. p. 83.

¹³⁴⁵ Sur la décontractualisation v. également *infra* sous n° 307 et s.

¹³⁴⁶ V. *supra*, sous n° 78.

¹³⁴⁷ V. *supra*, sous n° 5.

entre les Etats membres et les institutions européennes et l'avancement de l'intégration européenne permettent éventuellement de mettre en place un véritable droit commun des contrats. Pour le moment, les interventions législatives européennes avancent, tant bien que mal, en entraînant une réorientation de la conception que le droit national réservait au consommateur et au travailleur.

Nous assistons ainsi à une dé-contractualisation de la protection accordée, dans la mesure où, du fait d'une approche finaliste¹³⁴⁸, cette protection est progressivement dissociée du contexte contractuel : « d'un droit de protection de la partie faible, pour ses composantes de vulnérabilité ou de faiblesse, elle se change en un droit de régulation du marché. Dans cet esprit, on ne considère plus prioritairement une partie en position de faiblesse pour organiser une protection s'attachant à sa qualité de personne. On protège davantage la fonction économique qu'elle incarne. La protection du consommateur y intervient alors comme un 'sous-produit', un effet médiat et indirect, 'collatéral' de la défense d'un autre impératif, comme une protection 'en retour' de celle du bon fonctionnement du marché »¹³⁴⁹. Ces propos de Madame Judith Rochfeld, relatifs à la protection européenne du consommateur sont également applicables, *mutatis mutandis*, au travailleur.

L'établissement de la confiance demeure au centre de l'influence européenne. La confiance figure, d'ailleurs, de plus en plus expressément dans les textes transposant des directives européennes en droit français. La différence est qu'elle ne vise pas tant l'équilibre contractuel mais plutôt la fonction du travailleur et du consommateur en tant qu'acteurs du marché. D'ailleurs, pour certains auteurs « l'utilisation du terme "confiance" en droits communautaire et interne serait ainsi le marqueur d'un changement d'orientation de la législation »¹³⁵⁰. Les textes législatifs transposant des directives européennes en droit français sont souvent assez révélateurs de la retranscription de la notion de confiance en tant que marqueur d'un

¹³⁴⁸ Laurence IDOT, « Rapport introductif » in Jean-Sylvestre BERGE, Marie-Laure NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003*, op. cit., p. 17-38, not. p. 23-24.

¹³⁴⁹ Judith ROCHFELD, « De la "confiance" du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », in « Approche critique du vocabulaire juridique européen: la confiance, Chronique de droit européen et comparé n° XXI », *LPA*, 16 février 2009, n° 33, p. 7-11, not. p. 10.

¹³⁵⁰ *Idem*, p. 10.

changement d'orientation¹³⁵¹. Les lois les plus récentes portant sur le droit de la consommation sont les plus illustratives.

288. La confiance dans les lois de transposition des directives européennes – Ainsi, la loi n° 2004-575¹³⁵², transposant en droit français la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique¹³⁵³, affiche dès son intitulé l'objectif d'établir « la confiance dans l'économie numérique ». D'ailleurs, le rapport du Sénat portant sur le projet de loi n'omet pas de mentionner que « ce texte soutiendra le développement des secteurs d'activité de l'économie numérique en leur offrant un cadre juridique stable et clair, propre à promouvoir la confiance de tous les acteurs, et à leur permettre d'investir leur énergie et leurs ressources dans ces nouveaux champs cruciaux d'avancée économique pour notre pays »¹³⁵⁴. Le rapport reflète ainsi la notion de confiance des acteurs-citoyens issue du droit européen. Il reste dans la lignée de la directive qui énonce dans ses considérants que « pour garantir la sécurité juridique et la confiance du consommateur, il y a lieu que la présente directive établisse un cadre général clair pour couvrir certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur »¹³⁵⁵. Si la garantie d'une « protection corollaire du consommateur »¹³⁵⁶ fait partie des objectifs visés, elle est accordée dans le cadre de la suppression des barrières au développement du marché intérieur dans le domaine du commerce électronique, plutôt que dans le but de protéger les intérêts individuels du consommateur en tant que partie faible du contrat¹³⁵⁷.

Dans le même ordre d'idées, le rapport au Premier ministre sur « l'information, la représentation et la protection du consommateur » rédigé en vue de l'adoption de

¹³⁵¹ Judith ROCHFELD, « Du statut contractuel "de la protection de la partie faible": les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 846.

¹³⁵² Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* n°0143 du 22 juin 2004 page 11168.

¹³⁵³ Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique

¹³⁵⁴ Sénat, Rapport 345 (2002-2003) fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, pour la confiance dans l'économie numérique, par MM. Pierre HERISSON et Bruno SIDO, 11 juin 2003, p. 6.

¹³⁵⁵ V. considérant (7) de la directive 2000/31/CE précitée.

¹³⁵⁶ Philippe STOFFEL-MUNCK, « LCEN. La réforme des contrats du commerce électronique », *Communication Commerce électronique* n° 9, Septembre 2004, étude 30.

¹³⁵⁷ V. Paul LUTZ, « Les suites de la directive sur le commerce électronique : la nécessaire refonte du droit français du crédit aux consommateurs », *Revue de Droit bancaire et financier* 2002, p. 87-91.

la loi du 28 janvier 2005¹³⁵⁸ porte l'intitulé très éloquent « De la conso-méfiance à la conso-confiance »¹³⁵⁹ et considère que « rétablir une société de confiance » constitue un objectif primordial. En effet, l'inspiration européenne des conceptions et du discours véhiculés par ce rapport est assez marquante : « c'est l'inquiétude et le manque de confiance que révèlent clairement toutes les études portant sur la société française en général et plus spécifiquement sur le monde de la consommation. [...] En ce domaine, comme dans beaucoup d'autres, les consommateurs témoignent désormais d'une méfiance spontanée à l'égard de tout discours émanant des institutions [...]. Cette attitude s'inscrit dans le cadre traditionnel de défiance envers les professionnels mais elle ajoute à cette dimension une perte évidente de crédibilité des instances publiques [...] Ceci constitue un fait nouveau qui témoigne de la crise de légitimité de tous les dispositifs institutionnels. Alors que le consommateur, comme le citoyen, se soumettait naguère à des codes et à des règles qu'il devait d'ailleurs chercher lui-même, il veut désormais que ces données lui soient fournies, estimant anormal de devoir faire l'effort d'une telle recherche. [...] Il est donc impératif de rassurer les consommateurs et de leur redonner confiance par des mesures appropriées qui répondent à la fois à leur souci de sécurité et aux impératifs de production et de commercialisation des entreprises ».

L'instrumentalisation de la protection est moins visible dans les textes relatifs au travailleur, notamment parce que l'intégration européenne en la matière est moins avancée et les interventions législatives touchant au cœur du contrat de travail sont plus rares. De plus, comme nous l'avons déjà évoqué, la confiance s'exprime dans le domaine de la protection du travailleur, à travers sa sécurité ainsi que son implication dans l'entreprise. Il faut, néanmoins, remarquer que, même dans le cas des directives qui ont comme résultat la sécurisation du lien contractuel par l'instillation de la confiance – comme la directive 77/187/CEE sur le transfert d'entreprises ou la

¹³⁵⁸ Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, *JO* n°26 du 1 février 2005 p. 1648. On doit, toutefois, noter que cette loi, dite « loi Chatel », n'est pas une loi de transposition d'un instrument législatif européen.

¹³⁵⁹ « De la conso méfiance à la conso confiance », Rapport au Premier ministre de la mission parlementaire auprès du Secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la consommation sur « l'information, la représentation et la protection du consommateur », confiée à Luc CHATEL, 9 juillet 2003.

directive 75/129/CEE sur les licenciements collectifs¹³⁶⁰ – l’optique adoptée est avant tout celle de la réglementation de la restructuration de l’entreprise et, par conséquent, l’instrumentalisation de la protection accordée au travailleur. Madame Sylvaine Laulom remarque à propos de ces deux interventions législatives européennes que « le contenu des directives confirme donc qu’elles relèvent davantage de mesures destinées à favoriser la réorganisation de l’entreprise que de mesures destinées à assurer une protection uniforme ou minimale des salariés »¹³⁶¹.

2. Une régression de la protection accordée en droit national ?

289. La différence des finalités de protection entre le droit européen et le droit national – Cette instrumentalisation de la protection accordée par le droit européen au travailleur et consommateur – reflétée dans le droit national au moment de la réception des normes européennes – n’a, en soi, de connotation ni négative, ni positive. Elle a d’abord vocation à décrire un phénomène qui est dû aux finalités et aux particularités du droit européen et qui, par le jeu des interactions qui est inhérent à la coexistence des deux ordres juridiques, influence la conception du droit national. Toutefois, l’instrumentalisation de la protection peut parfois conduire à une baisse du niveau de protection déjà accordée au niveau national ; ou, au moins, expliquer cette baisse, en combinaison avec d’autres paramètres¹³⁶².

On peut ainsi remarquer qu’en dépit d’un niveau de protection du travailleur ou du consommateur souvent plus élevé, le droit français se trouve souvent en inadéquation avec le droit européen. En effet, bien que le rapprochement des droits poursuivi par le droit européen doive être fait « dans le progrès »¹³⁶³, la protection de

¹³⁶⁰ Il est, d’ailleurs, à noter que la Direction générale Emploi, Affaires sociales et Inclusion de la Commission européenne, classe ces deux directives dans la catégorie « défense des droits des travailleurs », V. le site internet de la DG

http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/employment_rights_and_work_organisation/index_fr.htm (consulté le 24 octobre 2014).

¹³⁶¹ Sylvaine LAULOM, *L’harmonisation du droit social communautaire. Les enseignements de l’intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, op. cit., p. 14.

¹³⁶² La question est, bien évidemment, liée aux méthodes d’intégration suivies par le législateur européen. Sur cette question ainsi que celle du risque d’un nivellement par le bas v. également *supra*, sous n° 211 et s.

¹³⁶³ L’insertion des clauses de non régression constitue une des illustrations de cette idée de rapprochement dans le progrès. V. *supra*, sous n° 211 et s.

la personne et la confiance que le droit européen vise à instiller ne suivent pas la même logique que le droit national.

Il existe des dispositions dans les deux domaines considérés entraînant une baisse de la protection que le droit français réservait au consommateur et au travailleur, qui pourrait être perçue comme une régression. Il s'agit, en réalité d'une altération de la nature des intérêts protégés. On n'en évoquera que quelques-uns à titre d'illustration.

290. Le cas du travail de nuit des femmes - Un des exemples les plus discutés en matière de protection du travailleur¹³⁶⁴ est issu de la transposition en droit français de la directive 76/207/CEE relative au principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes¹³⁶⁵. Ce sujet a, en effet, constitué, pendant plus de dix ans, le théâtre d'interactions entre le juge européen, le juge et le législateur nationaux. La directive visait à interdire « toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial »¹³⁶⁶. Après une première condamnation de la France par la Cour de Justice pour mauvaise transposition plus générale de la directive 76/207/CEE¹³⁶⁷, le droit français a été jugé incompatible avec le droit de l'Union sur le point particulier du maintien de l'interdiction du travail de nuit des femmes¹³⁶⁸. La Cour de Justice avait

¹³⁶⁴ V. sur cette question Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, op. cit., not. p. 156-159. V. également Sophie ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, PUAM, Aix-en-Provence, 1999, not. p. 426 et s.

¹³⁶⁵ Directive 76/207/CEE, 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 telle que modifiée par la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 (modification) ainsi que par directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 (refonte). V. également la directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, précitée.

¹³⁶⁶ Article 2§1 de la directive 76/207/CEE.

¹³⁶⁷ CJCE, 25 octobre 1988, *Commission c/ France*, Aff. 312/86, *Rec. I-6315* ; *Dr. soc.* 1989, p. 551, obs. Marie-Thésère LANQUETIN et Hélène MASSE-DESSEN. Cf. aussi Jean SAVATIER, « Travail de nuit des femmes et droit communautaire », *Dr. soc.* 1990, p. 466-470.

¹³⁶⁸ Interdiction prévue par l'ancien article L. 213-1 du Code du travail et adoptée principalement pour mettre en œuvre la Convention n° 89 de l'OIT, du 9 juillet 1948, concernant le travail de nuit des femmes occupées dans l'industrie. CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, Aff. C-345/89, *Rec. I-4047* ; *Dr. soc.* 1992, p. 174, obs. Marie-Ange MOREAU ; Alain SUPIOT, « Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt *Stoeckel*) », *Dr. soc.* 1992, p. 382-385. Quelques jours plus tard, la Cour a confirmé à nouveau sa position dans le cadre d'une question préjudicielle posée par le Tribunal de police de Metz, dans une affaire dont les faits étaient similaires à ceux de l'affaire *Stoeckel*. V. CJCE, 2 août 1993, *Ministère public et Direction du travail et de l'emploi c/ Jean-Claude Levy*, Aff. C-158/91, *Rec. I-04287*.

alors considéré que l'interdiction, par l'article L. 213-1 du Code du travail¹³⁶⁹, du travail de nuit des femmes était incompatible avec les dispositions de la directive ainsi que le principe de l'égalité, en dépit des arguments avancés par le gouvernement français relatifs à la protection des femmes. « En ce qui concerne les objectifs de protection de la main-d'œuvre féminine, ils ne pourraient être valablement retenus, au regard des principes ci-dessus rappelés, qu'en cas de justification de la nécessité d'une différence de traitement entre les hommes et les femmes. Or, quels que puissent être les inconvénients du travail de nuit, il n'apparaît pas que, sauf en cas de grossesse et de maternité, les risques auxquels les femmes sont exposées dans un tel travail soient, de façon générale, différents par leur nature de ceux auxquels sont également exposés les hommes » a énoncé la Cour¹³⁷⁰.

En considérant que « le souci de protection qui a inspiré à l'origine l'interdiction de principe du travail de nuit féminin n'apparaît plus fondé »¹³⁷¹, la Cour a rejeté les justifications avancées par la France dans la mesure où elles faisaient état « de risques qui ne sont pas propres aux femmes ou de préoccupations étrangères à l'objet de la directive »¹³⁷². La France a été condamnée une nouvelle fois six ans après¹³⁷³, les juges européens estimant que les mesures prises entretemps par le gouvernement français en vue de rendre compatible le droit interne avec les exigences européennes n'étaient pas suffisantes. Ce n'est que sous la menace d'une troisième condamnation par la Cour de Justice, cette fois-ci sous une astreinte conséquente, que le législateur français a fini, non sans atermoiements, par supprimer ladite interdiction¹³⁷⁴.

La Cour a ainsi fait primer la notion de non discrimination sur une législation protectrice des femmes salariées, qui a été jugée comme étant obsolète¹³⁷⁵, alors que

¹³⁶⁹ Devenu l'article L. 3122-32 du Code du travail.

¹³⁷⁰ CJCE, 25 juillet 1991, *Alfred Stoeckel*, *op. cit.*, point 15.

¹³⁷¹ CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, *op. cit.*, point 18. Dans ces conclusions, l'avocat général, M. Giuseppe TESAURO, après avoir expliqué les origines socio-économiques de ladite interdiction, estime que, même limité au strict nécessaire, le travail de nuit n'entraîne pas de manière démontrée des risques supplémentaires pour les travailleurs féminins par rapport aux travailleurs masculins. V. conclusions de l'avocat général, M. Giuseppe TESAURO, présentées le 24 janvier 1991, not. points 7-9.

¹³⁷² CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, *op. cit.*, point 18.

¹³⁷³ CJCE, 13 mars 1997, *Commission c/ France*, Aff. C-197/96, *Rec. I-1489* ; *JCP G*, II., 22939, p. 481, note Jean-Louis CLERGERIE.

¹³⁷⁴ Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *JO* n°108 du 10 mai 2001 p. 7320.

¹³⁷⁵ Sur cette question V. entre autres Philippe MARTIN, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *op. cit.*, not. p. 628-630.

pour une partie de la doctrine elle a fait la promotion d'une « égalité formelle au détriment d'une égalité concrète »¹³⁷⁶. C'est ainsi que tout en affichant comme objectif la protection des salariés on aboutit finalement à une baisse de protection par rapport aux droits qui étaient auparavant garantis par le droit national. La même problématique concerne également l'encadrement par le droit européen, et notamment la Cour de Justice, de l'ensemble des pratiques nationales constituant des actions positives¹³⁷⁷.

291. Le cas du crédit à la consommation - La législation concernant le crédit à la consommation constitue une autre illustration de ces « législations de protection [qui] se trouvent particulièrement sujettes à induire des effets pervers »¹³⁷⁸. Il existe, en effet, en matière de réglementation du crédit à la consommation, deux approches qui ne sont pas toujours compatibles : inciter le consommateur à consommer afin de faire fonctionner le marché et dynamiser la croissance, d'une part ; protéger le consommateur contre les dérives du surendettement, d'autre part¹³⁷⁹. Ces deux approches correspondent à deux conceptions distinctes du consommateur, auxquelles se trouve confronté le législateur français: la première approche, véhiculée majoritairement par les normes européennes en la matière, est imprégnée d'un « objectif macroéconomique de protection du marché » alors que la seconde correspond « à un modèle plus classique de protection de la partie faible »¹³⁸⁰. Si le législateur « cherche à encourager tout en protégeant »¹³⁸¹, concilier ces deux préoccupations n'est pas toujours une tâche facile et les interventions législatives peuvent aboutir à une régression du niveau de protection accordée au consommateur.

¹³⁷⁶ V. not. Alain SUPIOT, «Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt *Stoeckel*)», *Dr. soc.* 1992, p. 382-385. V. également sur les réticences de la doctrine, Marie-Ange MOREAU, « Travail de nuit des femmes, observations sur l'arrêt de la CJCE du 25 juillet 1991 », *Dr. soc.* 1992, p. 174-183 ; Christophe PETTITI, « Le travail de nuit pour tous ou pour personne, réflexions sur l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 25 juillet 1991, *Gaz. Pal.* 1992, I, p. 204-206 ; Felice MORGENSTERN, « Du particulier au général: les limites du traitement judiciaire des questions de politique sociale », *Revue internationale du travail* 1991, p. 627-637.

¹³⁷⁷ Sur ces questions, v. *infra* sous n° 307 et s.

¹³⁷⁸ Natacha SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, op. cit., p. 20.

¹³⁷⁹ Dominique LEGEAIS, « Loi du 28 janvier 2005 de protection des consommateurs », *RTD com.* 2005, p. 398-399.

¹³⁸⁰ Judith ROCHFELD, «Reconduction des contrats-Crédits. Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur», *RTD civ.* 2005, p. 478-483, not. p. 482.

¹³⁸¹ Dominique LEGEAIS, « Loi du 28 janvier 2005 de protection des consommateurs », op. cit., p. 398.

La loi du 28 janvier 2005¹³⁸², tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, illustre bien cette problématique. La première partie de la loi porte sur la résiliation des contrats à durée déterminée comportant une clause de tacite reconduction ; elle augmente de fait la protection du consommateur, dans la mesure où elle fait peser sur le professionnel une obligation d'informer le consommateur de la reconduction du contrat et de sa possibilité d'y renoncer¹³⁸³. En revanche, la partie de la loi visant à libérer le crédit gratuit s'avère plus problématique. Selon l'exposé des motifs de la proposition de loi, « afin de permettre le développement du crédit gratuit et promotionnel et favoriser ainsi la consommation des ménages, il est proposé de supprimer l'interdiction légale de la publicité hors des lieux de vente pour ce type de crédit »¹³⁸⁴. Le crédit gratuit, à savoir l'échelonnement du paiement sans frais pour le consommateur, est ainsi libéré, en dépit du danger de surendettement que cette libération pourrait impliquer. Cette partie de la loi risque alors de faire baisser, au nom de l'encouragement de la consommation, la protection du consommateur en tant que partie faible du contrat. « C'est la consommation que l'on protège et, partant, le marché, les individus étant saisis sous l'angle de leur fonction dans ce dernier et de raisonnements macroéconomiques » remarque Madame Judith Rochfeld¹³⁸⁵.

292. Le renforcement de la réversibilité des intérêts protégés – Il ressort ainsi de ces développements que, sous l'influence des règles européennes, la protection accordée au consommateur et au travailleur sort du champ contractuel, se dé-contractualise, pour devenir progressivement une protection accordée à des acteurs économiques. Cette instrumentalisation de la protection peut souvent donner l'impression d'une régression par rapport à la protection déjà accordée par le droit national. Cela n'est cependant pas aussi évident. En effet, nous avons déjà évoqué à propos du droit national¹³⁸⁶ le caractère réversible des intérêts protégés tant du

¹³⁸² Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005, *JO* n° 26 du 1er février 2005, p. 1648.

¹³⁸³ V. l'article L. 136-1 du Code de la consommation.

¹³⁸⁴ Proposition de loi de M. Luc Chatel tendant à redonner confiance au consommateur, Assemblée nationale, n° 1141 du 15 octobre 2003, disponible sur le site de l'Assemblée Nationale <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1141.asp> (consulté le 25 octobre 2014).

¹³⁸⁵ Judith ROCHFELD, «Reconduction des contrats-Crédits. Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur», *op. cit.* p. 482.

¹³⁸⁶ V. *supra* sous n° 14 et s.

consommateur que du travailleur. Cela signifie que, même indépendamment de toute influence européenne, le sens de la protection n'est jamais unidirectionnel. Ainsi, tout en protégeant le consommateur ou le travailleur, le législateur national opère également une régulation du marché, une égalisation des conditions de la concurrence, et prend en considération les intérêts d'autres acteurs, notamment des entreprises. En ce sens, ce qui peut être perçu comme une régression venant du droit européen n'est, en réalité, qu'un renforcement de la réversibilité des intérêts protégés, déjà existante en droit national. Les contraintes et les finalités différentes du droit européen contribuent ainsi à ce renforcement.

SECTION 2 : LES MODIFICATIONS DU DROIT NATIONAL PAR DES VOIES NON INSTITUTIONNELLES

293. Une européanisation indirecte du droit national - L'intégration des normes européennes constitue la principale voie d'influence européenne sur le droit national, mais elle n'est pas pour autant la seule. Le droit européen influence les droits nationaux de manière plus indirecte en constituant un cadre qui les incite à se rapprocher. Il s'agit alors d'une européanisation indirecte du droit national.

Qu'elle soit politique, économique, culturelle ou juridique, la symbiose des Etats membres au niveau européen fonctionne, en effet, comme un grand laboratoire où les personnes, les marchandises, les capitaux et les droits des différents pays se mettent à cohabiter. De cette cohabitation naissent des conflits mais aussi des influences, qui, lorsqu'elles ne suivent pas la voie institutionnelle, sont souvent plus difficilement repérables. L'Union européenne agit ainsi à la fois comme un élément de connexité entre les différents systèmes et comme un élément qui rend les ordres juridiques « perméables » et donc plus réceptifs aux échanges avec les autres systèmes juridiques. « La communautarisation n'a pas nécessairement suivi des canaux institutionnels. Elle a sans doute été plus diffuse, sous l'effet d'une rhétorique européenne ou comparative parfois très vivante sur la scène politique ou sur la scène sociale » remarque Monsieur Antoine Lyon-Caen¹³⁸⁷.

Bien que plus difficilement repérables, ces influences entraînent des modifications du droit national, en matière tant de droit de la consommation que de droit du travail. Nous nous limiterons, dans le cadre de la présente section, aux modifications d'origine législative, dans la mesure où les influences européennes portées par le biais des acteurs autres que le législateur, notamment le juge et les acteurs de la société civile, feront l'objet d'un chapitre spécifique¹³⁸⁸. Certes, il est plus difficile de retrouver des indices concernant ces influences indirectes qui ne sont pas effectuées dans le cadre d'une application du droit européen au sens strict du terme. Il n'en demeure pas moins que ces influences sont tout aussi intéressantes d'autant

¹³⁸⁷ Antoine LYON-CAEN, « La réception du droit communautaire à la lueur du droit du travail » *op. cit.*, p. 76-84, not. p. 79.

¹³⁸⁸ V. *infra*, sous n° 307 et s.

plus que, comme elles sont déconnectées d'une quelconque obligation pesant sur les Etats membres, elles démontrent la perméabilité des systèmes nationaux grâce au droit européen. Elles peuvent avoir lieu soit à l'occasion de la réception d'une norme européenne en droit national (*Paragraphe I*) soit grâce à l'incitation du contexte européen (*Paragraphe II*).

Paragraphe I : Les modifications motivées par la réception du droit européen

Il convient, tout d'abord, de préciser que par l'expression « motivées par la réception du droit européen » on entend les modifications législatives du droit national qui ont lieu lorsqu'une norme européenne est intégrée dans l'ordre juridique national, mais qui ne rentrent pas dans la procédure de transposition ou d'application de la norme au sens classique du terme. En effet, en dehors de la procédure de transposition ou d'application d'une règle européenne –mais à l'occasion de celles-ci– le législateur national peut modifier, de manière spontanée le droit d'un Etat membre. L'élément distinctif de ces modifications est que, au moment où elles ont lieu, le législateur national ne remplit pas une obligation d'application du droit européen. C'est, le cas des anticipations des normes européennes (1) ainsi que des transpositions *a maxima* des directives¹³⁸⁹ (2).

1. L'anticipation des normes européennes

294. Les raisons expliquant l'anticipation des normes européennes –

La modification du droit national en vue de l'adoption d'une règle au niveau européen constitue une technique à laquelle le législateur national a parfois recours, dans un effort de réformer le droit national tout en le rendant conforme au droit européen qui sera amené par la suite à s'appliquer. Elle consiste, en effet, à s'inspirer d'un projet législatif européen en cours pour modifier le droit national, sans nécessairement limiter l'ampleur des modifications apportées aux points visés par le projet européen en question.

Plusieurs raisons peuvent expliquer le recours à cette technique : faciliter l'intégration du droit européen et limiter les recours en manquement et les condamnations de la part de la Cour de Justice ; saisir l'occasion pour réformer un domaine plus large du droit national, lorsque les autorités nationales estiment que cette réforme serait indispensable pour la transposition des futures normes européennes à venir ; se constituer un moyen légitime pour aller en quelque sorte

¹³⁸⁹ Sur la transposition maximale des directives dans le cadre de la question plus générale de la place conféré au droit national, V. *supra*, sous n° 211 et s.

« de l'avant », afin d'exercer une pression dans le cadre du processus législatif européen. Il sera, en effet, plus facile pour un Etat membre qui est sur le point de réformer, de sa propre initiative, son système national de plaider sa cause dans le cadre des négociations au Conseil. Nous exposons ci-dessous, à titre d'illustration, quelques exemples de modifications du droit national effectuées dans le cadre de l'anticipation des normes européennes.

295. L'exemple de la publicité trompeuse – En matière de droit de la consommation, la législation sur la publicité trompeuse constitue un autre exemple d'anticipation des règles européennes. En effet, jusqu'au début des années 1960, la France n'était pas dotée d'un arsenal législatif spécifique à la protection du consommateur face à la publicité trompeuse ou mensongère. La jurisprudence essayait de pallier les lacunes en ayant recours à la législation sur l'escroquerie ou sur les fraudes¹³⁹⁰. En 1963, une loi visant le « maintien de la stabilité économique et financière » a introduit, entre autres, l'interdiction de « toute publicité faite de mauvaise foi comportant des allégations fausses ou introduisant en erreur »¹³⁹¹.

En même temps, au niveau européen, commença une discussion –qui a duré tout au long des années 1960– autour de la question plus générale de la concurrence déloyale mais aussi de la publicité trompeuse. Le groupe d'experts chargé d'étudier les possibilités de réglementation européenne en la matière a ainsi décidé de donner la priorité à l'élaboration des règles européennes en matière de publicité trompeuse¹³⁹². Cette volonté est reflétée dans les travaux du Comité économique et social puis dans le programme préliminaire de la Commission pour une politique de protection et d'information des consommateurs¹³⁹³, qui classe la réglementation en la matière parmi les actions

¹³⁹⁰ Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 128. V. également Serge GUINCHARD, « Vingt ans après : l'évolution des sanctions de la publicité mensongère », *Mélanges offerts à A. Chavanne*, Paris, Litec, 1990, p. 11-25.

¹³⁹¹ Article 5 de la loi de finances n°63-628 du 2 juillet 1963 rectificative pour 1963, portant maintien de la stabilité économique et financière, *JO* 3 juillet 1963 p. 5915.

¹³⁹² Richard WAINWRIGHT, « Use of the comparative law method in european law » in François R. van der MENSBRUGGHE (dir.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2003, p. 98-108, not. p. 104.

¹³⁹³ Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE* n° C 092 du 25 avril 1975 p. 0002 – 0016.

prioritaires¹³⁹⁴. Après plusieurs années de travail, la Commission a présenté en 1978 une proposition de directive¹³⁹⁵ qui, en raison des réticences de certains Etats membres, n'a abouti que six ans après à l'adoption d'une directive ayant un champ d'application plus restreint que les ambitions initiales¹³⁹⁶. Les règles européennes ont été le fruit d'une « gestation » ayant duré plus de vingt ans¹³⁹⁷.

Toutefois, cette « gestation » a également eu son impact au niveau du droit national. Pendant le temps des discussions au niveau européen et anticipant l'adoption des règles harmonisées, le législateur français a modifié la loi de 1963, dont l'application avait été jugée décevante¹³⁹⁸, par la loi du 27 décembre 1973, dite loi Royer¹³⁹⁹, mettant en place un délit de publicité trompeuse. En adoptant une définition plus large¹⁴⁰⁰ et en supprimant des éléments, tels que la mauvaise foi, qui compliquaient la lutte contre la publicité trompeuse, la nouvelle loi visait à renforcer la protection du consommateur¹⁴⁰¹. L'idée de l'anticipation des normes européennes est, d'ailleurs, corroborée par le fait que la France n'a pas pris de

¹³⁹⁴ V. l'article 22 du programme préliminaire qui énonçait les actions suivantes: « Protéger le consommateur par des mesures appropriées contre la publicité mensongère ou trompeuse - établir des principes permettant d'apprécier le caractère mensonger, trompeur ou déloyal d'une publicité, - prendre des mesures en vue d'empêcher de léser les intérêts économiques du consommateur par une publicité mensongère, trompeuse ou abusive, - étudier les procédures permettant de mettre rapidement fin aux campagnes de publicité mensongère ou trompeuse et d'assurer la véracité des messages, - étudier les possibilités d'éliminer les effets d'une publicité mensongère ou trompeuse, notamment par la publication de messages rectificatifs, - étudier les problèmes que pose un renversement de la charge de la preuve ».

¹³⁹⁵ Proposition de la Commission concernant une directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse et déloyale du 1er mars 1978, *JOCE* n° C 070 du 21 mars 1978 p. 0004 - 0006.

¹³⁹⁶ La directive 84/450/CEE ne porte que sur la publicité trompeuse alors que la proposition initiale visait tant la publicité trompeuse que la publicité comparative. La protection contre la publicité comparative a été finalement introduite par la directive 97/55/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse, précitées.

¹³⁹⁷ Richard WAINWRIGHT, «Use of the comparative law method in european law», *op. cit.*, p. 104.

¹³⁹⁸ Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 128.

¹³⁹⁹ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, *JO* 30 décembre 1973, p. 14139.

¹⁴⁰⁰ Selon la définition retenue par l'article 44 de la loi (reprise par la suite dans l'article L. 121-1 du Code de la consommation) « Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après: existence, nature, composition, qualités substantielles, teneur en principes utiles, espèce, origine, quantité, mode et date de fabrication, propriétés, prix et conditions de vente de biens ou services qui font l'objet de la publicité, conditions de leur utilisation, résultats qui peuvent être attendus de leur utilisation, motifs ou procédés de la vente ou de la prestation de services, portée des engagements pris par l'annonceur, identité, qualités ou aptitudes du fabricant, des revendeurs, des promoteurs ou des prestataires. »

¹⁴⁰¹ V. Caroline CARREAU, « Publicité fausse ou de nature à induire en erreur - Publicité comparative », *Dalloz, Répertoire de droit commercial*, octobre 2004, not. n°14; Monique LUBY, « Publicité commerciale », *Dalloz, Répertoire de droit communautaire*, janvier 2005, not. n° 39.

mesures de transposition de la directive 84/450/CEE. Par conséquent, il a été considéré que le droit national était déjà en conformité avec les dispositions du droit de l'Union et la loi de 1973 « a été notifiée à la Commission comme mesure visant à assurer en France l'application de la directive »¹⁴⁰².

Modifier le droit national en vue de l'adoption des normes européennes constitue ainsi un moyen pour le législateur national d'agir, notamment dans des domaines qui ne sont pas réglementés au niveau national. C'est, d'ailleurs, la raison pour laquelle ce type de modifications n'est que rarement retrouvé en droit du travail où la quasi-totalité des domaines touchés par des interventions européennes était déjà réglementée au niveau national. Le droit européen exerce alors une double influence : d'une part, au moment de la création des règles nationales, dans la mesure où les discussions au niveau européen ont nécessairement un écho ; d'autre part, au moment de l'application de ces normes, étant donné qu'elle doit se faire à la lumière des règles européennes. En effet, selon la jurisprudence constante de la Cour de Justice, « en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci »¹⁴⁰³.

2. Les transpositions *a maxima* des normes européennes

296. La notion de transposition *a maxima* – On parle de transposition *a maxima* d'une norme européenne – il s'agira, dans la quasi-totalité des cas, des normes issues d'une directive – lorsque le législateur national, en intégrant la disposition du droit européen dans l'ordre juridique interne, va au-delà des exigences que l'obligation de conformité au droit européen lui impose. On oppose cette technique législative aux transpositions minimales¹⁴⁰⁴, qui font référence aux cas où

¹⁴⁰² V. le point 2 des conclusions de l'Avocat général de la Cour de Justice, M. Giuseppe Tesaro, présentées dans le cadre de l'affaire *Procédure contre X*, C-373/90, *Rec. I*-140.

¹⁴⁰³ *Ibidem*. V. également CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83, *Rec. I*-1891; CJCE 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec. I*-4135. Sur cette question, v. *infra*, sous n° 307 et s.

¹⁴⁰⁴ Sur cette notion et, de manière plus générale, sur la technique de transposition des directives européennes en droit national v. Célia ZOLYNSKI, *Méthode de transposition des directives*

le législateur national ne fait que le strict minimum pour rendre son droit conforme aux exigences européennes et éviter ainsi les recours en manquement.

La transposition *a maxima* peut essentiellement correspondre à deux cas de figure : d'une part, lorsque le droit national étend le champ d'application de la règle issue du droit européen, pour l'appliquer à des situations ou des personnes qui ne sont pas a priori visées par la norme européenne ; d'autre part, lorsque le droit national étend le niveau de protection du travailleur ou du consommateur garanti par le droit européen pour accorder à ceux-ci un traitement plus favorable. La marge dont dispose le législateur national pour procéder à ces transpositions *a maxima* est déterminée par la nature de l'harmonisation poursuivie¹⁴⁰⁵. Le droit français accordant, dans la majorité des cas, une protection élevée du consommateur et du travailleur, on ne manquera pas d'exemples des deux cas de figure. Néanmoins, on ne limitera notre regard qu'aux cas où le droit national est modifié à l'occasion de l'application de la norme européenne. Par conséquent, nous n'englobons pas les hypothèses où le législateur français a maintenu des dispositions plus favorables au consommateur et au travailleur, déjà existantes en droit national, étant donné qu'il ne s'agit pas, dans ce cas-là, d'une véritable modification du droit national, bien que le raisonnement soit similaire. C'est pour cette raison que nous ne ferons pas, par exemple, référence à l'application par le droit français des dispositions concernant les clauses abusives aux personnes morales – par le biais de la notion de « non-professionnel » – dans la mesure où cette position du législateur français était bien antérieure à la transposition de la directive 93/13/CEE et a simplement été maintenue après la transposition¹⁴⁰⁶. Nous n'englobons pas non plus les cas où le législateur national a décidé d'appliquer les clauses optionnelles¹⁴⁰⁷ ou les prescriptions subsidiaires¹⁴⁰⁸ d'une directive, étant donné qu'il s'agit d'une

communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins, Paris, Dalloz, 2007, not. n° 173-174.

¹⁴⁰⁵ Sur ce point, v. *supra* sous n° 211 et s.

¹⁴⁰⁶ Sur cette question, v. *supra* sous n° 211 et s.

¹⁴⁰⁷ Une telle clause est contenue dans l'article 5 § 2, alinéa 1^{er} de la directive 99/44/CE sur la vente qui dispose que « Les États membres *peuvent* prévoir que le consommateur, pour bénéficier de ses droits, doit informer le vendeur du défaut de conformité dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle il l'a constaté » (nous soulignons).

¹⁴⁰⁸ On appelle subsidiaires les dispositions d'une directive qui ne s'appliquent que dans le cas où les parties n'arrivent pas à conclure un accord. V. par exemple l'article 7 § 1 de la directive 94/45/CE, sur le Comité d'entreprise européen, qui dispose qu'« afin d'assurer la réalisation de l'objectif visé à l'article 1er paragraphe 1, les prescriptions subsidiaires arrêtées par la législation de l'État membre

application de la directive au sens classique du terme et non d'une modification du droit national inspirée par l'application d'une norme européenne.

297. Etendre le champ d'application d'une règle européenne à des situations non visées par elle – La première hypothèse vise le cas où le législateur attribue à la norme européenne un champ d'application plus large que celui prévu par une directive qui poursuit une harmonisation partielle. Le domaine non couvert par le champ d'application du droit européen demeurant sous la compétence des Etats membres, ces derniers n'ont qu'une obligation d'interprétation à la lumière du droit de l'Union¹⁴⁰⁹. On opère ainsi une distinction entre les aspects du contrat de travail ou de consommation qui sont harmonisés et ceux qui ne le sont pas. Dans le premier cas c'est le contenu du droit national qui est sous influence européenne ; dans le second cas c'est l'application du droit national qui est sous le contrôle européen¹⁴¹⁰. En effet, les règles du droit national qui opèrent une transposition *a maxima* n'échappent pas au contrôle du juge européen. La Cour de Justice considère à cet égard que « lorsqu'une législation nationale se conforme pour des solutions qu'elle apporte à des situations purement internes à celles retenues en droit communautaire [...] il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter les divergences d'interprétation entre les titres, les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer »¹⁴¹¹.

dans lequel est implantée la direction centrale sont applicables: - lorsque la direction centrale et le groupe spécial de négociation le décident ou - lorsque la direction centrale refuse l'ouverture de négociations dans un délai de six mois à compter de la demande visée à l'article 5 paragraphe 1 ou - lorsque, dans un délai de trois ans à compter de cette demande, ils ne sont pas en mesure de conclure un accord ainsi que le prévoit l'article 6 et si le groupe spécial de négociation n'a pas pris la décision prévue à l'article 5 paragraphe 5 ». Sur la question des prescriptions subsidiaires v. Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, *op. cit.*, p. 118-122.

¹⁴⁰⁹ Sur cette question ainsi que le rôle du juge national lorsqu'il interprète le droit européen, v. *supra* sous 42 et s.

¹⁴¹⁰ Jean-Pierre PIZZIO, « Droit communautaire de la consommation et droit français de la consommation », in Daniel FASQUELLE, Patrick MEUNIER (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, *op. cit.*, p. 189-197, not. p. 189.

¹⁴¹¹ CJCE, 17 juillet 1997, *A. Leur-Bloem c/ Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, Aff. C-25/95, Rec. I-04161, point 32 ; CJCE, 16 mars 2006, *Poseidon Chartering BV c/ Marianne Zeeschip VOF et autres*, Aff. C-3/04, Rec. I-02505, point 16.

Tel est, par exemple, le cas de la transposition de la directive 89/391/CEE sur l'obligation de sécurité de l'employeur¹⁴¹². Si le processus de mise en conformité du droit français avec les exigences de la directive a duré plus de dix ans, l'obligation de sécurité et de prévention pesant sur l'employeur a été étendue afin d'englober non seulement la santé physique des employés mais également la santé mentale¹⁴¹³. La loi n° 2002-73¹⁴¹⁴ a ainsi « marqué une première percée du psychologique dans le domaine de la santé au travail »¹⁴¹⁵ en modifiant le Code du travail, dont l'article L. 4121-1, alinéa 1^{er} dispose désormais que « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». De cette manière, le droit français est modifié au-delà des exigences imposées par la directive à l'occasion de l'application de cette dernière. De plus, le sens de la modification rejoint le modèle européen du travailleur qui, comme démontré précédemment, associe la confiance à la sécurité physique mais aussi au bien-être du travailleur.

Si cette première hypothèse est ouverte dans des cas d'harmonisation partielle, la seconde hypothèse concerne des cas d'harmonisation minimale. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, en application du principe de protection nationale renforcée et des clauses de non régression, les Etats membres se réservent, en principe, la faculté de maintenir ou d'établir –c'est ce second cas qui nous intéresse ici– des mesures plus protectrices du consommateur et du travailleur¹⁴¹⁶. Toutefois, cette possibilité n'est ouverte que lorsque le législateur européen opte pour la voie d'harmonisation minimale. En revanche, cette faculté est exclue en présence d'une directive d'harmonisation totale ou maximale, telle que la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, qui réduit presque à néant la possibilité pour le législateur national de différencier le contenu de la règle, ne serait-ce que pour aller dans un sens plus favorable au consommateur et au travailleur.

¹⁴¹² Directive 89/391/CEE du 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, *JOCE* L 183 du 29.6.1989, p. 1-8.

¹⁴¹³ Sur la question de la transposition de la directive 89/391/CEE en droit des Etats membres v. Loïc LEROUGE, « L'obligation de sécurité de l'employeur en Europe », *RDT* 2008 p. 124-134.

¹⁴¹⁴ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* du 18 janvier 2002, p.1008.

¹⁴¹⁵ Jean MARTINEZ, « Les mouvements d'extension du droit de la santé au travail », *JCP S*, n° 16, 14 Avril 2009, 1170, p. 13-19, not. n° 6-15.

¹⁴¹⁶ Sur ces questions v. *supra*, sous n° 211 et s.

Réputé particulièrement protecteur tant pour le consommateur que pour le travailleur, le droit français a pu, à plusieurs reprises, assurer un niveau de protection plus élevé que celui prévu par les directives d'harmonisation minimale¹⁴¹⁷. On songe par exemple à l'adoption par les articles L. 121-21 et suivants du Code de la consommation de règles plus protectrices du consommateur que ce que prévoit la directive 85/577/CEE sur les contrats négociés en-dehors des établissements commerciaux. Ainsi, l'article L. 121-26 du Code de la consommation interdit au professionnel d'obtenir du client une contrepartie quelconque ou d'effectuer des prestations de services avant l'expiration du délai de réflexion de sept jours. Cette interdiction imposée au professionnel de procéder à l'encaissement du prix ou d'une autre contrepartie pendant le délai de réflexion vise à faciliter l'exercice de la part du consommateur de son droit de repentir. Elle n'est pas envisagée par ladite directive qui prévoit seulement le droit du consommateur de revenir sur sa décision et renoncer au contrat dans un délai de sept jours¹⁴¹⁸.

La transposition de la directive 97/80/CE sur la charge de la preuve en cas de discrimination fondée sur le sexe¹⁴¹⁹ offre une autre illustration relative au travailleur. La directive vise à garantir l'application par les États membres des mesures permettant à toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe de faire valoir ses droits par voie juridictionnelle après, éventuellement, le recours à d'autres instances compétentes¹⁴²⁰. Se limitant à la discrimination sexuelle¹⁴²¹, la directive fait bénéficier le travailleur d'une présomption simple de discrimination, dès lors qu'il présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il incombe ainsi à l'employeur d'apporter la preuve que le

¹⁴¹⁷ V. en ce sens, Aurélie THIERIET-DUQUESNE, «Les limites de l'harmonisation totale», *op. cit.*, not. p. 10.

¹⁴¹⁸ L'article 5 de la directive dispose simplement que « le consommateur a le droit de renoncer aux effets de son engagement en adressant une notification dans un délai d'au moins sept jours à compter du moment où le consommateur a reçu l'information visée à l'article 4 et conformément aux modalités et conditions prescrites par la législation nationale. En ce qui concerne le respect du délai, il suffit que la notification soit expédiée avant l'expiration de celui-ci. La notification faite a pour effet de libérer le consommateur de toute obligation découlant du contrat résilié ».

¹⁴¹⁹ Directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe telle que modifiée par la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 précitées.

¹⁴²⁰ Article premier de la directive.

¹⁴²¹ Article 2 de la directive.

principe de l'égalité de traitement n'a pas été violé¹⁴²². Lors de la transposition de la directive¹⁴²³, le législateur français a saisi l'occasion pour étendre davantage la protection accordée au travailleur. Outre l'adoption d'une notion large de la discrimination¹⁴²⁴, il a inséré dans le Code du travail l'article L. 122-45-1¹⁴²⁵ pour donner la possibilité aux organisations syndicales d'engager, à la place du travailleur ou du candidat à l'emploi, une procédure en cas de discrimination. Il s'agit d'un mécanisme qui avait été consacré par la Cour de cassation un an auparavant¹⁴²⁶ et qui n'est pas du tout prévu par la directive transposée mais a été mis en place à l'occasion de la transposition dans le but d'améliorer le droit national.

Ces modifications du droit national sont, certes, spontanées, dans le sens de l'absence d'une obligation de transposition ou d'application du droit de l'Union mais ont comme point de départ une initiative législative européenne. Il existe cependant d'autres modifications du droit national qui sont simplement motivées par le contexte européen sans aucun lien direct ou indirect avec une initiative législative européenne.

¹⁴²² Article 4 §1 de la directive, transposé dans l'article L. 122-45 3° du Code du travail (devenu l'article L. 1134-1).

¹⁴²³ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JO* n°267 du 17 novembre 2001, p. 18311.

¹⁴²⁴ V. l'article L. 122-45 1° du Code du travail (devenu l'article L. 1132-1) qui dispose qu' « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1^{er} 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, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap ».

¹⁴²⁵ Devenu l'article 1134-2 du Code du travail. Cet article dispose, en effet, que « les organisations syndicales représentatives au niveau national, au niveau départemental ou de la collectivité dans les départements d'outre-mer, à Saint-Barthélemy et à Saint-Martin, ou dans l'entreprise peuvent exercer en justice toutes les actions résultant de l'application des dispositions du chapitre II. Elles peuvent exercer ces actions en faveur d'un candidat à un emploi, à un stage ou une période de formation en entreprise, ou d'un salarié, dans les conditions prévues par l'article L. 1134-1. L'organisation syndicale n'a pas à justifier d'un mandat de l'intéressé. Il suffit que celui-ci ait été averti par écrit de cette action et ne s'y soit pas opposé dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle l'organisation syndicale lui a notifié son intention d'agir. L'intéressé peut toujours intervenir à l'instance engagée par le syndicat ».

¹⁴²⁶ V. Cass. soc., 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 126. Sur cette question, v. *infra*, sous n° 307 et s.

Paragraphe II : Les modifications motivées par le contexte européen

298. Une « européanisation rampante » – Si les modifications du droit national ci-dessus exposées se produisent à l’occasion de l’application, anticipée ou actuelle, des normes européennes, des influences européennes indirectes sur les systèmes juridiques nationaux peuvent être détectées même en dehors de ce processus. Venant toujours de l’initiative du législateur national, elles sont alors motivées par ce qu’on pourrait appeler « le contexte européen ». L’appartenance à la famille européenne constitue, dans ce cas de figure, le cadre incitant les droits nationaux à se rapprocher, ou, au moins, à échanger. Certains auteurs ont qualifié ce phénomène de « communautarisation rampante », tout en observant que celle-ci « n’est par définition pas toujours annoncée et le serait-elle qu’il n’est pas commode d’en apprécier la portée véritable »¹⁴²⁷.

Il s’agit des cas où le contexte européen fonctionne comme source d’inspiration des réformes ou des projets de réformes menés au niveau national (1) ; ou alors des démarches comparatives, effectuées spontanément par les Etats-membres qui souhaitent « évaluer » leur droit par rapport aux autres droits nationaux de l’Union européenne (2).

1. Le contexte européen, source d’inspiration des réformes du droit national

299. Les actions de défense des intérêts collectifs des consommateurs – Indépendamment de la procédure de réception des normes européennes dans les ordres juridiques nationaux, le droit européen peut constituer une source d’inspiration pour le législateur national. Les initiatives européennes suscitent alors des questionnements au niveau national qui sont souvent d’une ampleur beaucoup plus large que le projet européen. On retrouve parfois la trace de ces inspirations dans les documents issus des négociations des projets législatifs européens au sein du Conseil européen. Ainsi, à l’occasion des négociations sur la proposition de directive relative aux licenciements collectifs, « la délégation britannique a marqué son accord

¹⁴²⁷ Antoine LYON-CAEN, « La réception du droit communautaire à la lueur du droit du travail », *op. cit.*, p. 76-84, not. p. 79.

sur la poursuite des travaux [...]. Elle a fait observer [...] que la législation *britannique envisagée s'inspirera de plusieurs suggestions contenues dans la proposition de la Commission* »¹⁴²⁸.

La discussion, qui a eu lieu récemment en France, autour de la réforme de la législation sur les actions de groupe constitue un bel exemple d'évolution du droit national inspirée par le contexte européen, mais également un exemple d'influence du droit comparé. La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation remet en discussion la question qui ne cesse de susciter des querelles en France¹⁴²⁹ concernant la défense des intérêts collectifs des consommateurs¹⁴³⁰. Si ce n'est pas la première fois que le législateur français se penche sur la problématique de la pertinence d'une « class action à la française »¹⁴³¹, le contexte européen, en tant que source d'inspiration, a sans nul doute joué un rôle important.

En effet, la Commission travaille depuis plusieurs années sur la question de la mise en place des recours collectifs, tant en droit de la concurrence qu'en droit de la consommation¹⁴³². Elle a ainsi publié un Livre vert en 2005¹⁴³³ et un Livre blanc en 2008¹⁴³⁴ sur les actions en indemnisation pour violation du droit européen de la concurrence. Visant à « améliorer les conditions juridiques dans lesquelles les

¹⁴²⁸ Conseil européen, négociations sur la proposition de directive relative aux licenciements collectifs, Note, 1621/75 (SOC 193) du 03 octobre 1974 portant sur la réunion qui a eu lieu le 25 septembre 1974, p. 3 (nous soulignons).

¹⁴²⁹ V. à titre indicatif d'une doctrine très abondante en la matière, Louis BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, Paris, 1997 ; Mauro CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC* 1975, p. 571-597 ; Francis CABALLERO « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985, p. 247-276 ; Laurence SINOPOLI, « Class actions en France », *Contratto e Impresa/Europa* 2011, p. 477-494 ; Serge GUINCHARD, « Une class action à la française ? », *D.* 2005, p. 2180-2186.

¹⁴³⁰ Sur cette problématique v. Laurence SINOPOLI, Silvia PIETRINI, Claire DEBOURG, Eva THEOCHARIDI, « Collection des actions : à la recherche des accès à la justice » in Ismaël OMARJEE, Laurence SINOPOLI (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, op. cit., p. 21-133. V. également le décret d'application de ladite loi n° 2014-1081 du 24 septembre 2014.

¹⁴³¹ On pourrait mentionner, pour ne citer que quelques exemples, la proposition de loi concernant l'action de groupe déposée par Monsieur Bernard Stasi en 1984-1985 ; le projet proposé par la commission pour la codification du droit de la consommation, présidée par Monsieur Jean Calais-Auloy à la fin des années 1990 ; ou encore le projet de loi en faveur des consommateurs déposé le 8 novembre 2006 à l'Assemblée nationale, mais jamais discuté.

¹⁴³² Pour un exposé des initiatives européennes en la matière v. Jules STRUYCK, « Actions pour les consommateurs, initiatives européennes », in Angélique LEGENDRE (dir.), *L'action collective ou action de groupe, Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Contrats, Patrimoine, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 57-68.

¹⁴³³ Livre vert sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2005) 672 final du 19 décembre 2005.

¹⁴³⁴ Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2008) 165 final du 2 avril 2008.

victimes exercent leur droit, conféré par le traité, de demander réparation de tous les dommages subis du fait d'une infraction aux règles de concurrence communautaires »¹⁴³⁵, ces documents prévoient des actions collectives permettant de défendre les intérêts des consommateurs. En même temps, un autre Livre vert, publié en 2008¹⁴³⁶, est consacré aux recours collectifs pour les consommateurs, dans le but de «présenter alors, ainsi qu'il convient, une solution cohérente au niveau européen, offrant à tous les consommateurs un accès à des mécanismes de recours collectif pour régler des litiges transfrontaliers»¹⁴³⁷. Le Livre blanc a été suivi d'une consultation publique, lancée par la Commission en 2011¹⁴³⁸. Enfin, une recommandation de la Commission sur les mécanismes de recours collectifs¹⁴³⁹ invite les Etats membres à mettre en place, dans un délai de deux ans, « un ensemble de principes régissant les recours collectifs tant judiciaires qu'extrajudiciaires qui devraient être communs à tous les États membres de l'Union, tout en respectant leurs traditions juridiques propres. Ces principes devraient permettre de garantir que les droits procéduraux fondamentaux des parties sont préservés et d'éviter les abus moyennant des garde-fous appropriés »¹⁴⁴⁰.

Cette discussion au niveau européen a eu un impact significatif au niveau des Etats membres, notamment ceux qui, à l'instar de la France, n'étaient pas dotés de véritables mécanismes de recours collectifs des consommateurs. Différentes initiatives, tant doctrinales¹⁴⁴¹ que législatives, ont ainsi vu le jour en France, comme le colloque organisé en 2005 par la Cour de Cassation et l'association de défense des

¹⁴³⁵ *Idem*, point 1.2.

¹⁴³⁶ Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, COM (2008) 794 final du 27 novembre 2008.

¹⁴³⁷ Résolution du Parlement européen du 20 mai 2008 sur la stratégie communautaire en matière de politique des consommateurs pour la période 2007-2013, A6-0155/2008.

¹⁴³⁸ Consultation publique de la Commission européenne, intitulée « Vers une approche cohérente en matière de recours collectif », SEC (2011)173 final, du 4 février 2011.

¹⁴³⁹ Recommandation de la Commission relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union, 2013/396 /UE. V. également la Communication de la Commission datant du même jour et intitulée «Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs», COM (2013) 401 final du 11 juin 2013.

¹⁴⁴⁰ Considérant (13) de la recommandation, précitée.

¹⁴⁴¹ V. à titre d'exemple Alexandre FIEVEE, Julien GROSJEAN, « L'action de groupe... ou l'introduction d'une nouvelle voie de droit – Réflexions sur les travaux en cours », *CCC*, n° 12, décembre 2010, étude 14; Jean-Louis FOURGOUX, « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », *Gazette du Palais*, 16 mai 2013 n° 136, p. 46-48; Angélique LEGENDRE (dir.), *L'action collective ou action de groupe, Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2010.

consommateurs « UFC-Que Choisir » portant sur la réforme du droit français en matière d'actions de groupe¹⁴⁴². Dans ce contexte, et avant même la publication de la dernière recommandation de la Commission européenne, a été présenté le projet de loi sur les consommateurs¹⁴⁴³, qui portait de manière ostensible les marques de la discussion européenne. Hormis la référence aux différents travaux de la Commission ainsi qu'à l'étude menée par cette dernière sur l'efficacité des recours collectifs dans les Etats membres de l'Union,¹⁴⁴⁴ le projet de loi comportait un tableau analysant les principales caractéristiques des procédures de recours collectifs ou avoisinants qui existent dans huit États de l'Union européenne (Allemagne, Angleterre, Italie, Pays-Bas, Portugal, Suède, Danemark et Espagne)¹⁴⁴⁵. Ces références démontrent ainsi que le contexte européen a constitué une source d'inspiration et d'échanges, un déclencheur de modifications du droit national, sans passer par la voie institutionnelle d'intégration des normes européennes dans l'ordre juridique national.

300. Les actions de défense des intérêts collectifs des travailleurs – La mise en place par la loi de 2014 d'une action de défense des intérêts collectifs des consommateurs ainsi que les initiatives au niveau européen ont suscité des questionnements similaires en droit du travail. Ces questionnements démontrent à la fois le rapprochement entre les deux matières considérées, cette fois-ci au niveau national, et l'influence du droit de l'Union sur des points du droit national qui ne sont pas visés par des initiatives législatives européennes. La doctrine commence ainsi à se demander si, au-delà des actions déjà connues du droit national et notamment les actions en substitution¹⁴⁴⁶, il ne serait pas pertinent d'introduire en droit du travail

¹⁴⁴² Colloque organisé le 10 novembre 2005 par l'association UFC- Que Choisir sur le thème « Pour des véritables actions de groupe : un accès efficace et démocratique à la justice », disponible sur le site internet de la Cour de Cassation

http://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/publications_2201/obstacles_juridiques_action_groupe_8449.html (consulté le 25 octobre 2014)

¹⁴⁴³ Projet de loi relatif à la consommation n° 1015, déposé à l'Assemblée nationale le 2 mai 2013.

¹⁴⁴⁴ Commission européenne, DG SANCO, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union*, final report, 28 août 2008, disponible sur le site internet http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/finalreportevaluationstudypart1-final2008-11-26.pdf (consulté le 25 octobre 2014).

¹⁴⁴⁵ Annexe 1 du projet de loi relatif à la consommation, précitée.

¹⁴⁴⁶ Il s'agit, principalement, des actions exercées par les organes représentatifs des salariés, les actions exercées en défense de l'intérêt collectif de la profession ainsi que les actions en substitution. V. Alain SUPIOT, *Le juge et le droit du travail*, thèse dactyl., Université de Bordeaux, 1979; Sophie ROZEZ, « Les

de véritables actions de groupe autorisant l'exercice d'actions en justice aux non-salariés qui ne sont pas parties à l'instance¹⁴⁴⁷.

Dans ce contexte, deux projets de loi ont été déposés, l'un à l'Assemblée nationale¹⁴⁴⁸ et l'autre au Sénat¹⁴⁴⁹. Visant spécifiquement les actions contre les discriminations, les deux projets proposent des mécanismes fortement inspirés du droit de la consommation. En dépit de modalités procédurales légèrement différentes¹⁴⁵⁰, les deux projets prévoient des mécanismes offrant la possibilité à des associations habilitées, syndicales ou autres, à agir en justice en protection de l'addition des intérêts individuels des travailleurs plutôt que de l'intérêt collectif de ces derniers¹⁴⁵¹. Si ces projets portent uniquement sur les actions contre les discriminations, la question des actions collectives concerne l'ensemble du droit de travail. Ainsi, le rapport rédigé par Monsieur Alain Lacabarats et remis à la Garde des Sceaux en juillet 2014, propose la mise en place d'actions collectives devant le TGI sur tout contentieux intéressant un nombre important de salariés. Sont alors visées non seulement les actions contre les discriminations mais toute action des travailleurs dès

organisations syndicales de salariés», *op. cit.*, p. 145-151; Marianne KELLER, «Action syndicale sur le terrain et action en justice: deux démarches complémentaires pour le syndicat», *Dr. ouvr.* 2009, p. 363-364.

¹⁴⁴⁷ Frédéric GUIOMARD, « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail », *RDT* 2014, p. 568-574, not. p. 568.

¹⁴⁴⁸ Proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, déposée à l'Assemblée nationale le 14 janvier 2014, texte n° 1699, disponible sur le site internet de l'Assemblée nationale <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1699.asp> <http://www.assemblee-nationale.fr/14/propositions/pion1699.asp> (consulté le 26.10.2014).

¹⁴⁴⁹ Proposition de loi visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, déposée au Sénat le 25 juillet 2013, texte n° 811, disponible sur le site internet du Sénat <http://www.senat.fr/leg/pp12-811.html> (consulté le 26.10.2014).

¹⁴⁵⁰ Les deux projets suivent plutôt le modèle des actions de groupe introduit par la loi du 17 mars 2014 sur les consommateurs, à savoir un premier jugement sur la responsabilité de l'auteur et la définition du groupe des personnes ayant subi un préjudice, puis un second jugement ayant pour objet la détermination du montant d'indemnisation. Toutefois, des différences procédurales existent, même si les modalités ne sont pas suffisamment précises. Outre la juridiction compétente pour statuer sur l'action, qui est différente, le projet déposé au Sénat réserve l'action en justice au défendeur des droits ou à toute association habilitée à agir en justice, alors que celui déposé à l'Assemblée vise toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et se proposant par ses statuts de lutter contre les discriminations, ainsi que toute organisation syndicale représentative. Par ailleurs, le projet du Sénat prévoit des modalités spécifiques lorsque les victimes ne sont pas connues du juge.

¹⁴⁵¹ V. l'article 1er du projet de loi déposé au Sénat ainsi que l'article 1er du projet déposé à l'Assemblée nationale.

lors que la cause du litige est elle-même collective. Le jugement rendu sur ce point sera doté d'un effet *erga omnes*¹⁴⁵².

Indépendamment des résultats concrets sur lesquels toutes ces initiatives vont aboutir, force est de constater que le contexte européen incite à revoir le droit national au-delà des situations visées par le droit de l'Union.

301. Les projets de réforme du droit des obligations – Les projets de réforme du droit des obligations constituent un autre exemple de modification du droit national, motivé par le contexte européen. Dans ce cas, l'élément déclencheur de la discussion fut la transposition d'une directive européenne, la directive 99/44/CE sur la vente et les garanties des biens de consommation, mais l'objet des projets de réforme sort complètement du champ d'application de la directive et prend une toute autre dimension. Les modifications apportées au droit français – au-delà de la simple transposition *a minima* de la directive – sont tellement éloignées, d'un point de vue tant temporel que matériel, du champ visé par les normes européennes qu'on ne peut pas parler d'une réforme opérée à l'occasion de la réception du droit européen dans le système juridique national. L'influence des réformes menées dans d'autres Etats membres à la même occasion – notamment en Allemagne – a également joué un rôle important.

En effet, la directive 99/44/CE a suscité de vives discussions, tant au niveau européen, au moment de son adoption¹⁴⁵³, qu'au niveau national, à l'occasion de sa transposition. Elle a constitué le déclencheur d'un certain nombre de réformes des droits nationaux qui ont dépassé son champ d'application, dans la mesure où certains Etats membres ont trouvé l'occasion de revoir une grande partie de leur droit des obligations¹⁴⁵⁴. Il est d'ailleurs significatif à cet égard qu'après ladite directive, a rebondi la discussion concernant le Code civil européen.

¹⁴⁵² Alain LACABARATS, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, Rapport à Madame la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, juillet 2014, disponible sur le site internet du ministère de la Justice http://www.justice.gouv.fr/publication/rap_lacabarats_2014.pdf (consulté le 26.10.2014), p. 57.

¹⁴⁵³ Sur cette question v. *supra*, sous n° 113 et s.

¹⁴⁵⁴ Sur cette question v. Eva THEOCHARIDI, «Réflexions sur le rapprochement des droits à partir de la directive 99/44/CE», in Sophie ROBIN-OLIVIER, Daniel FASQUELLE (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 333-342.

L'Allemagne a été le premier Etat membre dans lequel cette discussion autour de la directive a abouti à une réforme plus générale. Si l'idée d'une vaste réforme du droit des obligations allemand remontait à la fin des années 1970, aucune mesure législative d'ampleur n'a été prise par le gouvernement allemand jusqu'au début des années 2000¹⁴⁵⁵. Au moment de la transposition de la directive 99/44/CE, les autorités allemandes se sont trouvées devant le dilemme suivant: se contenter de transposer la directive (*kleine Lösung*, petite solution), ou plutôt en profiter pour réformer le droit de la vente dans son ensemble (*grosse Lösung*, grande solution)¹⁴⁵⁶? Les autorités allemandes ont ainsi trouvé l'occasion « de combiner la discussion sur la réforme [...] avec la nécessité de transposer les règles européennes, et ce afin de mettre bonne fin au projet non réalisé vingt ans plus tôt »¹⁴⁵⁷. L'Allemagne a finalement voulu éviter d'ajouter un droit particulier propre à la vente entre professionnel et consommateur, à côté des différents droits de vente déjà existants. La « loi pour la modernisation du droit des obligations » a alors réformé le droit de la vente du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), celui du contrat d'entreprise ainsi que le droit de troubles dans l'exécution, en même temps que les règles de la prescription : environ 150 dispositions ont été modifiées. Les principales innovations de la réforme allemande visent, d'une part, le droit commun des obligations, et, d'autre part, le droit commun de la vente, auquel a été ajoutée une partie spéciale concernant la vente de biens aux consommateurs¹⁴⁵⁸. Par le biais de cette réforme, le législateur allemand a ainsi manifesté sa volonté de mettre à jour son droit national mais également de le rendre compatible avec les évolutions au niveau européen et international afin de lui donner un rayonnement plus important dans le cadre de l'eupéanisation du droit privé¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁵ Pour une analyse de l'évolution de la question en Allemagne v. Hans MICKLITZ, «La modernisation du droit des obligations: l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation», *Revue européenne de droit de la consommation*, 2003, p. 3-17.

¹⁴⁵⁶ Sur les arguments pour et contre la *grosse Lösung* v. Claus-Wilhelm CANARIS, « Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen », *JZ*, 2001, p. 499-524 ; Barbara DAUNER-LIEB, « Die geplante Schuldrechtsmodernisierung- Durchbruch oder Schnellschuß? » *JZ*, 2001, p. 8-18.

¹⁴⁵⁷ Hans MICKLITZ, «La modernisation du droit des obligations: l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation», *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁵⁸ Pour une analyse détaillée de la réforme du droit des obligations allemand v. Claude WITZ, Filippo RANIERI (dir.), *La Réforme du droit allemand des obligations, Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, Paris, Société de Législation comparée, 2004.

¹⁴⁵⁹ Reinhard ZIMMERMANN, « Contract Law Reform: The German Experience » in Stefan VOGENAUER, Stephen WEATHERILL (dir.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford, Hart Publishing,

En France, la transposition de la directive a été beaucoup plus controversée. A l'issue de près de six ans de débats¹⁴⁶⁰ et une condamnation pour manquement de transposition par la Cour de Justice en 2004¹⁴⁶¹, la directive a été transposée *a minima* par voie d'ordonnance en février 2005¹⁴⁶². En dehors des questions techniques sur lesquelles portaient les débats¹⁴⁶³, la position finalement adoptée par le législateur français et surtout la réaction que la transposition a suscitée au sein du monde juridique ont été critiquées comme méfiantes face au droit européen au seul prétexte que celui-ci adoptait un système avec lequel les juristes français n'étaient pas familiers. Les propos de Monsieur Bertrand Fages qui remarque qu'en France on a considéré que « ce qui vient du droit romain est forcément bien [...] et ce qui est compliqué est forcément mieux »¹⁴⁶⁴, sont illustratifs de ces reproches.

Toutefois, en dépit du caractère minimal de la réforme du droit français, effectuée à l'occasion de la transposition de la directive, les débats ne sont pas restés sans suite. Au contraire, ils ont offert l'occasion d'une réflexion plus profonde sur l'ensemble du droit des obligations, resté pratiquement intouché depuis plus de 200

2006, p. 71-87, not. p. 72-73: "the reform was seen to bring German law up to date, to make it compatible with the international development of contract law and to secure for it a *leading position on the way towards a Europeanisation of private law, or perhaps even a European civil code*". V. également Peter HUBER, « La réforme du droit des contrats en Allemagne » in Rémy CABRILLAC, Denis MAZEAUD, André PRÜM (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain : colloque du 22 juin 2007*, Paris, Société de Législation Comparée, 2008, p. 59-73.

¹⁴⁶⁰ V. à titre indicatif des controverses, Geneviève VINEY, « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *D.* 2002, Chron. p. 3162-3163 ; « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », *JCP G* 2002, I, 158, p. 1497-1501 ; Olivier TOURNAFOND, « Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *D.* 2000, Chron. p. 159-162 ; « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil », *D.* 2002, Chron. p. 2883-2889 ; « Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des consommateurs. Article de foi ou réalisme législatif ? » *D.* 2003, Chron., p. 427-429 ; Patrice JOURDAIN, « Ne pas manquer une occasion de progrès », *D.* 2003, p. 4-6 ; Denis MAZEAUD, « La parole est à la défense... », *D.* 2003, Chron., p. 6-8 ; Gilles PAISANT, Laurent LEVENEUR, « Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ? », *JCP G* 2002, I, 135, p. 923-925 ; Daniel MAINGUY, « Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *JCP G* 2002, I, 183, p. 2109-2112.

¹⁴⁶¹ CJCE, 1^{er} juillet 2004, *Commission c/ France*, aff. C-311/03.

¹⁴⁶² Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005, relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, *JO* n° 41 du 18 février 2005, p. 2778. .

¹⁴⁶³ V. notamment les positions du groupe de travail sous la direction de Madame Geneviève Viney proposant une transposition large de la directive et l'introduction d'une notion unitaire de non-conformité et une position plus modérée, en faveur d'une transposition étroite qui permettrait la coexistence des dispositions de la directive et de la distinction propre au droit français entre vices cachés et défauts de conformité.

¹⁴⁶⁴ Bertrand FAGES, « Projet de loi de transposition de la directive du 25 mai 1999. Au retard s'ajoute le regret » *Revue Lamy Droit civil*, 2004, n°9, p. 5-10.

ans. Ainsi, sept mois après la publication de l'ordonnance transposant la directive, un groupe de travail présidé par le Professeur Pierre Catala a remis un projet de réforme au Garde de Sceaux¹⁴⁶⁵. Si la loi du 17 juin 2008¹⁴⁶⁶ n'a opéré qu'une refonte du droit de la prescription, le second volet du droit des obligations visé par le projet Catala a fait l'objet d'une concertation qui a donné lieu à un projet de loi portant sur la réforme du régime des obligations et des quasi-contrats publié en 2011¹⁴⁶⁷.

On peut ainsi légitimement placer ces projets de réforme dans la série des effets d'ouverture, de modernisation et de rapprochement des droits au sein de l'Union Européenne. L'impact de l'exemple allemand n'a pas été négligeable. En effet, on retrouve dans l'avant-projet la même idée de refondation du droit autour d'un droit commun des obligations. Le professeur Catala l'a d'ailleurs affirmé lors de son discours introductif le jour de la remise du rapport. Après avoir rappelé qu'un actif mouvement de réflexion avait été déclenché au niveau européen, en particulier sur le droit des contrats, il a remarqué qu'« il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats, car c'est bien là que ce trouve le siège de la matière »¹⁴⁶⁸. L'inspiration européenne de ces projets de réforme paraît tellement évidente qu'un auteur remarque, à propos du projet de réforme de la Chancellerie de 2008, que « l'avant-projet nous paraît encourir le reproche d'être d'inspiration trop européenne, au point qu'on peut se demander si c'est un projet pour la France ou pour l'UE ».¹⁴⁶⁹

Par ailleurs, un nouvel projet de loi de réforme du droit des obligations a été présenté en 2013¹⁴⁷⁰. Visant à « répondre à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi, de renforcer la sécurité juridique, tout en contribuant au rayonnement et à

¹⁴⁶⁵ Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil), déposé au garde de Sceaux le 22 septembre 2005, disponible sur le site internet http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf (consulté le 15 septembre 2014).

¹⁴⁶⁶ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JO* n°0141 du 18 juin 2008, p. 9856.

¹⁴⁶⁷ Projet de réforme du régime des obligations et des quasi-contrats, disponible sur le site internet http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf (consulté le 15 septembre 2014).

¹⁴⁶⁸ Pierre CATALA (entretien), « Il est temps de rendre au Code civil son rôle de droit commun des contrats », *JCP G*, I, 170, p. 1739-1742.

¹⁴⁶⁹ Philippe MALINVAUD, « Le « contenu certain » du contrat dans l'Avant-projet Chancellerie du code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », *D.* 2008, p. 2551-2252, not. p.2251.

¹⁴⁷⁰ Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, présenté le 27 novembre 2013, disponible sur le site internet du Sénat <http://www.senat.fr/leg/pjl13-175.pdf> (consulté le 25 octobre 2014).

l'attractivité du système juridique français »¹⁴⁷¹, le projet de loi porte sur les trois sources d'obligations, à savoir les contrats, les quasi-contrats et la responsabilité délictuelle, qui composent les trois parties de la réforme. S'il n'y a aucun lien apparent entre cette démarche et le droit européen, le texte affiche, dès son exposé des motifs ses inspirations européennes, en précisant qu'il tient compte « des projets d'harmonisation du droit européen et international des contrats et du droit comparé »¹⁴⁷². Est par la suite expliquée l'articulation de ce projet avec le droit européen et notamment avec la proposition de Règlement concernant le droit européen de la vente¹⁴⁷³. « Si ce texte devait être adopté, la modernisation du droit français des obligations n'en demeurerait pas moins nécessaire et même indispensable puisque le droit interne, du fait du système optionnel envisagé par la Commission européenne, viendra en concurrence directe avec le droit européen » affirme le projet¹⁴⁷⁴. Il renvoie ainsi à la problématique de la concurrence des systèmes juridiques nationaux, en tant que voie de gouvernance de la diversité, que nous avons déjà évoquée¹⁴⁷⁵.

Il n'est pas sans intérêt de noter qu'une des modifications apportées par le projet de loi consiste en l'introduction dans le droit commun tant du devoir d'information du cocontractant¹⁴⁷⁶ que de la suppression d'une clause contractuelle qui crée un déséquilibre significatif entre les parties¹⁴⁷⁷. Au vu de nos développements concernant le consommateur et le travailleur, ces propositions de modification appellent à deux commentaires préliminaires, sous réserve de l'adoption du texte définitif. Cela concerne, d'une part, l'utilisation de la notion de confiance par l'article portant sur le devoir d'information qui est applicable lorsqu'une partie a

¹⁴⁷¹ V. l'exposé de motifs du projet de loi précité, p. 8.

¹⁴⁷² *Ibidem*.

¹⁴⁷³ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final du 11 octobre 2011.

¹⁴⁷⁴ *Idem*, p. 79-80.

¹⁴⁷⁵ V. *supra* sous n° 211 et s.

¹⁴⁷⁶ V. l'article 37 du projet de loi précité, disposant que « celui des contractants qui connaît ou devrait connaître une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, ce dernier ignore cette information ou fait confiance à son contractant. Le manquement à ce devoir d'information engage la responsabilité extracontractuelle de celui qui en était tenu. Lorsque ce manquement provoque un vice du consentement, le contrat peut être annulé ».

¹⁴⁷⁷ V. l'article 77 du projet de loi précité, qui prévoit que « une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée. L'appréciation du déséquilibre ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

« fait confiance à son contractant ». Notion phare du modèle européen du travailleur et du consommateur, la confiance est ainsi intégrée dans le droit commun. D'autre part, la généralisation du mécanisme de la suppression des clauses abusives rejoint les problématiques déjà évoquées concernant une possible extension au travailleur de ce mécanisme de protection, traditionnellement réservé au consommateur¹⁴⁷⁸.

302. La rupture conventionnelle du contrat de travail- Enfin, des inspirations européennes peuvent être décelées dans une autre modification du droit national qui ne présente *prima facie* aucun rapport avec le droit de l'Union et qui porte cette fois sur le travailleur. Il s'agit de la possibilité de rupture conventionnelle du contrat de travail, mise en place par la loi du 25 juin 2008¹⁴⁷⁹. Consacrant l'ANI du 11 janvier 2008¹⁴⁸⁰, la loi a introduit les articles L. 1237-11 à L. 1237-16 du Code du travail qui prévoient la rupture du contrat de travail d'un commun accord du travailleur et de l'employeur. Ce nouveau mode de cessation du contrat visant « une rupture sécurisée » lorsque les parties souhaitent mettre un terme au contrat, constitue l'expression de la liberté contractuelle du droit commun et s'inscrit dans un mouvement de « déjudiciarisation de la relation de travail »¹⁴⁸¹. L'idée est ainsi de proposer un mode plus flexible de rupture contractuelle, en contournant le passage par le juge, souvent coûteux et chronophage. La convention signée par les parties est par la suite soumise à une homologation administrative¹⁴⁸².

Indépendamment de la question concernant les risques que ce mode de rupture peut impliquer pour le travailleur¹⁴⁸³, il convient de remarquer que cette modification du droit national ne paraît pas liée à une quelconque initiative législative européenne. Toutefois, la doctrine ne manquera pas de la qualifier d'« ébauche d'une "flexisécurité à la française" »¹⁴⁸⁴, en faisant allusion à la notion de flexicurité issue du droit de

¹⁴⁷⁸ V. *supra* sous n° 161 et s.

¹⁴⁷⁹ Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, *JO* n°0148 du 26 juin 2008 p. 10224.

¹⁴⁸⁰ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

¹⁴⁸¹ Elsa PESKINE, Cyril WOLMARK, *Droit du travail 2015*, Paris, Dalloz, coll. Hypercours, 9^{ème} édition, 2014, p. 349.

¹⁴⁸² Article L. 1237-14 du Code du travail.

¹⁴⁸³ Gilles AUZERO, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation » *RDT* 2008, p. 522-526.

¹⁴⁸⁴ Gilles AUZERO, « L'accord du 23 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : l'ébauche d'une "flexisécurité à la française" », *RDT* 2008, p. 152-161.

l'Union¹⁴⁸⁵. En effet, le droit national aborde traditionnellement avec méfiance l'accord du travailleur à la résiliation du contrat, en raison, notamment, de la subordination de celui-ci à l'employeur, qui risque de vicier son consentement¹⁴⁸⁶. Toutefois, contrairement à la conception nationale d'une relation conflictuelle, ce dispositif vise « un improbable équilibre entre une plus grande souplesse organisationnelle pour les entreprises et une plus grande sécurité du revenu comme de la protection sociale (plutôt que de l'emploi) pour les salariés »¹⁴⁸⁷. Il s'insère ainsi dans la logique européenne des politiques globales pour l'emploi qui ont pour objectif la promotion des solutions contractuelles souples¹⁴⁸⁸.

Il en résulte une influence des lignes directrices de la Stratégie européenne pour l'emploi ainsi que de l'esprit de flexicurité qui sont reflétés dans une modification du droit national réalisée de manière spontanée mais dont l'incitation trouve ses sources dans le contexte européen.

2. Le recours au droit comparé

303. Les études comparatives réalisées par le législateur national: entre effet de mode et concurrence des droits– Les études de droit comparé constituent un outil auquel le législateur national a de plus en plus recours. Beaucoup plus rarement utilisées pendant les premières décennies de l'existence de l'Union, elles apparaissent aujourd'hui souvent, soit sous forme de rapports rédigés sous l'égide des ministères compétents, soit comme partie des Etudes d'impact accompagnant les différents projets de loi. Si elles constituent, dans une certaine mesure, un effet de mode –à l'instar de la manière dont les Analyses d'impact des différents projets législatifs européens sont rédigées–, elles répondent également à un réel besoin des autorités nationales de prendre connaissance des réponses que les autres systèmes juridiques européens ont apportées à des questions particulières et d'adapter, le cas échéant, leur propre droit national.

¹⁴⁸⁵ V. *supra*, sous n° 161 et s.

¹⁴⁸⁶ Pascal LOKIEC, «L'accord du salarié», *Dr. soc.* 2010, p. 140-143, not. p. 140; Antoine JEAMMAUD, «Consentir» in Tatiana SACHS (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, Paris, 2012, p. 65-101, not. p. 65 et 68; Elsa PESKINE, Cyril WOLMARK, *Droit du travail 2015, op. cit.*, p. 348.

¹⁴⁸⁷ Antoine JEAMMAUD, «Consentir» in Tatiana SACHS (dir.), *La volonté du salarié, op. cit.*, p. 95.

¹⁴⁸⁸ Sur la Stratégie européenne pour l'emploi v. *supra* sous n° 211 et s.

304. Le renforcement de la « perméabilité » du droit national– Ainsi, en-dehors des démarches comparatives réalisées au sein de l’Union européenne –en vue de la production de normes européennes ou de la constatation de leur application par les Etats-membres¹⁴⁸⁹– l’appartenance à l’Union incite souvent les Etats à effectuer des comparaisons afin d’examiner les réactions d’autres droits nationaux de l’Union face aux exigences européennes. Le fait d’appartenir à la famille européenne et de subir les interventions du droit de l’Union constitue souvent un motif pour que les Etats-membres sortent de la logique purement interne et cherchent, même si leurs intentions sont parfois assez utilitaristes, comment « on fait ailleurs ». Les droits nationaux deviennent ainsi « perméables », c’est-à-dire aptes à se laisser infiltrer par des systèmes étrangers¹⁴⁹⁰.

En matière de droit du travail, l’enjeu et les objectifs d’une telle démarche consistent à protéger le marché national en assurant la compétitivité des entreprises nationales. En effet, l’adoption par d’autres pays de mesures beaucoup plus favorables pour les travailleurs ou pour les investisseurs peut nuire à la compétitivité, notamment quand il s’agit de pays voisins. De manière similaire, en ce qui concerne le droit de la consommation, le législateur national se doit de trouver un équilibre entre les dispositions protectrices du consommateur et celles qui permettraient d’attirer les entreprises qui souhaiteraient développer leur activité sur le territoire national. L’objectif est alors, d’une part, de vérifier si les divergences entre les droits nationaux pourraient constituer une éventuelle menace pour l’économie du pays, et d’autre part de connaître comment les autres pays de l’Union traitent certaines questions juridiques et reçoivent les normes européennes.

305. L’exemple du rapport sur les conditions de licenciement collectif– Le fruit d’une telle démarche comparative est le rapport rendu en mai 2002 sous l’égide du ministère de l’Emploi et de la solidarité qui porte sur les conditions du licenciement collectif pour motif économique¹⁴⁹¹. Le rapport, qui effectue une

¹⁴⁸⁹ Sur l’utilisation du droit comparé par les institutions européennes au moment de la création du droit européen v. *supra* sous n° 78 et s.

¹⁴⁹⁰V. Pierre TERCIER, « La perméabilité des ordres juridiques » in *Perméabilité des ordres juridiques* (Ouvrage collectif), Institut Suisse de droit comparé, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992, p. 11-30, not. p. 12.

¹⁴⁹¹Yves CHASSARD (dir.) *Les conditions du licenciement collectif pour motif économique. Comparaison entre sept pays d’Europe*, ministère de l’Emploi et de la solidarité, mai 2002.

comparaison entre les droits de sept pays de l'Union européenne, précise que « la question de savoir si des contraintes plus fortes dans certains pays peuvent être la contrepartie d'une meilleure protection des salariés en cas de licenciement est inévitablement en filigrane lors des comparaisons »¹⁴⁹². Il analyse, ensuite, comment chacun des droits examinés traite des questions précises des licenciements collectifs (droits du salarié, procédure, délai, rôle des autorités administratives etc.) en situant les droits nationaux par rapport à la directive 92/56/CEE du 24 juin 1992¹⁴⁹³. Le rapport aboutit à certaines conclusions relatives à l'efficacité et aux traits principaux de chaque système national. Il remarque que même dans des domaines, comme la procédure d'information et de consultation des salariés, où le modèle suivi est presque toujours fondé sur une consultation préalable et formalisée des représentants des salariés, « les cultures et les histoires des différents pays aboutissent à des différences significatives »¹⁴⁹⁴.

Bien que la comparaison demeure assez descriptive, de telles démarches au sein des droits nationaux ont des apports importants : le législateur national prend conscience des lacunes de son système et de sa situation par rapport aux autres pays. A la lecture du rapport en question, on peut discerner des points intéressants concernant le système français, qui apparaissent d'autant plus clairement qu'ils sont examinés à la lumière du droit comparé : la complexité et la longueur de la procédure imposée aux entreprises est disproportionnée par rapport aux garanties offertes aux salariés ; par ailleurs, les modifications successives des dispositions du Code du travail sont à l'origine d'une intense instabilité juridique. Il est à noter que, suite audit rapport, une loi a été adoptée portant relance de la négociation collective en matière

¹⁴⁹² Yves CHASSARD (dir.), *Les conditions du licenciement collectif pour motif économique. Comparaison entre sept pays d'Europe*, p. 4.

¹⁴⁹³ Directive 92/56/CEE du 24 juin 1992, modifiant la directive 75/129/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JO L 245 du 26.8.1992, p. 3-5. Cette directive a été codifiée par la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JO L 225 du 12.8.1998.

¹⁴⁹⁴ Yves CHASSARD (dir.), *Les conditions du licenciement collectif pour motif économique. Comparaison entre sept pays d'Europe*, p. 9.

de licenciements collectifs économiques¹⁴⁹⁵, loi qui est « selon ses promoteurs, habitée d'une rationalité toute communautaire »¹⁴⁹⁶.

Un des points les plus importants de ces modifications du droit national motivées par le contexte européen et comparé réside sans doute dans l'assimilation créative de solutions « venues d'ailleurs ». Nous avons sans doute une des plus belles illustrations de la « force explosive européenne »¹⁴⁹⁷ qui est, en réalité, tant explosive que créative. Le rapprochement des droits ne passe pas nécessairement par l'unification et le recours au droit comparé constitue un moyen alternatif de gestion de la diversité juridique au sein de l'Union. Ces initiatives comparatives constituent ainsi une illustration de la manière dont l'intervention européenne peut favoriser l'ouverture des droits nationaux et les échanges entre les droits de l'Union européenne, dans la mesure où l'intervention européenne devient, ne serait-ce qu'indirectement à travers la démarche comparative, l'occasion d'une meilleure compréhension entre les droits nationaux, et, éventuellement, de l'amélioration de ceux-ci.

¹⁴⁹⁵ Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, *JO* du 4 janvier 2003, p. 255.

¹⁴⁹⁶ Antoine LYON-CAEN, « La réception du droit communautaire à la lueur du droit du travail », *op. cit.*, not. p. 79.

¹⁴⁹⁷ Hans MICKLITZ, «La modernisation du droit des obligations: l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation», *op. cit.*, p. 14.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

306. Le statut du travailleur et du consommateur en tant qu'acteurs – Il ne fait aucun doute que la réception du modèle européen du travailleur et du consommateur exerce une influence sur le droit national en contribuant à son européanisation. Empruntant des voies tant institutionnelles que non-institutionnelles, ces influences contribuent, notamment, à forger un statut du consommateur et du travailleur en tant qu'acteurs plutôt que parties faibles du contrat. Ainsi, si la notion de confiance est dans un premier temps intégrée dans le champ contractuel, elle est progressivement instrumentalisée et dissociée du contexte contractuel.

Il s'agit d'une influence qui ne se limite pas au cadre stricte de la transposition du droit européen en droit national. En effet, la réception du droit européen dans les ordres juridiques nationaux dépasse l'obligation de mise en conformité pour faire évoluer plus profondément les conceptions du droit national, même dans des domaines qui ne font pas l'objet de normes européennes.

Dans cette démarche, le rôle des acteurs, notamment du juge –européen et national–, des partenaires sociaux et de la société civile s'avère particulièrement important.

307. Le juge, les partenaires sociaux et les acteurs de la société civile, acteurs de la réception– Après avoir établi les principaux axes de l'influence du modèle européen sur les notions de consommateur et de travailleur consacrées par le droit français, il convient de se pencher sur les acteurs qui portent les influences européennes. Nous examinerons à cet égard le rôle des juges, européen et nationaux, ainsi que des acteurs de la société civile¹⁴⁹⁸. Si l'action de ces acteurs présente un intérêt tout aussi fondamental que l'action du législateur que nous avons déjà examinée¹⁴⁹⁹, c'est parce que ceux-ci assurent à la fois la communication, la mise en place et le renouvellement des influences entre l'ordre européen et les systèmes juridiques nationaux. Ainsi, les actions émanant du législateur concernent majoritairement les domaines ayant fait l'objet d'une intervention européenne ; elles peuvent avoir lieu à l'occasion ou sous la motivation des mesures d'harmonisation adoptées par le législateur européen. En revanche, les actions émanant du juge et de la société civile visent les domaines des règles harmonisées mais également les

¹⁴⁹⁸ Dans la mesure où cette partie se focalise sur la réception du modèle européen dans l'ordre juridique interne, on se limitera aux influences du droit européen sur le droit national, réalisées par ces acteurs. Cela ne signifie pas pour autant qu'au moment de l'application des normes européennes les interactions entre les deux ordres juridiques sont purement unidirectionnelles. Le processus d'interaction étant toujours pluridirectionnel, les droits nationaux continuent à influencer le droit européen, même au stade de l'application de ce dernier. A ce titre, on peut détecter des influences nationales dans les arrêts de la Cour de Justice, même si cette dernière prend le plus souvent soin de les gommer, comme pour affirmer une certaine neutralité, une sorte de gage de légitimité de ses décisions. Pour reprendre les propos du juge Koen Lenaerts, «même si le souci de la juridiction communautaire de présenter le droit communautaire comme un droit unitaire et autonome conduit très souvent à gommer dans les arrêts les traces trop visibles du raisonnement comparatif à l'origine de la solution du litige, la méthode de la comparaison des droits imprègne sous une panoplie de facettes, le travail quotidien du juge communautaire dans ses moindres recoins, au point que certains n'ont pas hésité à qualifier l'institution judiciaire européenne de "laboratoire du droit comparé" ; Koen LENAERTS, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTD eur.*, 2001, p. 487-528, not. p. 492. Dans le même ordre d'idées, Monsieur Francis Donnat remarque que « la Cour y recourt [au droit comparé] presque sans texte et, là où il y en a un, donne le sentiment de s'abstenir d'y recourir. Paradoxe également à constater que l'approche comparative est apparemment absente de la lettre de ces arrêts, alors qu'elle est en réalité omniprésente dans le travail au quotidien de la juridiction [...]. Recourir au droit comparé se fait, à la Cour de Justice, presque sans se dire ». Francis DONNAT, « Le droit comparé à la Cour de justice des Communautés Européennes », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 377-390, not. p. 377-378. De son côté, le juge Josse Mertens précise que l'interprétation comparative est plus visible « au stade de la préparation des arrêts, notamment dans les conclusions des Avocats généraux et dans la réflexion des juges, que dans la rédaction de ceux-ci ». Josse MERTENS « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la CJCE », *CDE* 1986, p. 5-20, not. p. 17.

¹⁴⁹⁹ V. *supra*, sous n° 270 et s.

domaines non harmonisés qui demeurent, néanmoins, sous contrôle et influence européens.

En effet, ces acteurs constituent les membres et les articulations permettant à l'édifice européen d'avancer, de s'adapter aux réalités et aux diversités nationales, voire de se nourrir de ces dernières. Madame Anne-Marie Donner a déjà décrit cette image de l'articulation entre le cerveau – le législateur européen – et les membres – les différents acteurs, principalement nationaux mais aussi européens : « L'image suivante caractérise peut-être au mieux la structure d'une grande partie des travaux de réalisation du Marché Commun : le cerveau est communautaire, le système musculaire est partiellement communautaire et partiellement national, tandis que les dents et les griffes sont presque exclusivement nationales »¹⁵⁰⁰.

Après avoir étudié le rôle des juges, à la fois européen et nationaux, ainsi que leur dialogue à la réception du modèle européen en droit français et notamment à l'articulation des fonctions économique et sociale de la protection du consommateur et du travailleur (*Section 1*), nous évoquerons le rôle, notamment des associations de défense des consommateurs et des partenaires sociaux, qui contribuent au renforcement de l'aspect collectif de l'action des consommateurs et des travailleurs (*Section 2*).

¹⁵⁰⁰Andreas-Matthias DONNER, « Droit national et droit communautaire : points de rencontre » *in* Andreas-Matthias DONNER, Roger Michel CHEVALLIER, Michel WAELBROECK, Karl WOLF, Sergio NERI & Laurens Jan BRINKHORST, *Le juge national et le droit communautaire*, Lyede, Sijthoff, Bruxelles, Larcier, 1966, p. 9-15, not. p. 9.

SECTION 1 : LE ROLE DES JUGES : L'ARTICULATION DES FONCTIONS ECONOMIQUE ET SOCIALE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR

308. Le rôle central du juge, national et européen- Affirmer que les juges, tant européen que nationaux, occupent une place prépondérante dans la mise en œuvre du droit européen et dans les interactions avec les systèmes juridiques nationaux constitue plutôt un lieu commun, au bout de 60 ans de construction européenne. Juge à la Cour de Justice, Robert Lecourt n'hésitait pas, il y a maintenant près de 40 ans, à provoquer en se demandant « qu'est-ce donc, en fin de compte, ce droit communautaire pour tenir tant de promesses ? Réduit à l'essentiel, une règle et un juge. C'est ce couple de forces qui a déjà décuplé l'activité économique de nos Etats »¹⁵⁰¹. En effet, la nature, le mode de construction et de mise en œuvre du droit européen sont tels que l'action du juge est beaucoup plus significative que dans la plupart des systèmes nationaux. Pour reprendre les propos un peu plus modérés d'un autre juge ayant siégé à Luxembourg, Pierre Pescatore, « l'innovation vraiment originale des traités de Rome a été d'établir, pour l'application du droit communautaire, une relation directe entre pouvoirs judiciaires, sous la forme d'un rapport qui est beaucoup plus qu'une simple consultation : un rapport sur le plan des compétences et des pouvoirs »¹⁵⁰².

309. Le dialogue des juges- L'accent est ainsi mis non seulement sur la nature fortement prétorienne du droit européen, qui doit en grande partie son essor à l'œuvre de la Cour de Justice, mais également sur les interactions de cette dernière avec les juges nationaux, juges de droit commun du droit européen. Les auteurs parlent désormais de « dialogue de juges »¹⁵⁰³, expression qui doit sa renommée française à Bruno Genevois, alors commissaire du gouvernement, qui l'avait employée

¹⁵⁰¹ Robert LECOURT, Allocution inaugurale in OUVRAGE COLLECTIF, *La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire*, VIe Congrès international de droit européen du 24 au 26 mai 1973 à Luxembourg, organisé par la Fédération internationale pour le droit européen (F.I.D.E.), Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 1976, p. 1-4, not. p. 4

¹⁵⁰² Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leyde, Sijthoff, 1972, p. 89.

¹⁵⁰³ V. à titre indicatif Arnaud HAQUET, « Les conditions du dialogue des juges » in Julien BOUDON (dir.), *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Paris, Marc & Martin, 2012, p. 17-30 ; *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 11-28 ; François LICHÈRE, Laurence POTVIN-SOLIS & Arnaud RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantations ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

dans ses conclusions sur l'arrêt Cohn-Bendit du Conseil d'Etat¹⁵⁰⁴ : « à l'échelle de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni le gouvernement ni la guerre des juges. Il doit y avoir place pour le dialogue des juges ». En parlant de dialogue, on se réfère à une communication, une coopération au sens large du terme, qui « n'est pas [nécessairement] dialectique mais relève [parfois] du dialogue de confrontation »¹⁵⁰⁵. L'action des juges est ainsi un moteur à l'intégration du droit européen dans les droits nationaux, à son acculturation à l'environnement national, contribuant aux interactions entre les deux ordres juridiques et, par là même, au processus d'europanisation du droit national.

310. Cerner le rôle du juge dans l'europanisation du droit national portant sur le consommateur et le travailleur– Il ne s'agit pas de faire une présentation exhaustive des interventions du juge européen ou national dans les deux champs matériels étudiés, d'autant plus que le rôle du juge dans la réalisation du droit européen a fait l'objet de plusieurs études, depuis de longues années¹⁵⁰⁶. L'intérêt pour le présent travail est de cerner le rôle du juge dans les interactions du droit national et du droit européen et plus précisément dans l'intégration du modèle européen du travailleur en du consommateur dans le système juridique national.

On constatera alors que tant le juge européen que le juge national nourrissent le statut du travailleur et du consommateur, citoyens de l'Union ; par l'encadrement du droit national pour le premier (*Paragraphe I*), par l'interprétation du droit européen et son application dans le contexte national pour le second (*Paragraphe II*).

¹⁵⁰⁴ Conseil d'Etat, Assemblée Plénière, 22 décembre 1978, *Ministère de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit* ; D. 1979, Jur. p. 161, note Bernard PACTEAU.

¹⁵⁰⁵ Arnaud HAQUET, « Les conditions du dialogue des juges » *op. cit.*, p. 30.

¹⁵⁰⁶ Pour l'un des premiers écrits, notamment sur le rôle du juge national v. Andreas-Matthias DONNER, Roger Michel CHEVALLIER, Michel WAELBROECK, Karl WOLF, Sergio NERI & Laurens Jan BRINKHORST, *Le juge national et le droit communautaire*, *op. cit.* ; V. également Ami BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, thèse dactyl., Strasbourg, Université Robert-Schuman, 1983; Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001; Pierre PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », in OUVRAGE COLLECTIF, *La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire*, *op. cit.*, p. 9-22; Robert LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007 (réimpression de l'ouvrage paru en 1976); Marjolaine ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

Paragraphe I : L'encadrement du droit national par le juge européen

311. L'encadrement du droit national par le biais du renvoi préjudiciel–

Si la fonction principale de la Cour de Justice consiste en l'interprétation du droit européen dans le cadre de la réalisation des objectifs mis en place par les traités¹⁵⁰⁷, il ne fait aucun doute que la Cour influence, par ce biais, les droits nationaux censés appliquer le droit européen en suivant ses interprétations¹⁵⁰⁸. Cela étant, la Cour de Justice ne se limite pas à l'interprétation du droit européen mais, en le faisant, elle exerce un autre rôle qui constitue une intervention davantage indirecte: il s'agit de l'encadrement du droit national, par le biais du renvoi préjudiciel.

Le mécanisme du renvoi préjudiciel constitue, selon la formulation de la Cour, « un instrument de coopération entre la Cour de Justice et les juges nationaux, grâce auquel la première fournit aux seconds les éléments d'interprétation du droit communautaire qui leur sont nécessaires pour la solution des litiges qu'ils sont appelés à trancher »¹⁵⁰⁹. Ce faisant, la Cour participe à un processus d' « échanges interprétatifs »¹⁵¹⁰ qui dépasse le cadre du litige concerné par la question préjudicielle.

¹⁵⁰⁷ Selon l'article 19 al. 2 TUE, la Cour « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».

¹⁵⁰⁸ V. également Josse MERTENS, « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire », *CDE* 1976, p. 135-148, not. p. 148 : « Dans la mesure où la jurisprudence est créatrice du droit, [le juge européen] contribue à l'élaboration des modèles de relations nouvelles entre les hommes et les États qui constituent la Communauté. Mais, en outre, jour après jour, par une collaboration confiante, cette jurisprudence crée des habitudes juridiques communes, des réflexes communs et [...] le sentiment de travailler ensemble à l'accomplissement d'une grande entreprise » ; et Josse MERTENS, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la CJCE », *CDE* 1986, p. 5-20, not. p. 9 : « Si la Cour utilise l'éventail complet des méthodes d'interprétation, c'est parce qu'elle est consciente d'appliquer et d'interpréter [...] un système juridique qui, bien qu'encore inachevé et en voie d'élaboration, est, de par sa nature, un système complet dans lequel il n'y a pas de place pour le *non liquet* ».

¹⁵⁰⁹ CJCE, 26 janvier 1990, *Falciola Angelo SpA et Comune di Pavia*, Aff. C-286/88, Rec. I -191, point 7. V. également Jacques PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, not. p. 30.

¹⁵¹⁰ Joël Andriantsibazovina remarque à propos de ce processus d'échanges interprétatifs que « le dialogue des juges n'est pas un élément de pur fait. C'est un véritable instrument juridique d'échanges interprétatifs. Il se manifeste par un processus interprétatif auquel participent les juridictions chargées de l'interprétation authentique d'une norme constitutive d'un ordre juridique donné et les juridictions chargées de l'application de celle-ci afin de déterminer l'interprétation prioritaire permettant d'assurer la cohérence de l'interprétation et de l'application de la norme constitutive de cet ordre juridique [...]. Ainsi définis l'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges se trouvent à la lisière de la phase de discussion et de la phase d'insertion dans les ordres et les systèmes juridiques. Ils ne sont pas restés à la porte des prétoires ». Joël ANDRIANTSIBAZOVINA, « L'autorité de la chose

312. Une conception large de l'encadrement- En ce qui concerne la notion de l'encadrement, elle est ici utilisée dans un sens large. En effet, ce terme est habituellement employé pour désigner l'encadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres¹⁵¹¹. L'autonomie procédurale des Etats membres régit, depuis les fameux arrêts *Rewe* et *Comet*¹⁵¹², les domaines où en l'absence d'une compétence du législateur européen, « il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales destinées à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire »¹⁵¹³. Cette autonomie des Etats nationaux est limitée par l'intervention du juge européen, qui, sur la base des deux principes directeurs d'effectivité et d'équivalence, encadre les droits nationaux¹⁵¹⁴.

Or, dans le présent chapitre, la notion d'encadrement est utilisée dans un sens beaucoup plus large, dans la mesure où elle comprend les interventions que le juge européen effectue sur le droit national, y compris en dehors des règles procédurales, en dépit du fait que dans bon nombre de cas qui nous intéressent, le droit européen dispose d'une compétence d'action, le plus souvent concrétisée dans des instruments de droit dérivé. D'autres exemples d'interventions, comme l'office du juge en matière de clauses abusives, se situent en dehors des compétences du droit européen. On retrouve alors la notion de l'encadrement du droit national au sens strict, classique du terme. Certes, dans ce dernier cas de figure, l'intervention du juge européen est plus flagrante, plus invasive, voire choquante pour le juriste national, que dans le cas où il ne fait qu'interpréter le droit européen – primaire ou dérivé – dans le cadre des compétences que les Traités confèrent aux organes de l'Union. Toutefois, la différence entre les deux cas ne nous semble pas être significative au point d'empêcher

interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique un couple juridiquement inséparable », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, op.cit., p. 11-28, not. p. 14.

¹⁵¹¹ Pour une analyse approfondie de cette question v. Bernadette LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres*, thèse dactyl., Université Jean Moulin- Lyon 3, 1996.

¹⁵¹² CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Aff. 33/76, Rec. 01989 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV c/ Produktschap voor Siergewassen*, Aff. 45/76, Rec. 02043.

¹⁵¹³ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG*, op. cit., point 5 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV*, op. cit., point 13.

¹⁵¹⁴ V. parmi d'autres Pascal GIRERD, « Les principes d'équivalence (par rapport à la norme nationale) et d'effectivité (par éviction de la règle procédurale nationale) encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres ? », *RTD eur.* 2002, p. 75-102.

l'utilisation du terme « encadrement » dans un sens plus générique pour ne l'appliquer qu'à l'encadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres.

313. Le juge européen complétant le statut du consommateur et du travailleur- Le juge européen contribue à l'intégration du modèle européen du consommateur et du travailleur dans les ordres juridiques nationaux à la fois en complétant les politiques européennes en la matière et en encadrant les dispositions nationales mettant en œuvre les normes européennes. C'est en ce sens que le mécanisme de la question préjudicielle devient un « pont normatif entre le droit communautaire et les droits nationaux »¹⁵¹⁵. Ces interventions ont pour conséquence de nourrir le statut du consommateur et du travailleur déjà mis en place par le législateur européen, voire parfois de prendre de l'avance par rapport à ce dernier.

Dans les deux matières, le juge européen intervient pour encadrer le droit national, le plus souvent par une interprétation des instruments de droit dérivé (1). Néanmoins, il n'est pas exclu que le juge se fonde, en l'absence de dispositions de droit dérivé, sur le droit primaire (2).

1. L'intervention du juge européen fondée sur le droit dérivé¹⁵¹⁶

Il s'agit de dresser les principaux champs d'intervention du juge européen, sans pour autant établir un tableau exhaustif de tout arrêt de la Cour de Justice ayant un impact sur le droit français. Les arrêts sur lesquels on se focalise n'ont pas nécessairement été rendus à la suite d'une question préjudicielle posée par les juridictions françaises. Néanmoins, même lorsqu'ils sont rendus à propos d'un autre droit national, les arrêts de la Cour peuvent avoir une influence sur le droit français.

¹⁵¹⁵ Julio BARQUERO CRUZ, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'UE ? » in Loïc AZOULAI & Laurence BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 241-266, not. p. 245.

¹⁵¹⁶ Dans certains cas, la Cour corrobore les fondements de droit dérivé avec ceux de droit primaire (V. par exemple les arrêts sur l'égalité de traitement). Néanmoins, dans la mesure où il existe une règle de droit dérivé, elle est examinée prioritairement aux règles de droit primaire, suivant le principe de *lex specialis*.

Les illustrations de l'encadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres¹⁵¹⁷ (a) seront suivies de celles portant sur l'encadrement du droit national, au-delà des règles de procédure, visant soit à préciser des notions utilisées par les textes européens, mais dont les contours demeurent flous, (b) soit à contrôler la latitude dont disposent les Etats membres dans la transposition des directives (c).

a. L'encadrement des compétences réservées : l'exemple de l'autonomie procédurale des Etats membres

314. Les modalités procédurales nationales écartées– La quasi-totalité des instruments législatifs européens concernant tant le consommateur que le travailleur ne comporte pas de règles de procédure visant à garantir aux deux acteurs étudiés la protection effective des droits qui leur sont conférés et qui demeurent ainsi sous compétence nationale. Toutefois, la Cour de Justice intervient pour encadrer ces règles de procédure nationales, bien qu'elles ne soient pas directement contraires au droit européen, dans le but de garantir les objectifs poursuivis par ce dernier.

A la suite des principes posés par les arrêts *Rewe* et *Comet*¹⁵¹⁸ précités, le juge européen a affiné sa jurisprudence visant à aider le juge national à écarter toute modalité procédurale nationale qui serait moins favorable que celles concernant des recours similaires de nature interne ou qui rendrait impossible ou excessivement difficile l'application du droit de l'Union. Lors de cet examen, la Cour prend en considération « les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure »¹⁵¹⁹, afin de vérifier si la disposition procédurale nationale peut être justifiée.

315. Protection du consommateur et relevé d'office– La possibilité donnée au juge national de relever d'office des moyens tirés de la violation du droit de l'Union fut l'une des premières déclinaisons de cette évolution jurisprudentielle. La Cour a

¹⁵¹⁷ Si la jurisprudence en matière d'autonomie procédurale utilise très souvent les fondements de droit primaire, en matière de protection du consommateur et du travailleur l'encadrement de l'autonomie procédurale est généralement fondé sur des instruments de droit dérivé.

¹⁵¹⁸ CJCE, 16 décembre 1976, précité.

¹⁵¹⁹ CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c/ Etat belge*, Aff. C-312/93, Rec. I-04599.

ainsi jugé que « le droit communautaire s'oppose à l'application d'une règle de procédure nationale qui [...] interdit au juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition communautaire, lorsque cette dernière n'a pas été invoquée dans un certain délai par le justiciable »¹⁵²⁰ avant de contraindre le juge national à écarter la disposition nationale¹⁵²¹.

En ce qui concerne le consommateur, l'arrêt de référence qui a marqué l'évolution de la position de la Cour en la matière fut sans nul doute l'arrêt *Océano grupo*¹⁵²². Dans le cadre de l'application de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives, la Cour de Justice a été interrogée sur la possibilité du juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat conclu entre un professionnel et des consommateurs. En effet, cette directive ne précise pas les moyens qui assureront la suppression des clauses abusives. Son article 7§ 1 renvoie à la compétence des Etats membres : « Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel. »

Dans l'arrêt *Océano grupo*, le juge européen rappelle, d'abord, à l'instar de l'Avocat général, que « le système de protection établi par la directive repose sur l'idée que la situation inégale entre le consommateur et le professionnel ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat »¹⁵²³. Puis, la Cour affirme que, puisque cet objectif de protection du consommateur ne pourrait pas être atteint si on laissait uniquement au consommateur la charge de soulever le caractère abusif de la clause, le juge national devrait pouvoir apprécier d'office le caractère abusif lorsqu'il examine la recevabilité de la demande qui lui est soumise¹⁵²⁴. La conséquence juridique en l'espèce serait que

¹⁵²⁰ CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, *op. cit.*, point 21.

¹⁵²¹ Sur cette question v. Marjolaine ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit.*, not. §§ 183-186.

¹⁵²² CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA c/ Rocío Murciano Quintero et Salvat Editores SA c/ José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane et Emilio Viñas Feliú*, Aff. C-240/98 à C-244/98, *Rec. I-4941* ; *RTD civ.* 2001, p. 878, obs. Jacques MESTRE & Bertrand FAGES ; *JCP E* 2001, II 10513, p. 1281, note Marta CARBALLO FIDALGO & Gilles PAISANT.

¹⁵²³ *Idem*, point 27. V. également les conclusions de l'Avocat général M. Antonio SAGGIO, présentées le 16 décembre 1999, où il est fait référence au principe de l'effet utile (not. points 21-26).

¹⁵²⁴ CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA*, *op. cit.*, point 29.

le juge national décline d'office sa compétence. Cette position est d'autant plus significative que le droit espagnol ne prévoyait pas, en l'espèce, de disposition interdisant au juge de relever d'office le caractère abusif ; c'est ainsi que, dans le silence du législateur tant européen que national, le juge national devrait effectuer une interprétation en conformité avec les objectifs poursuivis par le droit dérivé.

Deux ans après, la Cour de Luxembourg a rendu l'arrêt *Cofidis* qui se réfère directement au droit français, en faisant écho à la jurisprudence *Océano grupo*¹⁵²⁵. Toujours en lien avec l'application de la directive sur les clauses abusives, la question préjudicielle posée par le Tribunal d'Instance de Vienne portait sur la compatibilité du délai de forclusion de deux ans prévu à l'époque¹⁵²⁶ par l'article L. 311-37 du code de la consommation¹⁵²⁷ – applicable aux litiges nés d'une opération de crédit à la consommation – avec l'exigence d'une interprétation conforme du système de protection des consommateurs prévu par la directive¹⁵²⁸. Par conséquent, la question porte sur la possibilité pour le juge national de relever d'office l'illégalité de la clause en dépit du fait que le délai de forclusion biennale s'est écoulé. La réponse, qui adopte la proposition (certes, donnée à titre subsidiaire) des conclusions de l'Avocat général¹⁵²⁹, va dans le sens de l'incompatibilité de la disposition en question avec la protection assurée par la directive, dans la mesure où il est jugé que le délai de forclusion biennale « est de nature à rendre excessivement difficile, dans les litiges

¹⁵²⁵ CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis SA c/ Jean-Louis Fredout*, Aff. C-473/00, Rec. I-10875. Cyril NOURISSAT, « Droit communautaire et forclusion biennale : l'étrange effet utile de l'esprit de la directive " clauses abusives " ! » *D*, 2003, p. 486-490 ; *JCP G* 2003, II, 10082, p. 927, note Gilles PAISANT ; *RTD com.* 2003, p. 345, obs. Dominique LEGEAIS.

¹⁵²⁶ Cet article a été modifié par la loi MURCEF (Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JO* n°288 du 12 décembre 2001 p. 19703).

¹⁵²⁷ Sur le contexte général du délai de forclusion, voire sur une éventuelle utilisation de la question préjudicielle dans le cadre des rapports de force entre les juridictions nationales v. Cyril NOURISSAT, « Droit communautaire et forclusion biennale : l'étrange effet utile de l'esprit de la directive « clauses abusives » ! », *op.cit.*, not. p. 489-490.

¹⁵²⁸ Sur la place de cette disposition déjà très controversée en droit interne ainsi que sur son articulation avec le droit européen, avant même l'arrêt *Cofidis*, v. Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « Le droit communautaire au soutien du consommateur ? (à propos du délai de forclusion de l'art. L. 311-37 du Code de la Consommation) », *LPA* 2001, n° 106, p. 16-22.

¹⁵²⁹ Il convient toutefois de noter que cette proposition est donnée à titre subsidiaire. V. Conclusions de l'Avocat général Antonio TIZZANO, présentées le 18 avril 2002, où il est notamment expliqué que la réglementation nationale fait obstacle au principe de l'effectivité mis en place par la jurisprudence de la Cour (v. not. point 59).

auxquels les consommateurs sont défendeurs, l'application de la protection que la directive entend leur conférer »¹⁵³⁰.

316. Le renforcement de la protection juridictionnelle du consommateur européen indépendamment des considérations liées au marché– En dépit de certaines réactions doctrinales suscitées par cet arrêt¹⁵³¹, qui critiquaient, notamment, une immixtion trop importante de la Cour de Justice dans l'autonomie procédurale des Etats membres et une motivation quelque peu superflue, la jurisprudence européenne concernant l'office du juge dans les litiges impliquant le consommateur renforce la protection accordée à ce dernier¹⁵³². Par sa jurisprudence postérieure, la Cour a même transformé cette faculté pour le juge de relever d'office une clause abusive en véritable obligation¹⁵³³. Dans cette lignée, le juge européen a pu juger en 2012 que « le juge national est tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle relevant du champ d'application de la directive 93/13 et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel »¹⁵³⁴. Néanmoins, cette obligation est tempérée, étant donné que pour procéder à un examen d'office, le juge doit disposer « des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, y compris lorsqu'il s'interroge sur sa propre compétence territoriale »¹⁵³⁵.

On pourrait ainsi parler de construction d'un « droit communautaire de la protection juridictionnelle du consommateur »¹⁵³⁶ qui ne fait que corroborer la protection matérielle. Le juge contribue à l'articulation des volets économique et social de la conception du consommateur et influence en ce sens le droit national. « Différentes, ces conceptions interne et européenne du droit de la consommation

¹⁵³⁰ CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis SA*, *op. cit.*, point 36.

¹⁵³¹ V. par ex. Cyril NOURISSAT, « Droit communautaire et forclusion biennale : l'étrange effet utile de l'esprit de la directive " clauses abusives " ! », *op.cit.*

¹⁵³² V. en ce sens Carole AUBERT DE VINCELLES, « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », *RTD eur.* 2012 p. 666-679.

¹⁵³³ V. à titre d'exemple CJCE, 26 octobre 2006, *Elisa Maria Mostaza Claro c/ Centro Movil Milenium SL*, Aff. C-168/05, *Rec. I-10421*; CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Gyórfi*, Aff. C-243/08, *Rec. I-4713*; CJUE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodriguez Nogueira*, Aff. C-40/08, *Rec. I-9579*.

¹⁵³⁴ CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito SA c/ Joaquín Calderón Camino*, Aff. C-618/10, not. point 42.

¹⁵³⁵ CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Gyórfi*, *op. cit.*, not. point 32.

¹⁵³⁶ V. Bernadette LE BAUT-FERRARESE, « L'émergence d'un droit communautaire de la protection juridictionnelle du consommateur » in Filali OSMAN (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 287-304.

s'entrecroisent cependant. [...] Au plan européen, c'est en quelque sorte un mouvement inverse qui se dégage de la jurisprudence de la Cour de Justice. En incitant le juge à relever d'office la violation des dispositions en faveur du consommateur, elle accentue l'effectivité de la protection de celui-ci, indépendamment de toute considération liée au marché » remarque Madame Natacha Sauphanor-Brouillaud¹⁵³⁷. Cela ne signifie pas pour autant que la protection du consommateur est une fin qui justifie tous les moyens juridiques ; il est vrai qu'à l'issue de certaines de ces décisions, des principes fondamentaux du droit européen, tels que la répartition des compétences ou la subsidiarité, se voient malmenés.

317. Une possible application par analogie aux litiges impliquant le travailleur- On peut penser à une application par analogie de ces mécanismes protecteurs concernant l'office du juge aux litiges impliquant le travailleur. Comme on l'a déjà évoqué, la similarité des modèles des deux acteurs en droit européen pourrait amener à étendre certaines dispositions ou mécanismes protecteurs du consommateur au travailleur.¹⁵³⁸ A titre d'exemple, le relevé d'office décrit précédemment pourrait trouver une application en matière de règles de conflits de lois mises en place par la Convention de Rome¹⁵³⁹ puis le Règlement dit Rome I¹⁵⁴⁰. La conséquence pratique d'une telle application par analogie serait l'obligation du juge de relever d'office la règle de conflit des lois mise en place respectivement par les articles 6¹⁵⁴¹ de la Convention et 8¹⁵⁴² du Règlement et de chercher le droit étranger

¹⁵³⁷ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNO (dir.), *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.*, p. 5-6.

¹⁵³⁸ V. *supra*, sous n° 161 et s.

¹⁵³⁹ Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

¹⁵⁴⁰ Règlement (CE) 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, précité.

¹⁵⁴¹ Cet article dispose que: «1. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article. 2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi: a) par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ou b) si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ».

¹⁵⁴² Cet article dispose que: « 1. Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la

applicable même lorsque celle-ci n'est pas invoquée par le travailleur. Le raisonnement serait alors le même que dans les arrêts ci-dessus exposés, à savoir éviter de rendre impossible ou excessivement difficile la protection du travailleur ou du consommateur accordée par le droit européen. Il s'agit d'un pas « certes difficilement compatible avec le respect de l'autonomie procédurale des Etats membres, mais que la Cour européenne n'hésiterait pas à franchir »¹⁵⁴³.

Il convient de noter qu'une telle appréciation remettrait en cause la position actuelle de la Cour de cassation en la matière, qui limite l'obligation du juge de relever d'office aux cas où les droits en cause sont indisponibles¹⁵⁴⁴. Les juges nationaux ont ainsi considéré que « s'agissant de droits dont les parties ont la libre disposition, la Cour d'Appel n'avait pas à rechercher si, en application de la règle de conflit de lois, une loi étrangère était applicable au litige et à l'appliquer d'office »¹⁵⁴⁵. Toutefois, la doctrine remet en cause la pertinence de cette distinction entre droits disponibles et indisponibles¹⁵⁴⁶. Une application par analogie du raisonnement appliqué par la Cour de Justice en matière de clauses abusives pourrait alors constituer une solution.

318. Protection du travailleur: l'aménagement des règles de preuve en matière de discrimination sexuelle- L'aménagement des règles de preuve constitue un autre domaine touché par l'encadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres. L'un des exemples les plus éloquents ayant marqué la protection du travailleur en droit français est sans doute le système probatoire en matière de

loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. À défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays.

3. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur.

4. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique ».

¹⁵⁴³ Fabienne JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit des lois en matière de contrat de travail », *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 253-286.

¹⁵⁴⁴ V. Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, *Bull. civ. I*, n° 174 ; Bertrand ANCEL, Yves LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 5^{ème} édition, 2006, n° 77 et 78.

¹⁵⁴⁵ Cass. soc., 16 décembre 1992, *Bull. civ. V*, n° 593 ; Cass. soc. 18 juillet 2000, pourvoi n° 97-45.043.

¹⁵⁴⁶ V. Fabienne JAULT-SESEKE, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit des lois en matière de contrat de travail », *op. cit.*, not. p. 253 : « Les doutes émis quant à la pertinence du critère de la libre disponibilité des droits pour définir l'autorité de la règle des conflits de lois à l'égard du juge sont particulièrement justifiés en droit du travail ».

discrimination sexuelle¹⁵⁴⁷. En effet, avant l'adoption de la directive 97/80/CE¹⁵⁴⁸, l'instrument européen applicable était la directive sur l'égalité des rémunérations¹⁵⁴⁹ qui ne contient pas de dispositions spécifiquement dédiées à la charge de la preuve du traitement discriminatoire. Selon son article 6, il incombe aux Etats membres de « prendre, conformément à leurs situations nationales et à leurs systèmes juridiques, les mesures nécessaires pour garantir l'application du principe de l'égalité des rémunérations et s'assurer de l'existence de moyens efficaces permettant de veiller au respect de ce principe ».

319. Déplacement de la charge de la preuve sur le fondement de l'efficacité du principe d'égalité– Dans un arrêt de 1989¹⁵⁵⁰, la Cour de Justice, en se fondant à nouveau sur l'efficacité du principe de l'égalité des rémunérations garanti par la directive¹⁵⁵¹, fait peser sur l'employeur « la charge de la preuve que sa pratique salariale n'est pas discriminatoire, dès lors que le travailleur féminin établit, par rapport à un nombre relativement important de salariés, que la rémunération moyenne des travailleurs féminins est inférieure à celle des travailleurs masculins »¹⁵⁵². Le juge établit ainsi une sorte de « présomption de discrimination »¹⁵⁵³ au détriment de l'employeur, à partir du moment où le travailleur apporte la preuve de l'existence d'une rémunération moyenne moindre pour un groupe de travailleurs délimité en fonction de critères fonctionnels. Afin de ne pas voir sa responsabilité engagée, l'employeur doit alors démontrer les raisons objectives susceptibles de justifier le traitement discriminatoire.

¹⁵⁴⁷ Pour une présentation générale v. Marie-Thérèse LANQUETIN, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. soc.* 1995, p. 435-441.

¹⁵⁴⁸ Directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, *JOCE* L 14 du 20.1.1998, p. 6-8.

¹⁵⁴⁹ Directive 75/117/CEE, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, *JOCE* L 5 du 19.2.1975, p. 19-20.

¹⁵⁵⁰ CJCE, 17 octobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, Aff. 109/88, Rec. 3199.

¹⁵⁵¹ *Idem*, not. point 13, où la Cour considère que les travailleurs féminins « seraient privés de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations devant la juridiction nationale si le fait d'apporter cette preuve n'avait pas pour effet d'imposer à l'employeur la charge de démontrer que sa pratique salariale n'est, en réalité, pas discriminatoire ».

¹⁵⁵² *Idem*, point 16.

¹⁵⁵³ Expression utilisée par l'Avocat général M. Carl OTTO LENZ dans ses conclusions sur l'arrêt *Danfoss*, présentées le 31 mai 1989 (point 39).

Ce déplacement de la charge de la preuve, mis en place par le juge européen par le biais de l'encadrement de l'autonomie procédurale, a assuré l'efficacité de la protection du travailleur accordée par le droit dérivé¹⁵⁵⁴, avant l'adoption d'un instrument juridique consacrant expressément des règles déterminant la charge de la preuve¹⁵⁵⁵. Le juge judiciaire français a fait preuve d'une grande réactivité en la matière, en harmonisant sa jurisprudence avec la position de la Cour de Justice, voire en allant au-delà du champ d'application de celle-ci¹⁵⁵⁶, avant même l'adoption de mesures législatives¹⁵⁵⁷.

b. L'encadrement des compétences partagées : la précision des notions

320. Des définitions propres au droit européen- La précision des contours des notions contenues dans les directives constitue un autre volet de l'œuvre du juge européen. Même si la plupart des notions employées sont déjà connues du législateur et du juge national, le droit européen accorde, comme on a pu le constater¹⁵⁵⁸, aux termes qu'il emploie une signification qui lui est propre et qui peut amener à des frictions avec le droit national.

La définition du consommateur et du travailleur en constitue le point de départ, bien que ce ne soit pas sur ces deux définitions que l'influence de la jurisprudence européenne sur le droit français fut la plus patente.

¹⁵⁵⁴ D'autres arrêts ont, en effet, adopté la même position, en faisant peser sur l'employeur une obligation de supporter la charge de la preuve, sur le fondement du droit dérivé et/ou du droit primaire (article 157 TFUE – ex-article 119 CEE, ex-article 141 CE). V. à titre indicatif, CJCE, 27 octobre 1993, *Dr. Pamela Mary Enderby c/ Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*, Aff. C-127/92, *Rec.* I-05535, point 19 : « lorsque des statistiques significatives laissent apparaître une différence sensible de rémunération entre deux fonctions de valeur égale dont l'une est exercée presque exclusivement par des femmes et l'autre principalement par des hommes, l'article 119 du traité impose à l'employeur de justifier cette différence par des facteurs objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe » ; CJCE, 13 mai 1986, *Bilka - Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber von Hartz*, Aff. 170/84, *Rec.* 01607 (not. point 31) ; CJCE, 27 juin 1990, *Maria Kowalska c/ Freie und Hansestadt Hamburg*, Aff. C-33/89, *Rec.* I-02591 (not. point 16).

¹⁵⁵⁵ Pour une présentation détaillée de la question, v. parmi d'autres Marie-Thérèse LANQUETIN, « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010 (mise à jour juin 2014), not. § 222 et s.

¹⁵⁵⁶ Sur ces questions v. *infra*, sous n° 357 et s.

¹⁵⁵⁷ V. la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations et transposant en droit français la directive 97/80 CE, *JORF* n° 267 du 17 novembre 2001, p. 18311.

¹⁵⁵⁸ V. *supra* sous n° 161 et s.

321. La définition du consommateur- La définition du consommateur a provoqué certaines frictions entre droit national et droit européen. Etant donné qu'en droit interne, le Code de la consommation n'était pas doté, avant l'adoption de la toute récente loi du 17 mars 2014¹⁵⁵⁹, d'une définition du consommateur, cette tâche était principalement confiée à la jurisprudence¹⁵⁶⁰. Par ailleurs, l'œuvre du juge national était davantage compliquée à cause de l'imprécision des dispositions légales faisant, notamment, apparaître dans certains cas¹⁵⁶¹ la notion de non-professionnel¹⁵⁶² à côté de celle de consommateur. De son côté, le droit européen ne prévoyait pas avant la directive 2011/83/UE, de définition uniforme du consommateur, auquel les différentes directives faisaient référence de manière sectorielle. Ce double silence a laissé une place importante aux juges, européen et national, qui n'ont pas toujours partagé les mêmes points de vue. On dira, afin de schématiser, que, la Cour de Justice était beaucoup plus restrictive que la Cour de cassation qui consacrait une vision extensive du consommateur. Les principales manifestations de cette divergence d'approche se concentrent sur la question de la qualification des personnes morales en tant que consommateurs d'une part ; sur l'application des dispositions protectrices du consommateur aux professionnels agissant en-dehors de leur domaine de compétence d'autre part.

322. Les personnes morales en tant que consommateurs- En ce qui concerne les personnes morales que la Cour de cassation faisait bénéficier de la protection accordée aux consommateurs¹⁵⁶³, un arrêt rendu par la Cour de Justice en 2001¹⁵⁶⁴ a suscité des débats, pas toujours justifiés. Dans le cadre de l'interprétation

¹⁵⁵⁹ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JO* n°0065 du 18 mars 2014, p. 5400. L'un des apports de cette loi, dite « loi Hamon », est la transposition en droit français de la directive 2011/83/UE, par le biais de laquelle la notion de consommateur a été légalement définie.

¹⁵⁶⁰ Sur la notion de consommateur consacrée par le droit français avant la réception du droit européen, v. *supra* sous n° 14 et s.

¹⁵⁶¹ V. notamment la loi « Scrivener » n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur les clauses abusives.

¹⁵⁶² Sur les délimitations de cette notion, qui n'est toujours pas définie par le législateur v. Natacha SAUPHANOR-BROUILAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNO (dir.), *Les contrats de consommation : règles communes*, *op. cit.*, not. p. 112-116.

¹⁵⁶³ V. Marie-Eve PANCRAZI-TIAN, « L'influence du droit communautaire sur le droit français de la consommation », in Michel BUY & Henryk LEWANDOWSKI (dir.), *Influence du droit communautaire sur le droit interne : le cas de la France et de la Pologne*, Varsovie, Difin, 2003, p. 89-115, not. p. 101-103.

¹⁵⁶⁴ CJCE, 22 novembre 2001, *Cape Snc c/ Idealservice Srl (et Idealservice MN RE Sas c/ OMAI Srl)*, Aff. C-541/99 et C-542/99, *Rec. I-09049* ; *LPA* 22 mai 2002, p. 16, note Cyril NOURISSAT ; *RTD civ.* 2002, p. 291, obs. Jacques MESTRE & Bertrand FAGES ; *RTD com.* 2005, p. 401, obs. Dominique LEGEAIS ; *JCP* 2002, II. 10047, p. 555, note Gilles PAISANT ; *D.* 2002, p. 2929, obs. Jean-Pierre PIZZIO.

de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives, le juge européen s'est penché, à la demande d'une juridiction italienne, sur l'étendue de la notion de consommateur et l'éventuelle application des règles protectrices de la directive à une personne morale. Sans grande surprise et se fondant sur la lettre de l'article 2 b) de la directive¹⁵⁶⁵ le juge européen a dit pour droit que « la notion de "consommateur", telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement les personnes physiques ».

En dépit d'une *prima facie* contradiction entre la position de la Cour de cassation et celle exprimée par la Cour de Justice, la divergence n'est qu'apparente¹⁵⁶⁶, dans la mesure où, en présence d'une directive d'harmonisation partielle et minimale, les Etats membres peuvent adopter ou conserver des mesures législatives garantissant un niveau de protection plus élevé que celui garanti par la directive ou étendant le champ d'application de cette dernière à des personnes sont couvertes par son champ d'application. Par conséquent, le droit français avait la possibilité de maintenir sa position. Or, aucune disposition du Code de la consommation ne se référait à l'époque expressément aux personnes morales en tant que consommateurs et l'extension de la protection ne peut pas être purement jurisprudentielle¹⁵⁶⁷ étant donné que cette règle concerne le maintien ou l'adoption de mesures législatives.

Afin de se mettre au diapason de la jurisprudence européenne – ou en tout cas faire « mine de la respecter »¹⁵⁶⁸ – la Cour de cassation a contourné cet obstacle juridique en passant par la notion du non-professionnel, qui, elle, ne relève pas du champ d'application de la directive. Trois ans après cet arrêt *Cape*, les juges nationaux ont alors rendu un arrêt très commenté sous plusieurs angles¹⁵⁶⁹. Se prononçant sur la qualification d'une clause insérée dans un contrat de location avec option d'achat

¹⁵⁶⁵ Cet article fournit la définition du consommateur au sens de la directive en disposant qu'«aux fins de la présente directive, on entend par: [...] b) « consommateur »: toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle».

¹⁵⁶⁶ V. en ce sens Augustin BOUJEKA, «Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français», *D.* 2005 p. 1948-1952 ; Monique LUBY, «Notion de consommateur: ne vous arrêtez pas à l'apparence», *CCC*, 2002, chron, n°14, p. 4-6.

¹⁵⁶⁷ Jean-Pierre PIZZIO, obs. sous CJCE, 22 novembre 2001, *D.* 2002, *op. cit.*, not. p. 2930.

¹⁵⁶⁸ Yves PICOD, «Notion de consommateur : le critère du rapport direct appliqué à une association », *D.* 2006, p. 238-240, not. p. 238.

¹⁵⁶⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 135; Augustin BOUJEKA, «Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français», *op. cit.*; *JCP G* 2005 II. 10114, p. 1573, note Giles Paisant; *RTD civ.* 2005, p. 393, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES; *CCC* 2005, comm. 100, obs. Guy RAYMOND.

de matériel informatique, conclu entre un syndicat professionnel et une société, les juges nationaux se réfèrent expressément à la jurisprudence de la Cour de Justice: «si, par arrêt du 22 novembre 2001, la Cour de Justice des Communautés Européennes a dit pour droit : "la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b), de la directive n° 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques", la notion distincte de non-professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives ». Même si en l'espèce la clause n'a pas été qualifiée d'abusive, l'influence de la jurisprudence européenne est évidente, au moins sur la forme, étant donné que le fond de la position de la Cour de cassation est resté le même¹⁵⁷⁰.

323. Les professionnels agissant en-dehors de leur domaine de spécialité-

Ce même arrêt de la Haute juridiction française soulève également l'autre point épineux des relations entre droit national et européen en matière de définition du consommateur, à savoir le cas des professionnels qui concluent des contrats avec d'autres professionnels en-dehors de leur domaine de spécialité. La Cour de Justice a du se prononcer sur la question dans l'arrêt *Di Pinto*¹⁵⁷¹, à propos de l'interprétation de la directive 85/577/CEE sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. La question préjudicielle posée par la Cour d'Appel de Paris portait sur l'application de la loi qui régissait à l'époque le démarchage à domicile¹⁵⁷² et plus précisément sur la possibilité pour des commerçants, démarchés en vue de la vente de leur fonds de commerce, de bénéficier du délai de réflexion de sept jours ainsi que du droit de rétractation, en étant considérés comme des consommateurs.

La réponse est apportée en deux temps, qui correspondent aux deux questions posées par la juridiction nationale. Dans un premier temps, le juge européen cherche à identifier le critère permettant de déterminer si une personne est couverte par la

¹⁵⁷⁰ V. cependant, le tempérament opéré par l'arrêt de la 1^{ère} Chambre Civile, 11 décembre 2008 (inédit), fondé principalement sur le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle. Sur ce point, v. Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNO (dir.), *Les contrats de consommation : règles communes*, op. cit., not. p. 139-140.

¹⁵⁷¹ CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, Aff. C-361/89, Rec. I-01189.

¹⁵⁷² Loi n° 72-1137, du 22 décembre 1972, relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.

protection garantie par la directive. Il estime que ce critère « réside dans le lien qui unit les transactions faisant l'objet du démarchage à l'activité professionnelle du commerçant: celui-ci ne peut prétendre à l'application de la directive que si l'opération pour laquelle il est démarché excède le cadre de ses activités professionnelles »¹⁵⁷³. En l'appliquant aux faits de l'espèce, il conclut qu'un commerçant « normalement avisé » est censé être suffisamment informé sur l'éventuelle vente de son fonds de commerce, et qu'il agit alors en lien avec son activité professionnelle de commerçant et non à des fins personnelles¹⁵⁷⁴. Il ne peut, par conséquent, être protégé par la directive en tant que consommateur¹⁵⁷⁵.

Dans un second temps, la Cour de Justice se penche sur la possibilité pour les Etats membres d'étendre la protection de la directive pour en faire bénéficier des personnes non visées par celle-ci, telles que les commerçants démarchés en vue de la vente de leur fonds de commerce. Elle y répond par l'affirmative, sur la base de la clause d'harmonisation partielle contenue dans l'article 8 de la directive¹⁵⁷⁶ : « la directive ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale sur le démarchage étende la protection qu'elle établit à des commerçants, lorsque ceux-ci accomplissent des actes en vue de la vente de leur fonds de commerce »¹⁵⁷⁷.

Si, de prime abord, cet arrêt a une influence limitée sur le droit français grâce au caractère partiel de l'harmonisation opérée, on en retrouve les traces dans un revirement opéré par la Cour de cassation presque quatre ans après¹⁵⁷⁸. La Cour abandonne sa position antérieure fondée sur le critère de l'incompétence, employé pour appliquer les règles protectrices du consommateur aux professionnels. Elle estimait alors que le professionnel « se trouvait dans le même état d'ignorance que le consommateur »¹⁵⁷⁹. Par l'arrêt de 1995, un nouveau critère, inspiré fortement de la jurisprudence *Di Pinto* de la Cour de Justice, fait son apparition: il s'agit du critère du

¹⁵⁷³ CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, *op. cit.*, point 15.

¹⁵⁷⁴ *Idem*, points 16 et 18.

¹⁵⁷⁵ *Idem*, point 19.

¹⁵⁷⁶ Cet article disposait que « la présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres adoptent ou maintiennent des dispositions encore plus favorables en matière de protection des consommateurs dans le domaine couvert par elle ».

¹⁵⁷⁷ CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, *op. cit.*, point 23.

¹⁵⁷⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n°54, *D. 1995*, p. 327, note Gilles PAISANT ; p. 229, obs. Philippe DELEBECQUE ; p. 310, obs. Jean-Pierre PIZZIO ; *RTD civ.* 1995, p. 360, obs. Jacques Mestre.

¹⁵⁷⁹ *V. supra*, sous n° 14 et s. *V. aussi* Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNO (dir.), *Les contrats de consommation : règles communes*, *op. cit.*, not. p. 119-123.

du contrat conclu avec l'activité professionnelle du contractant. La résonance du raisonnement mis en place par le juge européen, se référant au « lien qui unit les transactions faisant l'objet du démarchage à l'activité professionnelle du commerçant »¹⁵⁸⁰ ainsi que par le législateur européen¹⁵⁸¹, est plus qu'apparente. L'utilisation de ce critère fait désormais l'objet d'une jurisprudence constante¹⁵⁸², en dehors de quelques nuances apportées pour les personnes morales¹⁵⁸³. Il est d'ailleurs à noter que, depuis, la nouvelle loi du 17 mars 2014 a inséré dans le Code de la Consommation un article préliminaire, selon lequel « est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »¹⁵⁸⁴. Par conséquent, la question concernant les personnes morales ne passe que par la notion de non-professionnel qui n'est pas définie par le Code de la consommation. Une telle possibilité est, d'ailleurs, expressément prévue par le considérant (13) de la directive. Quant au critère distinctif pour les professionnels, le critère de spécialité demeure applicable.

324. La définition du travailleur : notion autonome et encadrement des notions nationales- La définition du travailleur présente également certaines zones d'ombre¹⁵⁸⁵. C'est encore une fois la jurisprudence de la Cour de Justice qui s'est chargée de compléter les lacunes des dispositions des instruments législatifs européens et le contentieux ne manque pas en la matière¹⁵⁸⁶. Comme le remarque la Cour dans l'arrêt *Levin* « les termes « travailleur » et « activité salariée » ne se trouvent expressément définis dans aucune disposition en la matière. Il convient, dès lors, en vue d'apprécier leur signification, de recourir aux principes d'interprétation généralement reconnus en partant du sens ordinaire à attribuer aux termes dans leur

¹⁵⁸⁰ CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, *op. cit.*, point 15.

¹⁵⁸¹ V. l'article 2 b) de la directive 93/13/CE sur les clauses abusives, dont la protection est réservée au consommateur « personnes physiques qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

¹⁵⁸² Sur ce point, v. Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNO (dir.), *Les contrats de consommation : règles communes*, *op. cit.*, not. p. 139-140.

¹⁵⁸³ V. l'arrêt de la 1^{ère} Chambre Civile, 11 décembre 2008, *op. cit.*

¹⁵⁸⁴ Sur les apports de la nouvelle loi v. Carole AUBERT DE VINCELLES & Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 880-884.

¹⁵⁸⁵ Pour un aperçu général de la question v. parmi d'autres Philippe COURSIER, « La notion de travailleur salarié en droit social communautaire », *Dr. soc.* 2003 p. 305-311.

¹⁵⁸⁶ CJCE 23 mars 1982, *D.M. Levin c/ Secrétaire d'État à la justice*, Aff. 53/81, *Rec.* 01035, point 9.

contexte et à la lumière des objectifs du traité ». Nous nous limiterons à retracer les traits dominants de la jurisprudence afférente. Deux cas de figure peuvent ainsi être distingués : d'une part, le recours à la notion autonome de travailleur, à savoir une définition uniforme, propre au droit européen ; d'autre part, le cas où les instruments législatifs européens renvoient au droit national pour la définition du travailleur. Tel est, par exemple, le cas de la directive 96/71/CE sur le détachement de travailleurs¹⁵⁸⁷ dont l'article 2§ 2 dispose qu' « aux fins de la présente directive, la notion de travailleur est celle qui est d'application dans le droit de l'Etat membre sur ce territoire duquel le travailleur est détaché ». De la même manière, la directive 91/533/CEE sur l'obligation d'information des travailleurs¹⁵⁸⁸ s'applique « à tout travailleur salarié ayant un contrat ou une relation de travail défini par le droit en vigueur dans un Etat membre »¹⁵⁸⁹. Ainsi, lorsque les libertés de circulation sont en jeu, le Cour a recours à la définition autonome de portée communautaire alors que dans le cas d'une directive renvoyant au droit national, la Cour se fonde sur la définition donnée par les Etats membres.

325. Définition autonome du travailleur : la caractéristique essentielle de la relation de travail- Depuis l'arrêt de principe *Lawrie Blum*¹⁵⁹⁰, le juge européen ne fait qu'affiner les contours de la notion de travailleur, salarié ou non, à l'occasion de l'application des dispositions de droit primaire, des directives sur la protection du travailleur mais également des instruments législatifs de droit privé européen¹⁵⁹¹. Dans cet arrêt de principe, après avoir indiqué la nécessité d'une « portée communautaire »¹⁵⁹² de la notion de travailleur qui ne varie pas au gré des droits

¹⁵⁸⁷ Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, précitée.

¹⁵⁸⁸ Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables du contrat ou à la relation de travail, précitée.

¹⁵⁸⁹ V. art. 1§ 1 de la directive 91/533/CEE précitée.

¹⁵⁹⁰ CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum c/ Land Baden-Württemberg*, Aff. 66/85, Rec. 02121 ; Michaël KARPENSCHIF & Cyril NOURISSAT (dir), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2010, n° 29.

¹⁵⁹¹ Comme nous avons déjà expliqué, les règles de droit international privé européen ne font pas partie, en tant que telles, de l'objet d'étude du présent travail. Elles seront ici traitées à titre exceptionnel en raison de la perméabilité du droit européen ainsi que des passerelles notionnelles entre le droit international privé européen et le droit européen substantiel, au regard de la définition du travailleur.

¹⁵⁹² CJCE, 19 mars 1964, *M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra c/Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht*, Aff. 75/63, Rec. 00347. La Cour ajoute que « même si, par

nationaux, et précisé que cette dernière doit être extensive¹⁵⁹³, la Cour livre une première définition du travailleur : « cette notion doit être définie selon les critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et devoirs des personnes concernées. Or, la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération »¹⁵⁹⁴. Cette définition de principe n'est pas censée dépayser le juriste français qui y trouve presque tous ses repères : un cadre de base contractuel (relation de travail/devoirs et obligations des parties contractantes) et un élément caractéristique qui rappelle très fortement la notion maîtresse de la conception interne du contrat de travail : le lien de subordination¹⁵⁹⁵.

326. L'élargissement de la notion de travailleur : le travailleur-citoyen- Au fil des années, les réponses du juge européen à d'autres questions ont complété la définition initialement dressée. La Cour a ainsi dû se prononcer sur l'interprétation du terme « travail » visant, selon elle, « toute prestation de travail, salariée ou non salariée »¹⁵⁹⁶, sur la notion de « prestation caractéristique » du contrat de travail¹⁵⁹⁷ ou encore sur la notion d'activité exercée par le travailleur. Si initialement l'accent était mis sur le caractère économique de l'activité exercée, celle-ci a été par la suite entendue de manière très large par la Cour de Justice, de sorte qu'elle englobe

hypothèse, l'expression « travailleur salarié ou assimilé » figurait dans la législation de chacun des États membres elle pourrait ne pas avoir partout un sens et un rôle comparables, de sorte qu'il est impossible d'en fixer le contenu par renvoi aux expressions similaires pouvant figurer dans les législations nationales » (p. 363).

¹⁵⁹³ CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum*, *op. cit.*, point 16. Sur l'interprétation extensive de la notion de travailleur v. également l'arrêt *Levin*, CJCE 23 mars 1982, *D.M. Levin c/ Secrétaire d'État à la justice*, *op. cit.*

¹⁵⁹⁴ CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum*, *op. cit.*, point 17.

¹⁵⁹⁵ V. *supra*, sous n° 14 et s.

¹⁵⁹⁶ Dans le cadre de l'interprétation de l'article 14bis du Règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. CJCE, 30 mars 2000, *Barry Banks e.a. c/ Theatre royal de la Monnaie*, Aff. C-178/97, *Rec. I-02005*, point 28.

¹⁵⁹⁷ CJCE, 26 mai 1982, *Roger Ivenel c/ Helmut Schwab*, Aff. 133/81, *Rec. I-01891*; CJCE, 15 février 1989, *Six Constructions Ltd c/ Paul Humbert*, Aff. 32/88, *Rec.*, 341 ; CJCE, 13 juillet 1993, *Mulox IBC Ltd c/ Hendrick Geels*, Aff. C-125/92, *Rec. I-04075*, not. point 14 : « l'obligation à prendre en considération, pour l'application de l'article 5, point 1, de la convention aux contrats de travail est toujours celle qui caractérise de tels contrats, c'est-à-dire celle du travailleur d'exercer les activités convenues ».

également les stagiaires¹⁵⁹⁸, les sportifs¹⁵⁹⁹ ou encore les personnes à la recherche d'un emploi¹⁶⁰⁰. Cette évolution de la définition correspond en réalité à l'autonomisation du modèle européen du travailleur par rapport aux objectifs exclusivement attachés au libre fonctionnement du marché¹⁶⁰¹ ; elle est en même temps illustrative de l'appropriation par le droit européen des notions puisées dans les droits nationaux. Si le point de départ de la définition (cadre contractuel/lien de subordination) reflète des définitions nationales, le droit européen se les approprie pour en faire une définition qui lui est propre et qui influencera, à son tour, le droit national.

327. La définition de la notion de « congés payés » : le lien avec le bien-être du travailleur– En dehors de la définition même des deux acteurs, le juge européen est invité à déterminer constamment la signification des termes utilisés par les instruments de droit dérivé. En matière de protection du travailleur, la Cour de Justice a été invitée à plusieurs reprises à encadrer les contours de la notion de « congés payés », notamment dans le cadre de l'interprétation de la directive 93/104/CE sur le temps de travail¹⁶⁰². Ces interprétations ont eu, par la suite, des retombées sur la jurisprudence de la Cour de Cassation. La question portant sur la notion de congés annuels a en effet été posée sous différents angles à la Cour de Justice. On se focalisera sur la nature des congés annuels ainsi que sur les modalités

¹⁵⁹⁸ CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum*, *op. cit.*, not. point 19 : « Le fait que le stage pédagogique peut être considéré, à l'instar des périodes d'apprentissage dans d'autres professions, comme une préparation pratique liée à l'exercice même de la profession ne saurait empêcher l'application de l'article 48, paragraphe 1, s'il est accompli dans les conditions d'une activité salariée ».

¹⁵⁹⁹ CJCE, 14 juillet 1976, *Gaetano Donà c/ Mario Mantero*, Aff. 13/76, *Rec.* 1333, not. point 12 : « compte tenu des objectifs de la Communauté, l'exercice des sports relève du droit communautaire dans la mesure où il constitue une activité économique au sens de l'article 2 du traité; que tel est le cas de l'activité de joueurs professionnels ou semi-professionnels de football, ceux-ci exerçant une activité salariée ou effectuant des prestations de services rémunérées ».

¹⁶⁰⁰ CJCE, 12 mars 1998, *María Martínez Sala c/ Freistaat Bayern*, Aff. C-85/96, *Rec.* I-02691, not. point 22 : « Une fois que la relation de travail a pris fin, l'intéressé perd en principe la qualité de travailleur, étant entendu cependant que, d'une part, cette qualité peut produire certains effets après la cessation de la relation de travail et que, d'autre part, une personne à la recherche réelle d'un emploi doit également être qualifiée de travailleur ».

¹⁶⁰¹ Sur cette évolution *v. supra*, sous n° 161 et s.

¹⁶⁰² Directive 93/104/CE du 23 novembre 1993 concernant certains aménagements du temps de travail, telle que modifiée par la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, précitées.

chronologiques permettant d'articuler les congés annuels avec d'autres types de congés, notamment les congés maladie ou maternité¹⁶⁰³.

328. La nature du congé annuel : le repos effectif– Dans un premier temps, le juge européen a dû préciser la nature du congé annuel, sa raison d'être. Il a alors affirmé que le congé annuel est motivé par un souci de protection de la santé et de la sécurité du travailleur, afin que celui-ci puisse bénéficier d'un « repos effectif », d'une coupure réelle de son travail, lui permettant de récupérer. Pour cette raison, le droit au congé annuel payé est érigé en « principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière »¹⁶⁰⁴. Plusieurs conséquences découlent de ce principe : l'interdiction de la subordination de ce droit à une période de travail effectif minimale¹⁶⁰⁵ ou l'interdiction du remplacement des jours de congé non utilisés par le salarié par une indemnité financière¹⁶⁰⁶. Il en résulte également que lorsque le salarié n'a pas pu bénéficier de son congé annuel à cause d'un autre congé, il doit pouvoir le reporter.

La Cour considère ainsi que la finalité du congé annuel payé est différente de celle du congé maternité. Alors que le premier vise le repos du travailleur en raison de la fatigue accumulée du travail, le second a pour objectif la protection de la santé de la femme ainsi que de ses rapports avec l'enfant. Par conséquent, « une travailleuse doit pouvoir bénéficier de son congé annuel lors d'une période distincte de celle de son congé de maternité »¹⁶⁰⁷. De la même manière, la finalité différente du congé maladie –qui est celle du rétablissement du salarié malade– justifie qu'en cas de coïncidence entre le congé annuel et le congé maladie, le salarié puisse bénéficier

¹⁶⁰³ Pour une présentation de ces questions v. Jean-Philippe LHERNOULD, «L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », *Dr. soc.* 2010, p. 893-901.

¹⁶⁰⁴ CJCE, 26 juin 2001, *The Queen c/ Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, Aff. C-173/99, *Rec.* I-04881, not. points 43 et 44; *D.* 2002, p. 444, note Jean-Louis CLERGERIE.

¹⁶⁰⁵ *Ibidem.* V. également, plus récemment sur une question préjudicielle posée par la Cour de Cassation, CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez c/ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, Aff. C-282/10; *RDT* 2012 p. 371, obs. Marc VÉRICEL.

¹⁶⁰⁶ CJCE, 6 avril 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging c/ Staat der Nederlanden*, Aff. C-124/05, *Rec.* I-03423 ; *D.* 2007, p. 465, not. point 35 ; *RDT* 2006, p. 130, obs. Nicolas MOIZARD.

¹⁶⁰⁷ CJCE, 18 mars 2004, *María Paz Merino Gómez c/ Continental Industrias del Caucho SA.*, Aff. C-342/01, *Rec.* I-02605, points 32 à 38.

effectivement de ce dernier à une période ultérieure, après la date de reprise de travail ou après avoir été indemnisé¹⁶⁰⁸.

329. L'articulation des congés annuels et des autres types de congés– Ces positions protectrices du salarié, fondées sur la santé et la sécurité des travailleurs, ont eu une influence sur la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁶⁰⁹. Il a ainsi été accepté que le salarié puisse bénéficier d'un report de ces congés annuels en cas d'arrêt maternité¹⁶¹⁰, maladie¹⁶¹¹ ou accident de travail¹⁶¹². Toutefois, le système suivi en droit interne concernant l'articulation chronologique entre les différents types de congés, ne semble pas en conformité avec les positions de la Cour de Justice¹⁶¹³. Ce système consiste, en effet, à faire prévaloir la première cause de congés sur les autres. Concrètement, « le salarié qui tombe malade au cours de ses congés payés ne peut exiger de prendre ultérieurement le congé dont il n'a pas pu bénéficier du fait de son arrêt de travail », alors que « le salarié dont le contrat de travail est déjà suspendu par un arrêt de travail pour maladie à la date de départ en congé fixée par l'employeur conserve son droit »¹⁶¹⁴. Pourtant, cette différenciation ne paraît pas compatible avec l'interprétation du juge européen et la nature du congé annuel en tant que droit social.

330. La définition de la notion de « transfert d'entreprise » : des frictions avec le droit national malgré une législation nationale avancée– Enfin,

¹⁶⁰⁸ CJUE, 10 septembre 2009, *Francisco Vicente Pereda c/ Madrid Movilidad SA*, Aff. 277/08, Rec. I-08405, not. points 22-25 ; *Semaine Sociale Lamy* 2009, n° 1388, obs. Sylvaine LAULOM ; *RDT* 2009 p. 725, obs. Marc VÉRICEL ; CJCE 20 janvier 2009, *Gerhard Schultz-Hoff c/ Deutsche Rentenversicherung Bund et Stringer e.a. c/ Her Majesty's Revenue and Customsaff*, Aff. C-350-06 et C-520-06, Rec. I-00179 ; *RDT* 2009 p. 725, obs. Marc VÉRICEL.

¹⁶⁰⁹ V. Yves CHALARON, «Congés payés annuels», *Répertoire de droit du travail*, mai 2005 (mise à jour juin 2014), not. §§ 120-153.

¹⁶¹⁰ Cass. soc. 2 juin 2004, *Bull. civ. V*, n° 161: «les congés annuels doivent être pris au cours d'une période distincte du congé de maternité».

¹⁶¹¹ Cass. soc. 24 février 2009, *Bull. civ. V*, n° 49. La Cour fait expressément référence à la directive, telle qu'interprétée par le juge européen: «eu égard à la finalité qu'assigne aux congés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, lorsque le salarié s'est trouvé dans l'impossibilité de prendre ses congés payés annuels au cours de l'année prévue par le Code du travail ou par une convention collective en raison d'absences liées à une maladie, un accident du travail ou une maladie professionnelle, les congés payés acquis doivent être reportés après la date de reprise de travail».

¹⁶¹² Cass. soc. 27 septembre 2007, *Bull. civ. V*, n° 147 ; Cass. soc. 16 février 2012, *Bull. civ. V*, n° 75.

¹⁶¹³ Jean-Philippe LHERNOULD, «L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », *op. cit.* 2010, not. p. 893-897.

¹⁶¹⁴ Cass. soc., 4 décembre 1996, *Bull. civ. V*, n° 420.

l'interprétation de la notion de transfert d'entreprise par la Cour de Justice constitue une des illustrations les plus significatives d'intervention du juge européen sur le droit français et d'interaction avec le juge national¹⁶¹⁵. En effet, malgré le fait que le droit français connaissait déjà la notion et accordait une protection élevée aux travailleurs, à tel point que le gouvernement français considérait qu'il n'y avait pas besoin de transposer la directive 77/187/CEE¹⁶¹⁶, la question s'est finalement avérée plus épineuse que prévue et a fait couler beaucoup d'encre. « Le droit français a, sans nul doute, contribué à façonner le contenu du droit communautaire : le principe du maintien de la relation de travail, connu du droit français depuis 1928, a ainsi pu être exporté vers le droit communautaire »¹⁶¹⁷ remarque Madame Sylvaine Laulom. C'est pour cette raison que, dans un premier temps, « la conformité du droit français a été tenue pour acquise et l'[a] directive n'[a] pas fait l'objet d'une réception formelle »¹⁶¹⁸. Le point le plus important du débat, qui a duré tout au long des années 1980, portait sur le champ d'application de l'article L. 122-12 al. 2 du Code de travail¹⁶¹⁹, notamment dans le cas où le transfert concerne une activité de services. La Cour de cassation a pendant longtemps exigé un lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur afin de qualifier le transfert d'entreprises et, par conséquent, appliquer l'article L. 122-12 al. 2 du Code du travail¹⁶²⁰. Elle excluait ainsi de son champ d'application les hypothèses d'un simple changement de prestataire, lorsqu'aucun lien de droit n'existait entre le nouveau et l'ancien prestataire.

¹⁶¹⁵ Pour une présentation générale de l'historique de la question v. parmi d'autres Stéphane DARMAISIN, « Le concept de transfert d'entreprise », *Dr. Soc.* 1999, p. 343-350.

¹⁶¹⁶ Directive 77/187/CEE, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, telle que modifiée par la directive 98/50/CE du Conseil du 29 juin 1998 et consolidée par la 2001/23/CE du 12 mars 2001, précitées.

¹⁶¹⁷ Sylvaine LAULOM, *L'harmonisation du droit social communautaire. Les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, *op. cit.*, p. 20 et 21.

¹⁶¹⁸ *Idem*, p. 18.

¹⁶¹⁹ Devenu l'article L. 1224-1 du Code du travail disposant que « s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise ».

¹⁶²⁰ V. par exemple les arrêts Cass. soc., 12 juin 1986, *Bull. Civ. V*, p. 229 ; *Dr. soc.* 1986, p. 1, note Gérard COUTURIER ; Cass. soc., 7 novembre 1989, pourvoi n° 85-40636 ; 23 octobre 1980, *Bull. Civ. V*, n° 763, 30 mai 1979, *Bull. Civ. V*, n° 476.

Néanmoins, la Cour de Justice a mis en question cette exigence dans l'arrêt *Tellerup*¹⁶²¹. S'appuyant sur la finalité de la directive et considérant la relation tripartite entre le travailleur, l'employeur principal et le prestataire dans sa globalité, elle estime que la notion de transfert issue de la directive englobe également ces cas de figure. Le transfert comprend alors deux phases : d'abord le transfert du prestataire initial à l'employeur principal et ensuite le transfert de ce dernier au nouveau prestataire¹⁶²².

Au terme d'une longue polémique, les trois arrêts de la Cour de cassation du 16 mars 1990¹⁶²³, rendus au double visa de l'article L. 122-12 du Code du travail et de la directive 77/187/CEE semblent avoir opéré une réconciliation. A partir de ces arrêts, la Haute juridiction applique l'article L. 122-12 à « tout transfert d'entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise sans l'exigence du lien de droit »¹⁶²⁴.

331. Le maintien de l'identité économique de l'entreprise – En dépit de cette évolution, le débat s'est en quelque sorte déplacé vers la notion même de l'activité¹⁶²⁵, objet du transfert, se focalisant notamment sur le maintien de l'identité économique de l'entreprise en tant que critère de l'application des dispositions de la directive. La Cour de Justice a donné l'impression de résoudre la question dans l'arrêt *Schmidt*¹⁶²⁶ en estimant que « le maintien de cette identité résulte notamment de la poursuite effective ou de la reprise par le nouveau chef d'entreprise des mêmes activités économiques ou d'activités analogues » ; toutefois, le dossier de l'interprétation de la notion n'est pas tout à fait clos¹⁶²⁷, sans compter les zones de frictions qui demeurent

¹⁶²¹ CJCE, 10 fév. 1988, *Tellerup c/ Daddy's Dance Hall*, Aff. C-324/86, Rec. 00739 ; *RTD eur.* 1988, p. 715, note Pierre RODIERE ; *Dr. soc.* 1988, p. 455, note Gérard COUTURIER.

¹⁶²² V. notamment les points 9 et 10 de l'arrêt.

¹⁶²³ Cass. Ass. Plén., 16 mars 1990, *Bull. AP.*, n° 4 ; *RJS* 1990, n° 281, conclusions Henri DONTENWILLE, p. 206 ; *RJS* 1990, n° 281, chron. Jean DEPREZ, p. 199-205. V. également les arrêts postérieurs Cass. soc., 28 mars 2006 *Bull. civ. V*, n° 124 ; 23 novembre 2005, *Bull. Civ. V*, n° 339 ; 14 décembre 2004, *Bull. Civ. V*, n° 331, *Dr. soc.* 2005, p. 229, obs. Antoine MAZEAUD ; 17 décembre 2003, *Bull. Civ. V*, n° 318.

¹⁶²⁴ Antoine MAZEAUD, « Sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise : vers une réécriture des articles L. 122-12 et L. 122-12-1 du Code du travail ? », *D.* 1998, chron., p. 106-110 ; Georges LE TALLEC, « La Cour de cassation et le droit communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 363-373, not. p. 366-367.

¹⁶²⁵ Sur la notion d'entreprise v. Sylvie HENNIION-MOREAU, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Dr. soc.* 2001 p. 957-966.

¹⁶²⁶ CJCE 14 avril 1994, *Christel Schmidt c/ Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, Aff. C-392/92, Rec. I-1259.

¹⁶²⁷ V. notamment les arrêts de la CJCE du 26 septembre 2000, *Didier Mayeur c/ Association Promotion*

en ce qui concerne la conception des activités administratives écartées du champ d'application de la directive¹⁶²⁸.

c. L'encadrement des compétences partagées : les autres formes de contrôle

332. L'encadrement de la latitude des Etats membres lors de la transposition des directives d'harmonisation minimale– Si, pour les deux acteurs étudiés, l'intervention du législateur européen se réalise principalement par voie de directives¹⁶²⁹, une des tâches principales auxquelles se livre le juge européen est l'encadrement de la latitude laissée aux Etats membres, notamment par les directives qui mettent en place des règles d'harmonisation minimale¹⁶³⁰. La Cour intervient ainsi pour prêter main forte au juge national dans la tâche qui lui incombe de contrôler les mesures nationales censées mettre en œuvre les dispositions européennes.

Les exemples d'influence de la jurisprudence du juge européen dans le cadre de l'interprétation des directives d'harmonisation minimales sont nombreux et portent sur des sujets dont l'importance varie. Certaines illustrations ont déjà été évoquées à propos d'autres problématiques, d'autres le seront¹⁶³¹ ; nous examinerons ici trois exemples issus de la protection du travailleur qui se prêtent à une réflexion plus générale sur les interactions entre le droit européen et le droit national et, partant, sur l'europanisation de ce dernier.

333. Le recours aux contrats à durée déterminée : l'articulation des volets économique et social de la protection du travailleur– L'intervention de la Cour de Justice pour encadrer la marge de manœuvre des Etats membres lorsqu'ils

de l'information messine (APIM), Aff. C-175/99, *Rec. I-07755* ; *Dr. soc.* 2002, p. 1013, note Antoine MAZEAUD ainsi que CJCE 24 janvier 2002, *Temco Service Industries SA c/ Samir Imzilyen e.a.*, Aff. C-51/00, *Rec. I-00969* ; *RJS* 2002, p. 300, note Nicolas MOIZARD.

¹⁶²⁸ Pour une analyse de ces points problématiques v. Jean-Philippe LHERNOULD, « Transfert d'entreprise. Etat des relations entre le droit communautaire et le Code du travail », *RJS*, 2002, p. 799-806.

¹⁶²⁹ *V. supra*, sous n° 140 et s.

¹⁶³⁰ *V. supra*, sous n° 190 et s. Les problématiques de l'harmonisation maximale ainsi que leurs conséquences sur le niveau de protection accordée par le droit français étant déjà évoquées (*V. supra*, sous n° 211 et s.), les interventions de la Cour de justice ne seront pas examinées de nouveau. En effet, la technique de l'harmonisation maximale est telle qu'elle ne laisse pas de marge de manœuvre aux Etats membres. Par conséquent, l'intervention de la Cour de justice ne présente qu'un intérêt mineur pour les questions traitées dans le présent Chapitre.

¹⁶³¹ *V. infra* sous n° 357 et s.

ont recours aux contrats à durée déterminée illustre bien l'articulation des volets économique et social de la protection du travailleur. En effet, la directive 99/70/CE, mettant en œuvre l'accord-cadre conclu par les partenaires sociaux européens, consacre la protection des travailleurs à durée déterminée, en leur conférant les mêmes droits qu'à ceux à durée indéterminée. La clause 5 de l'accord-cadre, visant à empêcher les abus résultant de l'utilisation de contrats à durée déterminée successifs, introduit une obligation pour les Etats membres de prévoir, entre autres, des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats¹⁶³². L'interprétation du juge européen porte précisément sur cette notion de « raisons objectives »¹⁶³³. La Cour de Justice s'est prononcée par une série d'arrêts portant sur les contrats à durée déterminée dans le secteur public grec¹⁶³⁴. Mettant l'accent sur le fait que « le bénéfice de la stabilité de l'emploi est conçu comme un élément majeur de la protection des travailleurs »¹⁶³⁵, elle interprète la notion de raisons objectives comme « visant des circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée » qui peuvent « résulter notamment de la nature particulière des tâches pour l'accomplissement desquelles de tels contrats ont été conclus et des caractéristiques inhérentes à celles-ci ou, le cas échéant, de la poursuite d'un objectif légitime de politique sociale d'un Etat membre »¹⁶³⁶. Par conséquent, les Etats membres ne peuvent pas, à l'instar de l'Etat grec, se borner à introduire des prévisions générales et abstraites et utiliser comme unique fondement pour le renouvellement des contrats à durée déterminée successifs le fait que cela est prévu par une disposition légale ou réglementaire. La Cour a, par la suite, affiné sa position en considérant que, même lorsque des besoins spécifiques sont invoqués par l'Etat, le

¹⁶³² Clause 5 §1a) de l'accord-cadre.

¹⁶³³ Cette notion est également utilisée par la directive 97/81/CE du 15 décembre 1997 sur le travail à temps partiel, telle que modifiée par la directive 98/23/CE du 7 avril 1998 (clause 4 de l'accord-cadre qui figure en annexe de la directive), précitée. La Cour considère que l'interprétation des raisons objectives élaborée dans le cadre de la directive 99/70/CE sur le travail à durée déterminée s'applique par analogie à la directive sur le travail à temps partiel. V. CJUE, 22 avril 2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c/ Land Tirol*, Aff. C-486/08, Rec. I- 03527, not. point 43 ; V. aussi CJUE, 10 juin 2010, *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c/ Tiziana Bruno et Massimo Pettini et Daniela Lotti et Clara Matteucci*, Aff. C-395/08 et C-396/08, Rec. I-05119.

¹⁶³⁴V. sur cette question Stamatina YANNAKOUROU, « The evolution of employment law in the European Union from 1992 to 2003. », Country study on Greece (final report), Leiden European Conference on *Labour Law in Europe: steps towards 2010*, Leiden, 30 septembre et 1er octobre 2004 (dans le cadre de la présidence hollandaise), p. 38-39.

¹⁶³⁵ CJCE, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler e.a. c/ Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Aff. C-212/04, Rec. I-06057, point 62.

¹⁶³⁶ *Idem*, points 69 et 70.

recours aux contrats à durée déterminée successifs est abusif, dès lors qu'en réalité les contrats à durée déterminée couvrent des besoins qui ont un caractère permanent et durable¹⁶³⁷.

En dépit du fait que ces arrêts ne concernaient pas directement le droit français, ils ont eu un écho dans la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, avant l'arrêt *Adeneler* précité, la Chambre Sociale¹⁶³⁸ exigeait des conditions plutôt formelles, à savoir que l'activité figure dans la liste prévue par décret et qu'il y ait un usage constant de ne pas recourir, pour ce secteur d'activité, à des contrats à durée indéterminée, en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère temporaire des emplois en question¹⁶³⁹. A la suite des arrêts rendus par la Cour de Justice, le juge national a rapidement mis le droit national en conformité¹⁶⁴⁰ avec le droit de l'Union¹⁶⁴¹. Au visa combiné des articles du Code du travail et de la directive 99/70/CE, les magistrats de la Haute Juridiction ont introduit dans leur attendu de principe l'exigence de raisons objectives, « qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi ». Sur ce fondement, étant donné que les juges du fond n'avaient pas recherché si le recours au contrat à durée déterminée était justifié par de telles raisons objectives, l'arrêt rendu par la Cour d'Appel, ayant débouté une journaliste pigiste de sa demande de requalification de son contrat de travail, a été cassé et annulé.

334. L'égalité de traitement : la protection nationale des travailleurs désavantagés contrôlée par le juge européen- Par ailleurs, les dispositions du droit européen concernant l'égalité de traitement et la non-discrimination font, sans doute, partie de celles qui ont le plus influencé le droit français en matière de protection du travailleur¹⁶⁴². Hormis l'action législative qu'elles ont pu engendrer¹⁶⁴³,

¹⁶³⁷ CJCE, 23 avr. 2009, *Kiriaki Angelidaki et e.a. c/ Organismos Nomarchiakis Autodioikisis, Charikleia Giannoudi c/ Dimos Geropotamou et Georgios Karabousanos et Sofoklis Michopoulos c/ Dimos Geropotamou*, Aff. C-378/07 à 380/07, Rec. I-03071, not. point 103.

¹⁶³⁸ V. à titre d'exemple Cass. soc., 26 novembre 2003, *Bull. civ. V*, n° 298.

¹⁶³⁹ V. en ce sens, Loïc AZOULAI (dir), « Application du droit communautaire par la Cour de cassation (janvier-juillet 2008) », *Revue Europe*, n° 11, 2008, chron. 1, p. 12-21, not. p. 16-17.

¹⁶⁴⁰ Sur l'obligation d'interprétation conforme du droit national, v. *infra* sous n° 357 et s.

¹⁶⁴¹ Cass. soc., 23 janvier 2008, *Bull. Civ. V*, n° 298.

¹⁶⁴² Pour une analyse générale de cette question v. parmi d'autres Jean-Michel LATTES, *Le principe de non discrimination en droit du travail*, thèse dactyl. Université Toulouse I, 1989; Isabelle GOULET, *Vers un principe de non-discrimination en droit du travail ?*, thèse dactyl., Université Paris II, 2001; Laurence SEGURA & Jean-Yves DE CARA (dir), *Le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en*

elles ont donné lieu à une jurisprudence très riche de la Cour de Justice et ont nourri le dialogue avec les juridictions françaises. Parmi les nombreuses illustrations, on se focalisera sur l'exemple des discriminations en raison de l'âge¹⁶⁴⁴ ainsi que, de manière plus générale, sur les actions positives.

335. Les discriminations fondées sur l'âge du travailleur- Il résulte des articles 1¹⁶⁴⁵ et 3 §1¹⁶⁴⁶ la directive 2000/78/CE¹⁶⁴⁷ que les discriminations fondées sur l'âge du travailleur sont interdites tant au moment de la conclusion qu'au moment de la rupture du contrat de travail¹⁶⁴⁸. Si la Cour a apporté des précisions concernant la rupture d'un contrat de travail en raison de la survenance de l'âge de la retraite¹⁶⁴⁹, c'est notamment dans le domaine des justifications que l'apport de sa jurisprudence au droit français est le plus perceptible.

droit du travail: législation française et droit communautaire, Centre de documentation et de recherche européennes, 1990.

¹⁶⁴³ V. *supra*, sous n° 270 et s.

¹⁶⁴⁴ Pour une analyse générale v. Yann LEROY, « Age du salarié », *Répertoire du droit de travail* 2013, not. §§ 1-69.

¹⁶⁴⁵ Cet article précise l'objet de la directive en disposant que « la présente directive a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les États membres, le principe de l'égalité de traitement ».

¹⁶⁴⁶ Portant sur le champ d'application de la directive, cet article précise que « dans la limite des compétences conférées à la Communauté, la présente directive s'applique à toutes les personnes, tant pour le secteur public que pour le secteur privé, y compris les organismes publics, en ce qui concerne: a) les conditions d'accès à l'emploi, aux activités non salariées ou au travail, y compris les critères de sélection et les conditions de recrutement, quelle que soit la branche d'activité et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle, y compris en matière de promotion; b) l'accès à tous les types et à tous les niveaux d'orientation professionnelle, de formation professionnelle, de perfectionnement et de formation de reconversion, y compris l'acquisition d'une expérience pratique;

c) les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération;

d) l'affiliation à, et l'engagement dans, une organisation de travailleurs ou d'employeurs, ou toute organisation dont les membres exercent une profession donnée, y compris les avantages procurés par ce type d'organisations ».

¹⁶⁴⁷ Directive 2000/78/CE du 27 novembre 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 du 2/12/2000, p. 0016-0022.

¹⁶⁴⁸ V. en ce sens, Pierre BAILLY & Jean-Philippe LHERNOULD, « Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne », *Dr. Soc.* 2012, p. 223-237, not. §5.

¹⁶⁴⁹ V. à titre d'exemple l'arrêt de la CJCE du 16 octobre 2007, *Félix Palacios de la Villa c/ Cortefiel Servicios SA*, Aff. C- 411/05, *Rec. I-08531* où la Cour a jugé qu'« une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, selon laquelle le fait pour le travailleur d'atteindre l'âge fixé par cette réglementation pour l'admission à la retraite emporte cessation de plein droit du contrat de travail, doit être considérée comme imposant, de manière directe, un traitement moins favorable aux travailleurs ayant atteint cet âge par rapport à l'ensemble des autres personnes en activité. Une telle réglementation instaure dès lors une différence de traitement directement fondée sur l'âge, telle que visée à l'article 2, paragraphes 1 et 2, sous a), de la directive 2000/78 » (point 51).

336. Un principe général du droit européen– Dans un premier temps, les juges européens ont, dans un arrêt très commenté¹⁶⁵⁰ et très controversé¹⁶⁵¹, érigé la non-discrimination en raison de l'âge en principe général du droit de l'Union¹⁶⁵². Par sa jurisprudence postérieure, la Cour a fondé ledit principe sur la Charte des droits fondamentaux et plus précisément sur son article 21¹⁶⁵³. Malgré les controverses doctrinales que cette position a suscitées, notamment à cause de l'effet horizontal accordé à ce principe¹⁶⁵⁴, force est de constater que cette interprétation jurisprudentielle renforce le caractère de principe de la non discrimination des travailleurs en tant que droit fondamental, en-dehors de toute considération de la fonction économique de cet acteur. C'est ainsi le volet protecteur, social de sa confiance, qui est mis en avant.

337. Les justifications susceptibles d'être apportées par les Etats membres– Ensuite, la Cour apporte des précisions concernant les justifications qui

¹⁶⁵⁰ CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold c/ Rüdiger Helm*, Aff. 144/04, *Rec. I-09981* ; *AJDA* 2006, p. 247, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT & Christian LAMBERT ; Sophie ROBIN-OLIVIER, « Les contrats à durée déterminée des « seniors » à l'épreuve du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *RDT* 2006, p. 133-134 ; *RJS* 2006, p. 257, note Hélène TISSANDIER ; *Europe* 2006, comm. n° 18, obs. Laurence IDOT ; *Rev. droit de l'U.E.* 2006, p. 466, obs. Elise MUIR ; *D.* 2006, p. 557, note Olivier LECLERC ; *ibid.* 2007, p. 465, obs. Francis MEYER ; *RDT* 2006, p. 31, obs. Mélanie SCHMITT.

¹⁶⁵¹ L'arrêt a été critiqué, notamment à cause de l'interventionnisme de la Cour de Justice, tant en France qu'à l'étranger (V. par ex. Olivier DUBOS, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ? », *JCP G* 2006. II. 10107, p. 1295-1297 ; Denis MARTIN, « L'arrêt *Mangold* - Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire ? », *JTT* 2006, p. 109-116). En Allemagne, Roman Herzog (ancien juge de la Cour constitutionnelle et ancien président de la République fédérale d'Allemagne) et le professeur Lüder Gerken ont même fait paraître un article intitulé « Arrêtez la Cour de justice ! » ; Roman HERZOG & Lüder GERKEN, « Stoppt den Europäischen Gerichtshof », *FAZ*, 8 sept. 2008, cité par Jonathan WALTUCH, « La guerre des juges n'aura pas lieu », *RTD eur.* 2011, p. 329-360, not. p. 329.

¹⁶⁵² V. les points 74 et 75 de l'arrêt précité, où la Cour considère que « la directive 2000/78 ne consacre pas elle-même le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. En effet, aux termes de son article 1^{er}, cette directive a uniquement pour objet « d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur la religion ou les convictions, [le] handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle », le principe même de l'interdiction de ces formes de discrimination trouvant sa source, ainsi qu'il ressort des premier et quatrième considérants de ladite directive, dans divers instruments internationaux et les traditions constitutionnelles communes aux États membres. Le principe de non-discrimination en fonction de l'âge doit ainsi être considéré comme un principe général du droit communautaire ».

¹⁶⁵³ V. l'arrêt de la Cour du 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG*, Aff. C-555/07, *Rec. I-00365* : « Il convient également de relever que l'article 6, paragraphe 1, TUE énonce que la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a la même valeur juridique que les traités. Selon l'article 21, paragraphe 1, de cette charte, « est interdite, toute discrimination fondée notamment sur [...] l'âge » (point 22). V. également Mélanie SCHMITT, « Nouvelles décisions de la Cour de justice sur la discrimination liée à l'âge : un pas en avant, deux pas en arrière », *RDT* 2010, p. 237-239.

¹⁶⁵⁴ Olivier DUBOS, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ? », *JCP G* 2006, II. 10107, p. 1293-1297.

permettent aux Etats membres de déroger au principe de non-discrimination, mentionnées aux articles 2 §5¹⁶⁵⁵, 4 §1¹⁶⁵⁶ et 6 §§1-2¹⁶⁵⁷ de la directive. Lors de l'interprétation de ces justifications et notamment lors de la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité, la Cour se montre très rigoureuse, plus que le Conseil constitutionnel français. Ainsi, la Cour a considéré dans l'arrêt *Mangold* que l'objectif de l'insertion professionnelle des travailleurs âgés, poursuivi par l'Allemagne, était certes légitime mais ne respectait pas le contrôle de proportionnalité, en ce sens que la mesure se fondait uniquement sur l'âge du travailleur sans aucune considération d'autres critères liés au marché du travail¹⁶⁵⁸. En revanche, le Conseil Constitutionnel

¹⁶⁵⁵ «La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prévues par la législation nationale qui, dans une société démocratique, sont nécessaires à la sécurité publique, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé et à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁶⁵⁶ « Nonobstant l'article 2, paragraphes 1 et 2, les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs visés à l'article 1er ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

¹⁶⁵⁷ «1. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle, et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

Ces différences de traitement peuvent notamment comprendre:

- a) la mise en place de conditions spéciales d'accès à l'emploi et à la formation professionnelle, d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement et de rémunération, pour les jeunes, les travailleurs âgés et ceux ayant des personnes à charge, en vue de favoriser leur insertion professionnelle ou d'assurer leur protection;
- b) la fixation de conditions minimales d'âge, d'expérience professionnelle ou d'ancienneté dans l'emploi, pour l'accès à l'emploi ou à certains avantages liés à l'emploi;
- c) la fixation d'un âge maximum pour le recrutement, fondée sur la formation requise pour le poste concerné ou la nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite.

2. Nonobstant l'article 2, paragraphe 2, les États membres peuvent prévoir que ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge la fixation, pour les régimes professionnels de sécurité sociale, d'âges d'adhésion ou d'admissibilité aux prestations de retraite ou d'invalidité, y compris la fixation, pour ces régimes, d'âges différents pour des travailleurs ou des groupes ou catégories de travailleurs et l'utilisation, dans le cadre de ces régimes, de critères d'âge dans les calculs actuariels, à condition que cela ne se traduise pas par des discriminations fondées sur le sexe ».

¹⁶⁵⁸ Le point 65 de l'arrêt énonce qu'« une telle législation, en ce qu'elle retient l'âge du travailleur concerné pour unique critère d'application d'un contrat de travail à durée déterminée, sans qu'il ait été démontré que la fixation d'un seuil d'âge, en tant que tel, indépendamment de toute autre considération liée à la structure du marché du travail en cause et de la situation personnelle de l'intéressé, est objectivement nécessaire à la réalisation de l'objectif d'insertion professionnelle des travailleurs âgés au chômage, doit être considérée comme allant au-delà de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi. Le respect du principe de proportionnalité implique en effet que chaque dérogation à un droit individuel concilie, dans toute la mesure du possible, les exigences du principe d'égalité de traitement et celles du but recherché »

s'est prononcé dans un sens favorable à la justification¹⁶⁵⁹ dans un arrêt examinant la loi pour l'égalité des chances, qui introduisait le contrat premier embauche¹⁶⁶⁰ et portait également sur des règles défavorables, appliquées à une classe de travailleurs déterminée sur le seul critère de l'âge. Il semble alors que « le contrôle de proportionnalité, contrôle rigoureux si on le compare à celui exercé par le Conseil constitutionnel, témoigne de la force juridique donnée par la Cour de Justice au principe communautaire d'égalité de traitement. Le droit à l'égalité de traitement est, selon la Cour, un droit individuel qui ne saurait être remis en cause, mais doit être concilié, autant que faire se peut, avec les finalités des lois qui y portent atteinte »¹⁶⁶¹. Ce droit individuel fait partie intégrante du statut accordé au travailleur en tant que citoyen de l'Union, ce qui justifie la méfiance de la Cour de Justice vis-à-vis d'éventuelles dérogations.

338. L'encadrement des actions positives par le biais du contrôle de proportionnalité– Dans le même ordre d'idées, le juge européen a dû, à plusieurs reprises, encadrer le droit français en matière d'actions positives. La finalité des mesures positives, terme que l'on préférera à celui des discriminations positives¹⁶⁶², « a pour but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon leurs apparences, visaient effectivement à éliminer et à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale ». Il s'agit d'autoriser « des mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi, qui, en favorisant spécialement les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité de

¹⁶⁵⁹ Les juges du Conseil constitutionnel ont ainsi estimé qu'« aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prendre des mesures propres à venir en aide à des catégories de personnes défavorisées ; que le législateur pouvait donc, compte tenu de la précarité de la situation des jeunes sur le marché du travail, et notamment des jeunes les moins qualifiés, créer un nouveau contrat de travail ayant pour objet de faciliter leur insertion professionnelle ; que les différences de traitement qui en résultent sont en rapport direct avec la finalité d'intérêt général poursuivie par le législateur » (point 17, souligné par l'auteur).

¹⁶⁶⁰ Conseil constitutionnel, 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, *AJDA* 2006, p. 732. V. Jaques MESTRE & Bertrand FAGES, « La résiliation unilatérale sans motif et ... sans abus », *RTD civ.* 2006, p. 314-315.

¹⁶⁶¹ Sophie ROBIN-OLIVIER, « Les contrats à durée déterminée des « seniors » à l'épreuve du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *op.cit.* not. p. 134.

¹⁶⁶² Le terme « discrimination positive » contient, en effet, un oxymore, dans la mesure où on qualifie de l'adjectif « positif » un nom qui a, par définition, une connotation négative. V. en ce sens, Danièle LOCHAK, « La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen » in Miyoko TSUJIMURA & Danièle LOCHAK (dir), *Egalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union Européenne et Etats-Unis)*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 39-60. C'est, d'ailleurs, la terminologie employée par la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 qui consacre expressément son article 3 aux mesures positives.

concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes»¹⁶⁶³. Prévu par l'article 2 §4¹⁶⁶⁴ de la directive 76/207/CEE¹⁶⁶⁵ - utilisé par le juge européen comme une sorte de fondement général¹⁶⁶⁶ - afin de remédier « aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes »¹⁶⁶⁷, ces traitements préférentiels sont soumis à un contrôle strict de la Cour de Justice qui considère que les actions positives doivent « déboucher sur une égalité substantielle et non formelle en réduisant les inégalités de fait pouvant survenir dans la vie sociale et, ainsi, [à] prévenir ou à compenser [...] des désavantages dans la carrière professionnelle des personnes concernées »¹⁶⁶⁸. Le contrôle classique de proportionnalité se décline alors en trois conditions qui doivent être cumulativement respectées afin que la mesure positive reçoive l'approbation des juges de Kirchberg : remédier à une inégalité de fait, dans le sens d'une situation existante de déséquilibre entre hommes et femmes, de manière concrète et adéquate et s'accorder autant que possible avec le principe de l'égalité de traitement, ce qui revient à exclure les

¹⁶⁶³ Ce sont les termes de la Cour de Justice, dans le tout premier arrêt portant sur les actions positives en droit français et plus précisément sur les avantages accordés spécifiquement aux femmes par les conventions collectives. CJCE, 25 oct. 1988, *Commission c/ France*, Aff. C-312/86, *Rec. I-6315* (point 15). V. également l'arrêt du 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, *Rec. I-6363* (not. point 26 et 27) ; l'arrêt du 19 mars 2002, *H. Lommers c/ Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Aff. C-476/99, *Rec. I-6363* (not. point 32) ; l'arrêt du 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, Aff. C-450/93, *Rec. I-3051* (not. points 18 et 19) ; et du 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a., en présence de Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, Aff. C-158/97, *Rec. I-1875* (not. point 19). Sandra FREDMAN, « Affirmative action and the European Court of Justice : a critical analysis » in Jo SHAW (dir), *Social Law and Policy in an evolving European Union*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2007, p. 171-195.

¹⁶⁶⁴ Cet article dispose que « [la] présente directive ne fait pas obstacle aux mesures visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes dans les domaines visés à l'article 1er paragraphe 1 ».

¹⁶⁶⁵ Directive 76/207/CEE, 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, telle que modifiée par la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 (modification) ainsi que par directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 (refonte).

¹⁶⁶⁶ V. en ce sens, Arnaud HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTD eur.* 2001, p. 305-334, not. p. 313-314.

¹⁶⁶⁷ Cette formulation a été légèrement modifiée par la directive 2006/54/CE dont l'article 3 fait référence aux mesures permettant aux Etats membres d'« assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle ».

¹⁶⁶⁸ CJCE, 30 septembre 2004, *Serge Briheche c/ Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*, Aff. C-319/03, *Rec. I-08807* (point 25) ; *D.* 2005, p. 347 obs. Jean-Louis CLERGERIE.

mesures instituant des préférences automatiques ou absolues en faveur des femmes¹⁶⁶⁹.

339. Le cas des avantages de retraite : la protection nationale des travailleurs désavantagés jugée discriminatoire– Les avantages de retraite ont également fait l’objet d’un contrôle de la part de la Cour. La Cour de Justice considère que le critère de l’emploi est déterminant pour qualifier une pension de rémunération au sens de l’article 157 TFUE¹⁶⁷⁰. Cela signifie que si « la pension est versée au travailleur en raison de la relation de travail entre l’intéressé et son ancien employeur », elle est considérée comme une rémunération. Il a ainsi été jugé, sur une question préjudicielle posée par le Conseil d’Etat, que les bonifications d’ancienneté accordées aux femmes fonctionnaires pour chacun de leurs enfants constituaient une différence de traitement. Les motifs invoqués par la France, à savoir l’utilisation plus fréquente du congé parental pour les fonctionnaires féminins, qui aurait une influence négative sur leurs pensions, n’ont été jugés à même de justifier cette discrimination. Par conséquent, ces avantages ont été considérés comme contraires à l’égalité de traitement¹⁶⁷¹.

Plus récemment, dans l’arrêt *Leone*¹⁶⁷², le juge européen a franchi une étape supplémentaire dans sa jurisprudence en matière d’avantages de retraite. Saisie d’une question portant sur le refus d’une retraite anticipée avec pension à jouissance immédiate et d’une bonification d’ancienneté à un fonctionnaire qui n’avait pas interrompu son activité professionnelle pour élever ses enfants, la Cour a considéré qu’il s’agissait d’une discrimination indirecte. L’avantage était certes accordé à la fois aux femmes et aux hommes à condition qu’ils interrompent leur activité pour s’occuper de leurs enfants. Néanmoins, pour la Cour de Justice, cette règle n’est que d’une « neutralité apparente » parce qu’elle « conduit à ce qu’un pourcentage

¹⁶⁶⁹ Pour une analyse de ces conditions v. les conclusions de l’avocat général M. M. POIARES MADURO, présentées le 29 juin 2004, dans l’affaire *Serge Briheche c/ Ministre de l’Intérieur, Ministre de l’Éducation nationale et Ministre de la Justice* Aff. C-319/03 précité (not. points 31-33).

¹⁶⁷⁰ CJCE, 28 septembre 1994, *Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds c/ G. A. Beune*, Aff. C-7/93, Rec. I-04471, point 43.

¹⁶⁷¹ CJCE, 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c/ Ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l’Etat et de la Décentralisation*, Aff. C-366/99, Rec. I-09383.

¹⁶⁷² CJUE, 17 juillet 2014, *Maurice Leone et Blandine Leone c/ Garde des Sceaux, ministre de la Justice et Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales*, Aff. C-173/13 ; RTD 2014, p. 513, note Antoine LYON-CAEN.

beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes bénéficient de l'avantage concerné »¹⁶⁷³. La notion de discrimination indirecte est alors entendue de manière très voire trop large en conduisant à une incompatibilité de la mesure nationale qui, pourtant, avait été adoptée en vue de respecter les exigences de l'arrêt *Griesmar* précité. Censées être protectrices des travailleurs féminins en tant que catégorie souvent professionnellement désavantagée, les mesures contre les discriminations peuvent alors se retourner contre les travailleuses elles-mêmes. C'est en ce sens que la doctrine remarque que « la discrimination indirecte, cette notion née pour renforcer la lutte contre les discriminations et permettre aux groupes structurellement désavantagés ou sous-représentés d'aller aux sources des discriminations, passe au service des hommes »¹⁶⁷⁴.

Censé dans ce cas précis être plus protecteur d'un groupe de travailleurs défavorisé, le droit français a pourtant été jugé non conforme aux dispositions du droit de l'Union, en raison d'un non-respect du principe de l'égalité de traitement. Lorsqu'une mesure accorde la priorité aux femmes « de manière automatique et inconditionnelle » sans « appréciation objective qui tient compte des situations particulières d'ordre personnel »¹⁶⁷⁵ de tous les individus concernés, la Cour estime que cette mesure n'est pas compatible avec le droit de l'Union. Tel a été le cas des avantages spécifiques réservés par les conventions collectives aux employées, mères de famille¹⁶⁷⁶, des avantages pour les veuves non remariées pour l'accès aux emplois publics¹⁶⁷⁷ ou encore, la question qui a suscité d'importantes querelles en France, concernant l'interdiction du travail de nuit des femmes¹⁶⁷⁸.

340. Influence de la conception du travailleur au-delà du simple contrôle de la marge de manœuvre des Etats-membres : le sens pluri-directionnel de la protection du travailleur- Ces exemples montrent comment le juge européen

¹⁶⁷³ CJUE, Leone, *op. cit.*, point 45.

¹⁶⁷⁴ Antoine Lyon-Caen, « Les oubliés de l'égalité », *RTD* 2014, p. 513.

¹⁶⁷⁵ CJCE, 30 septembre 2004, *Serge Briheche c/ Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*, *op. cit.* (point 23) ; V. également CJCE, 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a., en présence de Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*. C-158/97, Rec. I-1875, (point 23).

¹⁶⁷⁶ CJCE, 25 oct. 1988, *Commission c/ France*, *op. cit.*

¹⁶⁷⁷ CJCE, 30 septembre 2004, *Serge Briheche c/ Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*, *op. cit.*

¹⁶⁷⁸ V. *supra*, sous n° 270 et s.

influence ainsi la conception du travailleur en droit français, au-delà de la remise en cause de certaines dispositions législatives ou de certaines positions jurisprudentielles¹⁶⁷⁹. De plus, il apporte des nuances à la consécration et l'application du principe d'égalité de traitement en mettant en place un concept restreint d'égalité des chances¹⁶⁸⁰. L'accent est alors mis, d'une part, sur le caractère individuel du droit d'égalité ; l'égalité d'un groupe de travailleurs défavorisés ne prévaut pas nécessairement sur l'égalité individuelle entre les personnes¹⁶⁸¹, idée qui va également dans le sens d'un travailleur-citoyen, traité de manière individuelle. Il porte, d'autre part, sur le caractère plus restrictif que celui qui était initialement accordé par le droit français. Quant au niveau de protection, avant de parler d'un nivellement, il faudrait s'interroger sur la nature, le sens de la protection. Ainsi, si en droit français la protection semble être unidirectionnelle, dans le sens d'une protection qui va toujours en faveur du travailleur, en droit européen elle comporte plusieurs sens qui sont reflétés dans les objectifs différents, correspondant aux facettes différentes de la conception du travailleur européen, qui doivent être conciliées et qui aboutissent finalement à une restriction de la protection plutôt unidirectionnelle jadis consacrée par le droit français¹⁶⁸².

341. Le juge européen, catalyseur du processus d'eupéanisation du droit national– De manière plus générale, nous constatons que l'intervention du juge européen sur la base du droit dérivé « fait office de catalyseur dans le processus

¹⁶⁷⁹ V. en ce sens Nancy VIGNAL, « L'influence du droit communautaire sur le droit français en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes », in Michel BUY & Henryk LEWANDOWSKI (dir), *Influence du droit communautaire sur le droit interne : le cas de la France et de la Pologne*, Varsovie, Difin, 2003, p. 389-402, not. p. 394.

¹⁶⁸⁰ CJCE, 19 mars 2002, *H. Lommers*, *op.cit.*, not. point 33. Sur la différence entre égalité des chances et égalité formelle v. Arnaud HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *op. cit.*, not. p. 309-310.

¹⁶⁸¹ L'avocat général Poiras MADURO, évoque dans ses conclusions sur l'arrêt *Serge Briheche* précitées que « ces exigences apparaissent nécessaires afin d'éviter que des considérations liées à l'égalité substantielle entre les groupes ne prévalent sur l'égalité entre les personnes » (point 41, italiques dans le texte d'origine)

¹⁶⁸² Massimo Luciani remarque à cet égard qu'«on tombe dans une autre erreur de perspective lorsqu'on ne se rend pas compte que ce n'est pas du tout exact que le même droit est protégé de manière multipliée, sur plusieurs niveaux, lorsque plusieurs sources de plusieurs ordonnancements emploient les mêmes mots. La diversité des niveaux, en fait, ne conduit pas seulement à une diversité d'instruments et de techniques de protection mais elle altère aussi la notion même du droit protégé». Massimo LUCIANI, « L'interprétation conforme et le dialogue des juges. Notes préliminaires », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 695-707, not. p. 700. V. *supra*, sous n° 170 et s.

d'intégration »¹⁶⁸³. Au-delà même de l'incorporation des règles spécifiques mises en place par les directives, le juge européen incite le juge national à repenser sa conception du consommateur et du travailleur. Ce processus est d'autant plus intéressant dans des domaines, tels que les clauses abusives, le transfert d'entreprises ou les actions positives, où le droit français était censé assurer un niveau de protection élevé avant l'intervention européenne, voire même être une source d'inspiration de cette dernière¹⁶⁸⁴. L'europanisation du droit national n'est, en fin de compte, que ce processus de relecture des conceptions du droit interne, même – voire notamment – lorsque celles-ci ont constitué le point de départ des règles européennes.

2. L'intervention du juge européen fondée sur le droit primaire : la protection du consommateur et du travailleur et les libertés de circulation

342. Une intervention indépendante du degré d'harmonisation– Si les dispositions de droit dérivé constituent le fondement principal de l'intervention du juge européen dans les domaines de la protection tant du consommateur que du travailleur, il n'en demeure pas moins que le droit primaire demeure un fondement important auquel la Cour a souvent recours pour encadrer le droit national. C'était le cas dans les premières années de la construction européenne, avant l'essor des instruments de droit dérivé ; c'est toujours le cas dans des domaines qui n'ont pas fait l'objet d'une harmonisation par voie de directive, voire des domaines sur lesquels le droit européen n'a pas, en principe, compétence normative. Ces interventions illustrent l'importance du rôle du juge européen, indépendamment du degré ou des modes d'harmonisation réalisée dans le domaine concerné, voire parfois en dépit de la répartition des compétences entre l'Union et les Etats membres.

343. L'intervention sur le fondement de la libre circulation des marchandises – les mesures d'effet équivalent– Etant donné que le consommateur et le travailleur sont d'abord traités par le droit européen dans leur fonction

¹⁶⁸³ Medhi HAJI-CAUSSANEL, *Cour de justice des Communautés Européennes, droit social communautaire, droit social français : le jeu d'influence*, thèse, Université Montpellier I, Montpellier, 1998, not. §30.

¹⁶⁸⁴ Sur cette question v. *supra* sous n° 122 et s.

économique, à savoir en tant qu'acteurs du marché¹⁶⁸⁵, les principaux fondements de droit primaire sur lesquels se fonde l'intervention du juge européen sont ceux des libertés de circulation, pierre angulaire de la réalisation du marché intérieur. Si les quatre libertés sont actuellement concernées, la libre circulation des marchandises a constitué le terrain de prédilection sur lequel s'est développée la jurisprudence de la Cour, les autres libertés ayant fini par être également touchées. L'encadrement du droit national se fait ainsi par le biais de la notion d'entrave aux libertés de circulation ainsi que du contrôle des exigences impératives, opéré par le juge européen.

344. Cassis de Dijon, le point de départ: la protection du travailleur et du consommateur comme exigence impérative– Le point de départ est sans nul doute le désormais très célèbre arrêt *Rewe-Zentral*, communément appelé *Cassis de Dijon*¹⁶⁸⁶. En effet, quelques années auparavant, la Cour avait décidé que les mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives ne revêtaient pas nécessairement un caractère discriminatoire mais pourraient être des mesures indistinctement applicables : « toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement le commerce intracommunautaire est à considérer comme mesure d'effet équivalant à des restrictions quantitatives » énonce l'arrêt *Dassonville*¹⁶⁸⁷ sans exiger que la mesure défavorise les produits exportés ou importés par rapport aux produits nationaux¹⁶⁸⁸. L'arrêt *Cassis de Dijon* franchit une étape supplémentaire, en établissant un mécanisme de justification des mesures non discriminatoires : « les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant de disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause doivent être acceptés dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des

¹⁶⁸⁵ Sur cette question v. *supra* sous n° 211 et s.

¹⁶⁸⁶ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (Cassis de Dijon), Aff. 120/78, Rec. 00649 ; Michaël KARPENSCHIF & Cyril NOURISSAT (dir), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, op. cit.*, n° 21.

¹⁶⁸⁷ CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville*, Aff. 8/74, Rec. 00837.

¹⁶⁸⁸ Sur la notion de mesures d'effet équivalent, v. notamment, Manfred DAUSES, « Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTD eur* 1992, p. 607-629.

transactions commerciales et à la défense des consommateurs »¹⁶⁸⁹. Une liste non exhaustive de justifications a ainsi été créée pour les mesures indistinctement applicables aux côtés de celles de l'article 36 TFUE. Ces justifications ont vocation à s'appliquer en l'absence d'une harmonisation européenne en la matière, pour pallier les lacunes d'un cadre réglementaire européen inachevé.

345. Le contrôle de proportionnalité pour justifier l'entrave– Par conséquent, à une époque où l'Union n'avait pas encore adopté d'instruments législatifs de droit dérivé portant sur le consommateur, sa protection devient une raison susceptible de faire tolérer par l'ordre juridique européen des mesures qui auraient constitué des entraves aux libertés de circulation. Toutefois, cette protection du consommateur – puis du travailleur – susceptible de justifier des entraves non tarifaires n'est pas absolue ; les mesures nationales sont soumises au fameux contrôle de proportionnalité, comprenant notamment le volet de nécessité (la mesure est apte à atteindre l'objectif poursuivi) et de celui proportionnalité *stricto sensu* (l'entrave que la mesure nationale provoque aux libertés de circulation ne va pas au-delà de ce qui strictement nécessaire ; autrement dit, il n'existe pas d'autres mesures moins contraignantes pour atteindre pour atteindre efficacement l'objectif)¹⁶⁹⁰.

346. Des motifs de protection du consommateur rejetés par la Cour de Justice– La Cour a alors pu juger que la loi italienne interdisant la vente de pâtes obtenues à partir de blé tendre avait un effet plus restrictif sur les échanges commerciaux au sein de l'Union que ce qui était nécessaire¹⁶⁹¹. De la même manière, l'interdiction par la loi française¹⁶⁹² de la commercialisation, sur le territoire national, des produits à base de lait fermenté ayant fait l'objet d'une surgélation sous la dénomination « yaourt surgelé », a été jugée disproportionnée par rapport à l'objectif

¹⁶⁸⁹ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, *op. cit.*, point 8.

¹⁶⁹⁰ CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres c/ Fédération nationale des cinémas français*, Aff. Jointes 60/84 et 61/84, *Rec.* p. 02605, not. point 22 : « une interdiction d'exploitation prévue par ce régime n'est compatible avec le principe de la libre circulation de marchandises prévu par le traité qu'à la condition que les entraves éventuelles qu'elle cause aux échanges intracommunautaires n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer l'objectif visé et que cet objectif soit justifié au regard du droit communautaire ».

¹⁶⁹¹ CJCE, 14 juill. 1988, *3 Glocken GmbH et Gertraud Kritzinger c/ USL Centro-Sud et Provincia autonoma di Bolzano*, Aff. 407/85, *Rec.* 04233, not. p. 16-20.

¹⁶⁹² Il s'agissait à l'époque de l'article 2 du décret n° 63-695, concernant la répression des fraudes en ce qui concerne les laits fermentés et le yaourt ou yoghourt, tel que modifié par le décret n° 82-184, du 22 février 1982.

visé¹⁶⁹³. Un raisonnement similaire a motivé l'arrêt de la Cour portant sur le décret interdisant la commercialisation sous la dénomination « foie gras » de produits en provenance d'autres États membres qui ne respectent pas les exigences prévues par la réglementation de la France¹⁶⁹⁴. La France n'a pas su non plus convaincre le juge européen que l'interdiction d'importation et de vente des succédanés de lait en poudre et de lait concentré respectait le contrôle de proportionnalité par rapport à l'objectif visé, qui était encore une fois la protection des consommateurs¹⁶⁹⁵.

347. Des motifs acceptés- En revanche, l'interdiction française de vente de matériel pédagogique à la suite d'un démarchage à domicile a été considérée compatible avec le droit primaire. Reconnaisant que « le législateur français a édicté l'interdiction de démarchage en cause dans le souci de protéger les consommateurs contre le risque d'achats irréfléchis »¹⁶⁹⁶, la Cour de Justice admet la pertinence et la proportionnalité de la mesure en dépit de son caractère quelque peu radical, à savoir l'interdiction totale: « il est loisible au législateur national d'un État membre de considérer que l'octroi aux consommateurs d'un droit de résiliation ne suffit pas pour les protéger et qu'il est nécessaire d'interdire le démarchage à domicile » affirme-t-elle¹⁶⁹⁷.

348. Des motifs de protection du travailleur- La protection des travailleurs peut également constituer une exigence impérative au sens de la jurisprudence de la Cour de Justice. Dans une série d'arrêts traitant de l'interdiction –par certains États membres, dont la France¹⁶⁹⁸– du travail dominical, la Cour reconnaît, d'abord, la compétence nationale en la matière : « les réglementations nationales régissant les horaires de vente au détail constituent l'expression de certains choix politiques et économiques en ce qu'elles visent à assurer une répartition des heures de travail et de repos adaptée aux particularités socioculturelles nationales ou régionales dont l'appréciation appartient, dans l'état actuel du droit communautaire, aux États

¹⁶⁹³ CJCE, 14 juillet 1988, *Smanor SA*, Aff. 298/87, Rec. 04489, point 25.

¹⁶⁹⁴ CJCE, 22 octobre 1998, *Commission c/ France*, Aff. 184/96, Rec. 01235, not. point 22.

¹⁶⁹⁵ CJCE, 23 février 1988, *Commission c/ France*, Aff. 216/84, Rec. 00793, point 13.

¹⁶⁹⁶ CJCE, 16 mai 1989, *R. Buet et SARL Educational Business Services (EBS) c/ Ministère public*, Aff. 382/87, Rec. 01235, point 11.

¹⁶⁹⁷ *Idem*, point 15.

¹⁶⁹⁸ Prévus à l'époque par l'article L. 221-9 du Code du travail.

membres »¹⁶⁹⁹. Puis, elle constate, sans pour autant davantage expliciter son raisonnement, que les mesures respectent le contrôle de proportionnalité et n'apparaissent pas comme excessives au regard de l'objectif poursuivi¹⁷⁰⁰.

349. L'intervention sur le fondement des autres libertés de circulation-

Les interventions de la Cour ne se limitent pas à la libre circulation des marchandises. Toutes les entraves non discriminatoires aux libertés fondamentales sont susceptibles d'être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général invoquées par les Etats membres, dont la protection des consommateurs ou des travailleurs en font partie. C'est ainsi que la France a tenté de justifier sa réglementation¹⁷⁰¹ qui plafonnait la rémunération versée par les établissements de crédit sur les comptes à vue en invoquant la protection des consommateurs, et en alléguant que la rémunération des comptes à vue alourdirait les charges supportées par les banques qui feraient, à leur tour, répercuter le coût sur les consommateurs. Cette argumentation fut rejetée par le juge européen, qui estime que l'entrave à la liberté d'établissement des sociétés n'était pas tolérée parce que la mesure allait au-delà du nécessaire¹⁷⁰².

L'influence de ces positions de la Cour de Justice est souvent très visible sur la jurisprudence des juridictions françaises. La Cour de cassation n'hésite pas à se référer expressément aux interprétations du juge européen pour corroborer son raisonnement juridique¹⁷⁰³. Ainsi, la question de la fixation du prix du livre a donné lieu à une série d'arrêts, tant de la Cour de Luxembourg que du juge national. Dans un arrêt du 10 janvier 1985¹⁷⁰⁴, ont été jugées comme mesures d'effet équivalent

¹⁶⁹⁹ CJCE, 28 février 1991, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c/ SIFEDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, Aff. C-312/89, Rec. I-00997, not. point 11; D. 1991, p. 343, note Jean-Guy HUGLO; CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c/ B & Q plc*, Aff. C-145/88, Rec. 03851, point 14 (sur l'interdiction de l'exercice d'activités commerciales le dimanche). La Cour avait également suivi le même raisonnement dans un arrêt antérieur relatif à l'interdiction, par la loi allemande, du travail de nuit dans le secteur des boulangeries/ pâtisseries. V. CJCE, 14 juillet 1981, *Sergius Oebel*, Aff. C-155/80, Rec. 01993.

¹⁷⁰⁰ CJCE, 28 févr. 1991, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c/ SIFEDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, *op. cit.*, point 12.

¹⁷⁰¹ Règlement n° 86-13 du comité de la réglementation bancaire et financière, homologué par arrêté du ministre de l'Économie et des Finances, du 14 mai 1986.

¹⁷⁰² CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France c/Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Aff. C-442/02, Rec. I-08961, not. point 24.

¹⁷⁰³ V. à titre d'exemple

¹⁷⁰⁴ CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc e.a c/ SARL "Au blé vert" e.a*, Aff. C-229/83, Rec. 00001; JCP G 1985, II. 20395, obs. Yves DEVELENNES.

discriminatoires les dispositions plafonnant le prix de vente au public fixé par l'importateur. Etaient concernés des livres édités en France, exportés, puis réimportés ainsi que les livres édités dans un autre Etat membre et importés en France. Compte tenu de leur caractère discriminatoire, lesdites mesures n'étaient susceptibles d'être justifiées que par la liste limitative des motifs énoncés par l'article 36 TFUE. Par conséquent, la protection des consommateurs alléguée par le gouvernement français n'a pas pu être acceptée. Deux ans plus tard, la Cour de cassation a fait expressément référence à cet arrêt pour casser et annuler l'arrêt rendu par la Cour d'Appel. Le motif de l'arrêt est à ce titre très éloquent : « *comme l'a énoncé la Cour de Justice dans l'arrêt cité, [...] constituent des mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation, interdites par l'article 30 du Traité instituant la Communauté économique européenne, les dispositions d'une législation nationale qui prescrivent à l'importateur d'un livre chargé d'accomplir la formalité du dépôt légal d'un exemplaire de ce livre, d'en fixer le prix de vente au détail, ou qui imposent, pour la vente des livres édités dans l'Etat membre concerné et réimportés, après avoir été préalablement exportés dans un autre Etat membre, le respect du prix de vente fixé par l'éditeur, sauf si l'exportateur a eu pour seule fin de tourner cette législation ; [...] dès lors, en se déterminant ainsi qu'elle l'a fait, malgré la primauté du droit communautaire, sans opérer correctement la distinction entre les catégories de livres exigée par le droit communautaire, la Cour d'appel a violé le texte susvisé* »¹⁷⁰⁵.

350. L'encadrement de plus en plus strict de la marge d'appréciation du juge national– Dans un souci d'application uniforme, le juge européen a de plus en plus tendance à limiter la marge d'appréciation du juge national, en lui fournissant une liste détaillée d'éléments qu'il doit prendre en considération afin de se prononcer sur le contrôle de proportionnalité. Les conclusions de l'Avocat général M. Van Gerven dans l'affaire *Conforama* sont très illustratifs et alimentent la réflexion autour du dialogue entre juge européen et juge national: « l'objectif principal de la

¹⁷⁰⁵ Cass. Com, 5 mai 1987, pourvoi n°85-17.516, *JCP E* 1987, 16531 (nous soulignons). Voir Cass. Crim, 16 juin 1983, *Bull. Crim*, n° 187 (sur la publicité des boissons alcooliques) ; Cass. Crim, 14 janvier 1980 *Bull. Crim*, n° 20 (sur le blocage des prix des produits d'allaitement pour les veaux). V. sur ce point Maria MELISSARI, *L'interprétation du droit communautaire par le juge national. L'exemple français*, mémoire de DEA, Université Paris II, Paris, 1999, not. p. 49.

procédure préjudicielle est *d'assurer l'application uniforme* dans la Communauté des dispositions de droit communautaire en vue d'éviter que leurs effets ne varient selon l'interprétation qui leur est donnée dans les différents États membres. Plus concrètement, dans le cadre de la recherche effectuée par la juridiction nationale pour apprécier l'admissibilité d'une réglementation nationale, cela signifie que des *critères suffisamment précis sont fournis à la juridiction de renvoi* pour lui permettre de vérifier la conformité de la réglementation nationale avec le droit communautaire. Dans sa jurisprudence relative à la libre circulation des marchandises, la Cour a toujours observé scrupuleusement ce principe»¹⁷⁰⁶.

351. L'articulation entre libertés de circulation et droits fondamentaux: les affaires Viking et Laval- Enfin, il convient d'évoquer, ne serait-ce que de manière très succincte, la très épineuse question de l'intervention du juge européen par le biais de l'articulation entre libertés de circulation et droits sociaux fondamentaux. On songe notamment aux arrêts *Viking*¹⁷⁰⁷ et *Laval*¹⁷⁰⁸, désormais plus connus par les critiques qu'ils ont pu susciter, que par l'intervention substantielle de la Cour de Justice. Bien qu'issues de domaines d'activités différents, les deux affaires présentent des analogies dans leurs faits : dans l'arrêt *Viking*, il s'agit d'un litige entre une compagnie maritime assurant la liaison entre la Finlande et les pays Baltes et les syndicats des marins. L'armateur, souhaitant profiter de l'entrée de ces nouveaux Etats membres dans l'Union Européenne et, partant, de la main-d'œuvre moins coûteuse, décide de procéder à un changement de pavillon et d'équipage des navires, afin de soumettre les marins au droit estonien. Les syndicats de marins appelant à

¹⁷⁰⁶ Conclusions de l'Avocat général M. Walter VAN GERVEN, présentées le 22 novembre 1990 sur l'arrêt *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c/ SÍDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, op. cit, point 7 (nous soulignons).

¹⁷⁰⁷ CJCE 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, Aff. C-438/05, Rec. I-10779; Sophie ROBIN-OLIVIER & Etienne PATAUT, « Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval) », *RDT* 2008, p. 80-88; Horatia MUIR WATT, « Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social », *Rev. Crit. de DIP* 2008, p. 356-405; *AJDA* 2008, p. 242-244, chron. Emmanuelle BROUSSY, Francis DONNAT & Christian LAMBERT; Bernard EDELMAN, « Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social », *D.* 2009, p. 1547-1551; *RTD eur.* 2008., p. 47, note Pierre RODIERE;

¹⁷⁰⁸ CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, Aff. C-341/05, Rec. I-11767; Marc FALLON, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Rev. Crit. DIP* 2008, p. 781-818.

une grève de solidarité, l'employeur agit en justice en invoquant, entre autres, une violation de la liberté d'établissement garantie par les Traités. Dans l'arrêt *Laval*, l'employeur est une société de construction qui embauche des travailleurs lettons pour les détacher dans sa société mère suédoise. Le litige surgit lorsque les négociations entre l'employeur et les syndicats suédois, visant à la conclusion d'une convention collective concernant les travailleurs détachés ainsi qu'à la détermination des rémunérations, n'aboutissent pas. Les syndicats effectuent un blocus du chantier, en appelant à leurs côtés d'autres syndicats, à la suite de quoi la société saisit les juridictions, alléguant, entre autres, une violation de la libre prestation des services.

Les similarités des deux affaires sont évidentes : dans les deux cas, un employeur entend profiter des occasions que lui offre le libre fonctionnement du marché. Dans les deux cas, ce fonctionnement du marché met en concurrence des dispositions nationales différentes quant au niveau de protection sociale. Dans les deux cas, la Cour est invitée à examiner la légalité d'une action collective, et partant du droit de grève, par rapport aux libertés de circulation¹⁷⁰⁹. Elle répondra, dans les deux cas, par le contrôle de proportionnalité.

352. La reconnaissance de l'importance du droit à l'action collective des travailleurs en tant que droit fondamental– Le juge européen tend d'abord à justifier sa compétence, étant donné que le droit de grève, qui est associé aux actions collectives menées par les syndicats, est expressément exclu par les Traités de la compétence de l'Union¹⁷¹⁰. En dépit de cette exclusion, la Cour estime que les affaires en question relèvent du droit européen, en se fondant sur l'obligation des Etats membres de respecter ce dernier, même lorsqu'ils agissent dans des domaines qui relèvent de leur compétence exclusive¹⁷¹¹. Ensuite, la Cour se veut rassurante, en mettant l'accent sur l'importance du droit à l'action collective et sa reconnaissance, en tant que droit fondamental, tant par le droit de l'Union que par des instruments

¹⁷⁰⁹ L'arrêt *Laval* présente la particularité de traiter également de l'interprétation de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 sur le détachement des travailleurs. Toutefois, nous ne nous référons pas, pour les besoins de ce paragraphe, aux arguments liés à l'interprétation de la directive, étant donné que nous ne nous limitons qu'aux interventions du juge européen sur le fondement du droit primaire.

¹⁷¹⁰ V. art. 153 §5 TFUE.

¹⁷¹¹ V. CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit.*, point 40; CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, *op. cit.*, point 87.

législatifs nationaux et internationaux¹⁷¹². Etant donné que la Charte européenne des droits fondamentaux n'était pas encore revêtue de force contraignante, la Cour fait, comme à son habitude, référence aux « principes généraux du droit communautaire ». En dépit de l'absence de force contraignante de la Charte, la perspective de la mise en vigueur du Traité de Lisbonne est, pour la première fois, très visible dans les formulations employées par les juges qui sont sur ce point non équivoques. Toutefois, cette importance ne confère pas au droit de grève une protection absolue et elle peut être soumise à des restrictions. Selon la jurisprudence constante¹⁷¹³, c'est le contrôle de proportionnalité qui est déployé pour vérifier si les restrictions apportées aux libertés de circulation sont compatibles avec le droit de l'Union.

353. La tentative de concilier finalités économiques et protection sociale: l'action collective en tant qu'entrave aux libertés de circulation- La Cour considère que ce mécanisme sert à concilier les finalités économiques et sociales poursuivies par le droit européen, qu'elle affirme de manière très solennelle: « la Communauté ayant dès lors non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale »¹⁷¹⁴. Le juge européen considère ainsi que les atteintes que l'exercice des droits fondamentaux porte aux libertés de circulation peuvent constituer des entraves qui, afin d'être tolérées et donc compatibles avec le droit de l'Union, doivent être proportionnelles. Il rejette alors l'argument invoqué par les syndicats dans l'affaire *Viking*, selon lequel « il serait inhérent à l'exercice même de la liberté syndicale et du droit de mener une action collective de porter une certaine atteinte aux dites libertés fondamentales »¹⁷¹⁵. Si elle accepte la légitimité de l'objectif, la Cour procède dans les deux arrêts à un contrôle de proportionnalité très rigoureux. Dans l'arrêt *Viking*, elle se focalise

¹⁷¹² V. CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit.*, point 43; CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, *op. cit.*, point 90.

¹⁷¹³ V. not. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c/Republik Österreich*, Aff. C-112/00, *Rec. I-05659* et CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Aff. C- 036/02, *Rec. I-09609*.

¹⁷¹⁴ V. CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit.*, point 79; V. dans le même sens, CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, *op. cit.*, points 104 et 105.

¹⁷¹⁵ CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit.*, point 52.

notamment sur le test de proportionnalité au sens strict en proposant au juge national une liste très détaillée de conditions qui doivent être réunies pour que ce dernier se prononce en faveur du caractère proportionnel de la mesure¹⁷¹⁶. Dans l'arrêt *Laval*, le juge européen, va encore plus loin ; plutôt que de renvoyer au juge national le soin d'opérer le contrôle de proportionnalité, il conclut lui-même que l'action collective menée par les syndicats n'était pas justifiée. Concernant l'objectif de l'adhésion à une convention collective, l'action collective n'est pas, en substance, jugée apte à garantir l'objectif poursuivi¹⁷¹⁷ ; quant à l'objectif de la négociation salariale, la mesure ne saurait non plus atteindre l'objectif visé, compte tenu du contexte national qui ne prévoit pas de dispositions applicables matière de salaire minimal¹⁷¹⁸.

354. L'intensité du contrôle de proportionnalité et la réduction de la marge de manœuvre du juge national– Après avoir été reconnu en tant que droit fondamental d'une importance particulière pour la construction européenne, le droit de mener des actions concertées est traité en tant qu'entrave au libre fonctionnement du marché. Si certains auteurs ont pu remarquer que la Cour de Justice considère la l'action collective dans sa dimension plutôt économique que sociale, notamment par rapport à l'approche adoptée par la Cour EDH¹⁷¹⁹, il n'en demeure pas moins que cette position n'est guère surprenante. Elle se justifie, en effet, par la place fondamentale accordée aux libertés de circulation dans la construction européenne mais aussi par la jurisprudence antérieure de la Cour de Justice qui avait déjà traité des droits fondamentaux et notamment du droit de mener une action collective en tant qu'entrave susceptible d'être justifiée¹⁷²⁰. En revanche, c'est l'intensité du contrôle de proportionnalité et la marge de manœuvre très réduite, voire inexistante, accordée au juge national mais aussi au législateur national, qui peuvent surprendre

¹⁷¹⁶ V. CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit.*, points 80-90.

¹⁷¹⁷ CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, *op. cit.*, point 108.

¹⁷¹⁸ CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, *op. cit.*, points 109 et 110.

¹⁷¹⁹ Jean MOULY, « La liberté syndicale et le droit de grève : l'opposition des droits européens » *in* *Journées juridiques franco-polonaises: le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Paris, Mare & Martin, coll. Droit public, 2013, p. 485-503, not. p. 495. V. également pour une position beaucoup moins nuancée Bernard EDELMAN, « Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social », *op. cit.*

¹⁷²⁰ V. not. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger*, *op. cit.*

en l'espèce¹⁷²¹. Dans l'arrêt *Viking*, les conditions sont tellement réductrices de la marge de manœuvre de la juridiction nationale, qu'il devient quasiment impossible pour le juge national de retenir la proportionnalité. Certaines conditions peuvent même surprendre, comme par exemple l'obligation du juge national de vérifier si les actions menées par les syndicats concernaient la protection des travailleurs¹⁷²² ! Quant à l'arrêt *Laval*, le refus de justifier le caractère proportionnel de la mesure refus basé notamment sur l'absence de dispositions nationales sur le salaire minimal est pour le moins très peu convaincant¹⁷²³.

355. Des normes nationales écartées même en l'absence d'une harmonisation européenne- Il en résulte que, par le biais de ce mécanisme d'intervention du juge européen, certaines dispositions du droit national sont écartées, même dans des domaines qui ne font pas directement l'objet d'une réglementation européenne ; en effet, tout en invoquant la protection du travailleur ou du consommateur, les Etats membres ne parviennent pas à justifier l'entrave¹⁷²⁴. La notion très large de l'entrave, en dépit des restrictions apportées par la jurisprudence *Keck et Mithouard*¹⁷²⁵, ainsi que l'appréciation du lien d'extranéité qui est loin d'être restrictive, élargissent le terrain de l'action du juge européen, à tel point que celle-ci a pu être qualifiée de « moyen efficace de déréglementation »¹⁷²⁶.

356. Opter pour la protection du consommateur et du travailleur la moins gênante pour le fonctionnement du marché- Dans la grande majorité des cas, étant donné que la légitimité de l'objectif poursuivi ne fait pas de doute pour la Cour de Justice, c'est en raison du contrôle de proportionnalité, et notamment du test de proportionnalité *stricto sensu* que la mesure nationale est finalement considérée incompatible avec le droit primaire. Comme le remarque Madame Horatia Muir Watt,

¹⁷²¹ V. en ce sens Nicolas MOIZARD, « Quelques observations sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice en matière de droit social », *Dr. soc.* 2010, p. 1216-1224, not. p. 1217-1218.

¹⁷²² CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit.*, point 80.

¹⁷²³ V. aussi en ce sens Sophie ROBIN-OLIVIER & Etienne PATAUT, « Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval) », *op. cit.*, not. p. 87.

¹⁷²⁴ V. également en ce sens, Jean-Pierre PIZZIO & Patricia FOUCHER, « L'incidence du droit communautaire sur le droit français de la consommation », *Revue des Affaires Européennes* 1994, p. 37-43, not. p. 41-42.

¹⁷²⁵ CJCE, 24 novembre 1993, *Bernard Keck et Daniel Mithouard*, Aff. C-267/91 et C-268/91, *Rec. I-06097*.

¹⁷²⁶ Jean-Guy HUGLO note sous l'arrêt CJCE, 28 février 1991, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c/ SIDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, *op. cit.*, p. 346.

le juge européen « devient l'arbitre ultime d'intérêts contradictoires mais également fondamentaux »¹⁷²⁷. L'idée est alors de chercher toujours un compromis entre les libertés de circulation et la protection des acteurs. Le travailleur et le consommateur sont censés être des moteurs du marché ; toutefois leur protection peut constituer une entrave à ce dernier, d'où le besoin d'opérer une articulation entre le volet économique et le volet protecteur. Le rôle du juge européen réside en substance dans la recherche de la passerelle « jetée entre ces deux voies de la construction européenne : la voie fondatrice du marché intérieur et la voie nouvelle de l'espace de justice, tout à la fois résultante de la première et nouvelle force motrice de l'ensemble »¹⁷²⁸. L'obligation des Etats membres d'opter toujours pour la mesure de protection la moins gênante pour le marché va dans ce sens du compromis; autrement dit, on cherche à protéger les deux acteurs mais pas trop. On ne saurait, à l'instar d'un auteur, qualifier ce mécanisme de « tyrannie juridique »¹⁷²⁹. Il n'en demeure pas moins que l'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de Justice devient parfois tout aussi énigmatique que les phrases utilisées dans l'Antiquité par Sybille: *ibis redibis non morieris in bello*.

¹⁷²⁷ Horatia MUIR WATT, « Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social », *op.cit.*, not. p. 400.

¹⁷²⁸ Catherine PIETRO, « Rapport général », in *Cohérence européenne des recours collectifs. Réponse à la consultation publique de la Commission européenne*, SLC, coll. Trans Europe Experts, not. p. 9, disponible sur le site internet de la Commission européenne, http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/tee_fr.pdf (consulté le 25 août 2014).

¹⁷²⁹ Bernard EDELMAN, « Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social », *op. cit.*, p. 1548.

Paragraphe II : La réception du droit européen par le juge national

357. Le juge national, juge de droit commun- Placé au cœur du système de l'intégration européenne, le juge national joue un rôle central dans la réception du droit européen par les ordres juridiques nationaux et surtout dans son adaptation. « Le juge national agit en qualité de juge communautaire de droit commun » remarque la Cour de Justice¹⁷³⁰ dans une phrase devenue célèbre, pour mettre l'accent sur l'idée que, même si le juge européen est censé épauler les juridictions nationales en cas de doute sur l'interprétation du droit de l'Union, il revient à ces dernières d'appliquer les lignes directrices qui leur sont indiquées au contexte d'espèce et d'interpréter le droit national dans le respect du droit européen. Les juridictions nationales constituent alors plus qu'un simple interlocuteur de la Cour de Justice. Les propos de Monsieur Rodriguez Iglesias, alors Président de la Cour de Luxembourg, mettent en valeur le rôle exercé par le juge national dans la mise en œuvre du droit européen : « Si la Cour a pu pleinement exercer son rôle, c'est grâce aux liens de coopération et de confiance mutuelle qui ont pu se tisser au fil des ans avec les juridictions nationales. Davantage que par l'autorité formelle de ses arrêts, c'est en effet par l'argumentation et la persuasion dans le cadre d'un dialogue permanent que l'autorité de la jurisprudence de la Cour s'est établie, grâce aux juridictions nationales qui l'ont reçue et l'ont mise en œuvre »¹⁷³¹.

358. Le juge national demeure un organe étatique contribuant à l'eupéanisation du droit national - Cela dit, le juge national demeure, même dans ses fonctions de juge européen de droit commun, un organe étatique, conditionné par le système juridique ainsi que le contexte socio-politique nationaux. « La position des juridictions nationales agissant en tant que juge communautaire est donc ambiante : ces juridictions demeurent des organes des Etats membres, mais dans le même temps se tissent des liens toujours plus étroits avec l'ordre juridique communautaire. Il

¹⁷³⁰ TPI, 10 juillet 1990, *Tetra Pak Raising SA c/ Commission Européenne*, Aff. T- 51/89, *Rec.*, II-00309, point 42.

¹⁷³¹ Gil Carlos Rodriguez Iglesias, Président de la CJCE lors de son discours pour l'audience solennelle du 4 décembre 2002 ; cité par Laurence POTVIN-SOLIS, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in François LICHERE, Laurence POTVIN-SOLIS & Arnaud RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2004, p. 19-58, not. p. 33.

serait possible d'y voir une aporie dans l'articulation des systèmes juridiques des Etats membres avec l'ordre juridique communautaire »¹⁷³². Les instances européennes en sont, d'ailleurs, bien conscientes, d'où la tendance –déjà exposée¹⁷³³– de la Cour de Justice de souvent restreindre la marge de manœuvre accordée aux juridictions nationales. Ainsi, lors des discussions autour de la proposition de directive sur les clauses abusives, le rapporteur du Comité économique et social remarque, à propos du rôle des juridictions nationales, que « dans la pratique, même s'ils se fondent sur un instrument législatif harmonisé, les tribunaux nationaux interpréteront différemment des dispositions identiques, en fonction de l'évolution du droit des contrats et de la consommation dans leur Etat membre respectif, et d'une manière plus générale, en fonction de leur culture et de leur tradition juridique »¹⁷³⁴. C'est là où réside tout l'apport du juge national dans l'évolution à la fois de son droit national et du droit européen : fournir aux règles européennes un cadre de vie adapté permettant leur survie voire leur épanouissement à travers l'eupéanisation du droit national.

Partant de l'obligation qui lui incombe d'interpréter le droit national en conformité avec le droit de l'Union (1), les juridictions nationales font souvent preuve de créativité, allant au-delà du simple respect de leurs obligations (2).

1. L'interprétation du droit national à la lumière du droit européen

359. L'obligation d'interprétation conforme pesant sur le juge national–

Dans le cadre des obligations d'application effective du droit européen qui pèsent sur les Etats membres, la Cour de Justice a progressivement élaboré l'obligation du juge national d'interpréter son droit national en conformité avec la lettre et l'esprit du droit de l'Union. L'arrêt *Von Colson et Kamann* a énoncé, à propos de l'interprétation de la directive 76/207/CEE sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, qu'« il appartient à la juridiction nationale de donner à la loi prise pour l'application de la directive, dans toute la mesure où une marge d'appréciation lui est

¹⁷³²Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, p. 19.

¹⁷³³V. *infra*, sous n° 407 et s.

¹⁷³⁴ Avis du CES (section de l'environnement, de la santé publique et de la consommation) sur la proposition de directive, ENVI/289 du 9 avril 1991 (rapporteur M. Hilkens), p. 2.

accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du droit communautaire »¹⁷³⁵. Cette obligation vise notamment les directives dont les dispositions sont, en principe, d'une invocabilité plus réduite que celles des règlements ou du droit primaire, à cause de l'absence de l'effet direct¹⁷³⁶.

360. L'exemple de la directive sur le temps de travail : une interprétation conforme ayant un impact sur la conception nationale du temps de travail—La réception en droit français de la directive 93/104/CE sur le temps de travail¹⁷³⁷ offre une belle illustration de l'œuvre du juge national ainsi que de l'influence plus générale du droit européen sur la conception nationale, au-delà de la simple transposition technique des règles européennes. Si le projet de révision de cette directive a finalement échoué, dévoilant certaines cacophonies et divergences idéologiques au sein des Etats membres¹⁷³⁸, il n'en demeure pas moins que sa réception en droit national renforce la protection du travailleur. Plusieurs points présentent un intérêt du point de vue du droit français, tels que le régime des congés annuels payés et notamment la possibilité de les reporter en cas d'absence du salarié, en raison, entre autres, d'un congé parental¹⁷³⁹. Nous nous limiterons à quelques illustrations relatives aux durées de repos minimal ainsi qu'aux durées maximales de travail¹⁷⁴⁰.

361. La durée de repos minimal: l'utilisation de l'effet utile pour combler une transposition lacunaire— L'importance accordée par le droit de l'Union aux prescriptions mises en place par la directive a été à plusieurs reprises soulevée par la

¹⁷³⁵ CJCE, 10 avr. 1984, *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c/ Land Nordrhein-Westfalen*, Aff. C. 14/83, Rec. 01891, point 28.

¹⁷³⁶ Jean-Sylvestre BERGE & Sophie ROBIN-OLIVIER, *Droit européen. Union Européenne, Conseil de l'Europe*, *op. cit.*, not. n° 676.

¹⁷³⁷ Directive 93/104/CE du 29 novembre 1993, telle que modifiée par la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, précitées.

¹⁷³⁸ V. la Proposition de Directive modifiant la directive 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail présentée par la Commission, COM(2004)607 final du 22 septembre 2004. A la suite de l'échec des négociations au sein du Conseil européen, la Commission a lancé une nouvelle phase de consultation COM(2010) 106 final du 24 mars 2010 mais les négociations au niveau des partenaires sociaux européens ne se sont pas avérées fructueuses. V. également Jean-Philippe LHERNOULD, « Révision de la directive temps de travail : un échec... Quel échec ? », *RJS* 2009, p. 523-532.

¹⁷³⁹ Pour une analyse de ces points v. Jean-Philippe LHERNOULD, « L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », *op. cit.*, not. p. 893-901.

¹⁷⁴⁰ Pour une analyse détaillée de ces questions v. Anja 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. 821-831.

Cour de Justice. Comme nous l'avons déjà expliqué, dans l'arrêt *Bectu*¹⁷⁴¹, rendu sur une question relative au congé annuel payé, le juge européen affirme que « le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière »¹⁷⁴². La même importance est accordée aux autres prescriptions énoncées par la directive concernant, notamment, la notion de repos.

On retrouve l'écho de cette affirmation dans les arrêts de la Cour de Cassation. En particulier, dans un arrêt relatif aux périodes de repos, la Haute Juridiction a eu à se prononcer sur la compatibilité avec le droit de l'Union du régime applicable aux salariés de la RATP¹⁷⁴³. Soumis à un statut particulier dérogeant Code du travail¹⁷⁴⁴, le personnel de la RATP ne bénéficie pas du temps de pause prévu par l'article 4 de la directive 2003/88/CE¹⁷⁴⁵. L'employeur prétendait que, compte tenu de la nature de l'activité exercée¹⁷⁴⁶, l'exception prévue par l'article 17 §2¹⁷⁴⁷ de la directive lui permettait de déroger aux règles concernant le temps de pause alors que le salarié invoquait le bénéfice de l'article 4 de la directive. Au visa des dispositions à la fois de la directive et du Code du travail, la Cour de cassation reprend comme attendu de principe l'affirmation de la Cour de Justice ci-dessus mentionnée : « les différentes prescriptions énoncées par la directive précitée en matière de temps minimal de

¹⁷⁴¹ CJCE, 26 juin 2001, *The Queen c/ Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, précité.

¹⁷⁴² *Idem*, point 43.

¹⁷⁴³ Cass. soc., 17 février 2010, *Bull. civ. V*, n° 47 ; Florence CANUT, « Application à la RATP des dispositions relatives au temps de pause issues de la directive « temps de travail » du 4 novembre 2003 », *RDT* 2010, p. 446-447 ; *Dr. soc.* 2010, p. 581, obs. Philippe FLORES & Sabine MARIETTE.

¹⁷⁴⁴ Il s'agit de la loi du 3 octobre 1940 et ses arrêtés d'application. Il est également à noter que le décret n° 2006-516 du 5 mai 2006 relatif à la durée du travail du personnel de la RATP, avait été annulé par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 25 juin 2007 (CE, 25 juin 2007, n° 294557; *AJDA* 2007, p. 1951).

¹⁷⁴⁵ Cet article dispose que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que tout travailleur bénéficie, au cas où le temps de travail journalier est supérieur à six heures, d'un temps de pause dont les modalités, et notamment la durée et les conditions d'octroi, sont fixées par des conventions collectives ou accords conclus entre partenaires sociaux ou, à défaut, par la législation nationale ».

¹⁷⁴⁶ En effet, l'article 17 §3 c) sous viii) de la directive énonce que les dérogations peuvent s'appliquer aux « travailleurs concernés par le transport de voyageurs sur des services de transport urbain régulier ».

¹⁷⁴⁷ En vertu de cet article « Les dérogations prévues aux paragraphes 3, 4 et 5 peuvent être adoptées par voie législative, réglementaire et administrative ou par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux, à condition que des périodes équivalentes de repos compensateur soient accordées aux travailleurs concernés ou que, dans des cas exceptionnels dans lesquels l'octroi de telles périodes équivalentes de repos compensateur n'est pas possible pour des raisons objectives, une protection appropriée soit accordée aux travailleurs concernés ».

repos constituent des règles de droit social d'une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé ». Puis, elle casse et annule l'arrêt de la Cour d'Appel qui avait rejeté la demande du salarié au motif que l'article 4 de la directive n'était pas doté d'effet direct, en énonçant que la juridiction du fond avait manqué de vérifier si les dispositions du droit interne établissant le régime dérogatoire des salariés de la RATP sont conformes au droit européen. En effet, pour pouvoir bénéficier des exceptions prévues par l'article 17, les Etats membres doivent prévoir des périodes équivalentes de repos compensateur ou, du moins, une protection appropriée des travailleurs concernés. Or, aucune telle protection n'était prévue par les dispositions à l'époque applicables. Par conséquent, interprété à la lumière de la directive, le droit national s'avère incompatible avec les finalités du droit européen ainsi que le principe de l'effet utile¹⁷⁴⁸. Le juge corrige, par ce biais, la transposition lacunaire par le législateur national des règles édictées par le droit dérivé.

362. Le forfait en jours: l'intervention du juge motivée par les finalités européennes- Dans le même ordre d'idées, la Cour de cassation s'est penchée sur l'effet d'une convention de forfait en jours conclue entre un directeur comptable et une société¹⁷⁴⁹. Le salarié réclamant des indemnités pour non-respect du forfait en jours, s'est vu débouter par la Cour d'Appel, qui a considéré que l'ampleur des journées de travail du directeur comptable n'était pas due à une surcharge de travail mais plutôt à « une dépendance, voire [...] une impossibilité de l'intéressé à faire la coupure avec son travail, lequel lui tenait particulièrement à cœur ». L'idée sous-jacente est, en réalité, que l'employé en question, cadre dirigeant, bénéficiait d'une autonomie quant à l'organisation de son temps de travail et devait, par conséquent, en être responsable¹⁷⁵⁰. Les magistrats de la Chambre sociale cassent et annulent

¹⁷⁴⁸ Jean-Philippe LHERNOULD, « L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », *op. cit.*, not. p. 894.

¹⁷⁴⁹ Cass. soc., 26 septembre 2012, *Bull. civ. V*, n° 205 ; *D.* 2013, p. 114, note Fanélie DUCLOZ, Philippe FLORES, Laurence PECAUT-RIVOLIER, Pierre BAILLY & Emmanuelle WURTZ ; *D.* 2013, p. 1026, note Pascal LOKIEC & Jérôme PORTA ; Simon AMALRIC, « Un nouvel examen des conditions de validité des conventions de forfait en jours », *RDT* 2013, p. 273-276.

¹⁷⁵⁰ V. en ce sens, Simon AMALRIC, « Un nouvel examen des conditions de validité des conventions de forfait en jours », *op. cit.*, not. p. 275.

l'arrêt de la Cour d'Appel, sur un visa d'inspiration européenne : 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, l'article L. 212-15-3 ancien du Code du travail dans sa rédaction applicable au litige, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993/104/CE, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003/88/CE et l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Ils rappellent la place prépondérante accordée au droit à la santé et au repos du travailleur pour affirmer que l'accord collectif ainsi que l'accord d'entreprise sur la base desquels la convention de forfait en jours avait été conclue ne pouvaient assurer la protection de la sécurité et de la santé du salarié. Par conséquent, ladite convention était privée d'effet. Autrement dit, les juges ont considéré que le dispositif mis en place, à savoir un entretien annuel du salarié avec son supérieur hiérarchique ainsi que l'examen trimestriel par la direction des informations communiquées par la hiérarchie n'était pas suffisant pour garantir de manière efficace que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé.

363. L'application anticipée des dispositions de directives pour pallier un retard de transposition– La technique de l'application anticipée des dispositions de la directive vise ainsi à pallier les lacunes d'une absence de transposition ou d'une transposition incomplète des dispositions de la directive. En effet, même lorsque les termes de la directive sont clairs, précis et inconditionnels, leur effet direct n'est limité qu'à l'égard de l'Etat membre. La motivation est, selon la jurisprudence constante, que l'« Etat ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit communautaire »¹⁷⁵¹. Toutefois, lorsqu'il s'agit des rapports horizontaux, à savoir de l'invocabilité de la directive à l'égard d'un particulier, c'est par le biais de l'interprétation conforme¹⁷⁵² et donc de l'application anticipée du droit européen que

¹⁷⁵¹ CJCE, 26 février 1986, *M. H. Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Aff. 152/84, Rec. 00723, not. points 48 et 49.

¹⁷⁵² L'autre solution pour le particulier serait l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour réparation du préjudice que la non transposition lui a causé, conformément à l'arrêt Francovich (CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. c/ République italienne*, Aff. C-6/90 et C-9/90, Rec. I-05357). Néanmoins, cette voie peut s'avérer moins intéressante pour le particulier que l'interprétation conforme de la directive.

les effets de la directive peuvent être atteints¹⁷⁵³. Les juridictions françaises ont souvent eu recours à cette méthode, notamment pour combler les lacunes des retards de la France dans la transposition des directives.

364. Un impact européen sur la conception nationale du temps de travail : le temps de travail, élément de la santé des travailleurs- Ces arrêts illustrent parfaitement l'influence que le droit européen exerce, par le biais du juge, sur le droit national. Au-delà de la simple transposition en droit interne des prescriptions, souvent minimales, du droit dérivé, c'est la conception même du temps de travail consacrée par le droit national qui subit une altération. En effet, alors que le droit français appréhendait le temps de travail, dans une relation contractuelle fortement stigmatisée par le lien de subordination, plutôt comme l'étalon de la valeur d'échange du travail¹⁷⁵⁴, contrepartie du salaire, le droit européen l'envisage plutôt comme un élément de la santé et de la sécurité des travailleurs. Dans l'arrêt de 2012 précité, le lien de subordination était certes existant mais, dès lors qu'il s'agissait d'un cadre dirigeant, ce lien était moins présent que dans une relation de travail « classique », étant donné que le travailleur bénéficiait d'une grande marge de manœuvre quant à l'organisation de son travail. Toutefois, le juge, légitimé par l'interprétation du droit national à la lumière des finalités poursuivies par les directives, vient s'immiscer au contrat pour priver d'effet l'accord conclu entre les parties, au nom de la protection de la santé et de la sécurité du salarié.

365. L'interprétation conforme étendue aux dispositions du droit national déjà existantes- S'il va de soi que l'interprétation conforme porte sur les dispositions adoptées en vue de la mise en œuvre des directives, elle a également été étendue par la Cour de Justice aux dispositions du droit national antérieures¹⁷⁵⁵.

¹⁷⁵³ V. à titre d'exemple sur le défaut de transposition par l'Italie de la directive sur les contrats conclus en dehors de l'établissement commercial et l'obligation du juge national d'interpréter le droit national en conformité avec les exigences de la directive, CJCE, 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori c/ Recreb Srl*, Aff. C-91/92, *Rec. I-03325*.

¹⁷⁵⁴ Alain SUPIOT, « Temps de travail : pour une concordance des temps », *op. cit.*, not. p. 947.

¹⁷⁵⁵ Denys SIMON, « Directive », *Répertoire de droit européen*, décembre 1998 (mise à jour : mars 2012), not. § 71.

L'arrêt *Marleasing*¹⁷⁵⁶ a dû traiter de l'interprétation que le juge national doit réserver à son droit dans le cas où la directive n'était pas encore transposée. Il a alors conclu qu'« en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci ». Appelée également « invocabilité de transfusion », cette application extensive de l'obligation d'interprétation conforme permet au juge d'atteindre de manière anticipée les objectifs visés par la directive sans pour autant remettre formellement en cause l'absence d'effet direct de ses dispositions¹⁷⁵⁷. Selon la jurisprudence constante de la Cour de Justice, l'obligation du juge national d'interpréter le droit interne conformément aux directives s'applique pleinement, indépendamment de la question de savoir si et quand la directive concernée a réellement été transposée¹⁷⁵⁸, ce qui a pu avoir été le cas avant même l'expiration du délai de transposition¹⁷⁵⁹.

366. L'application anticipée de la directive sur les produits défectueux : la protection du consommateur au-delà de la relation contractuelle– L'un des exemples les plus discutés en matière de protection du consommateur est sans doute l'application anticipée, par la Cour de cassation, de la directive 85/374/CEE sur les produits défectueux¹⁷⁶⁰. Il s'agit, en effet, d'une directive dont la transposition a fait couler beaucoup d'encre et a apporté des modifications importantes, au prix d'une transposition très tardive et d'une condamnation de la Cour de Justice¹⁷⁶¹, tant sur le

¹⁷⁵⁶ CJCE, 13 nov. 1990, *Marleasing SA contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Aff. C-106/89, Rec. I-04135. V. également dans le même sens, CJCE, 16 décembre 1993, *Teodoro Wagner Miret c/ Fondo de garantía salarial*, Aff. C-334/92, Rec. I-6911, not. point 20.

¹⁷⁵⁷ Denys SIMON, « Directive », *Répertoire de droit européen*, op. cit., not. § 71.

¹⁷⁵⁸ V. à titre d'exemple CJCE, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler e.a. c/ Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Aff. C-212/04, Rec. I-06057.

¹⁷⁵⁹ V. en ce sens les conclusions de l'Avocat général Marco DARMON présentées le 14 novembre 1989 dans le cadre de l'arrêt *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c/ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, Aff. 177/88, Rec. I- 03941, not. points 11-17. V. également les conclusions de l'Avocat général Juliane KOKOTT présentées le 18 mai 2004 dans le cadre de l'arrêt du 12 octobre 2004, *Nicole Wippel c/ Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, Aff. C-313/02, Rec. I-09483, not. points 58 à 63, ainsi que celles présentées le 25 octobre 2005, dans le cadre de l'arrêt du 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler e.a. c/ Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, op. cit., not. points 43-46.

¹⁷⁶⁰ Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, précitée.

¹⁷⁶¹ CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France*, Aff. C-52/00, Rec. I-03827.

droit de la consommation que sur le régime de la responsabilité civile en général¹⁷⁶². La directive constitue une des premières interventions législatives européennes portant sur le consommateur. Elle est en même temps une des premières directives dont les dispositions poursuivent, selon la Cour de Justice, une harmonisation totale¹⁷⁶³. Les objectifs de la directive sont clairement affichés : sur la base de la protection tant du fonctionnement du marché que du consommateur¹⁷⁶⁴, elle considère que « la protection du consommateur exige que la responsabilité de tous les participants au processus de production soit engagée si le produit fini ou la partie composante ou la matière première fournie par eux présentait un défaut; que, pour la même raison, il convient que soit engagée la responsabilité de l'importateur de produits dans la Communauté ainsi que celle de toute personne qui se présente comme producteur en apposant son nom, sa marque ou tout autre signe distinctif ou de toute personne qui fournit un produit dont le producteur ne peut être identifié »¹⁷⁶⁵. Elle cherche alors à établir la confiance du consommateur, par le biais de la sécurisation du lien contractuel, dans l'idée de garantir au consommateur qu'en cas de dommage dû à un défaut du produit acheté, il pourra obtenir réparation non seulement auprès du vendeur, qui constitue son cocontractant direct, mais également auprès du fabricant.

Jusqu'à la réception de la directive européenne, le droit français traitait la question sous le prisme du régime de la responsabilité civile du droit commun.

¹⁷⁶² Parmi une bibliographie très abondante en la matière v. not. Yvan MARKOVITS, *La directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, LGDJ, 1990; Simon TAYLOR, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, étude comparative du droit anglais et du droit français*, Paris, LGDJ, 1999; Geneviève VINEY, « L'apport du droit communautaire au droit français de la responsabilité civile », *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.1135-1150 ; Jacques GHESTIN, « Le nouveau Titre IV bis du code civil « *De la responsabilité du fait des produits défectueux* ». L'application en France de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 », *JCP G*, 1998, I, 148, p. 1201-1211 ; Geneviève VINEY, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *D.* 1998, p. 291-299.

¹⁷⁶³ Le caractère d'harmonisation totale de la directive a été admis à plusieurs reprises par la jurisprudence de la Cour de Justice. V. notamment, CJCE 25 avril 2002, *Commission c/ Grèce*, Aff. C-154/00, *Rec. p.* I-3879, points 10 à 20 ; *Gonzalez Sanchez*, Aff. C-183/00, *Rec. p.* I-3901 points 23 à 32 ; *Commission c/ France*, Aff. C-154/00, *op. cit.*, points 13 à 25. Sur ces questions, v. *supra*, sous n° 211 et s.

¹⁷⁶⁴ V. le 1er considérant de la directive qui dispose qu'«un rapprochement des législations des États membres en matière de responsabilité du producteur pour les dommages causés par le caractère défectueux de ses produits est nécessaire du fait que leur disparité est susceptible de fausser la concurrence, d'affecter la libre circulation des marchandises au sein du marché commun et d'entraîner des différences dans le niveau de protection du consommateur contre les dommages causés à sa santé et à ses biens par un produit défectueux ».

¹⁷⁶⁵ Considérant (4).

Suivant le principe traditionnel distinguant les responsabilités contractuelle et délictuelle, la jurisprudence se fondait sur la première lorsque le consommateur demandait à son cocontractant la réparation ; elle se basait sur la seconde – en passant notamment par l'article 1384 al. 1^{er} du Code Civil sur la responsabilité du fait des choses – dans le cas d'un dommage provoqué à un tiers ou d'une demande visant le fabricant¹⁷⁶⁶. Il s'agissait d'une position peu favorable au consommateur, étant donné que, dans ce second cas de figure, celui-ci devait remplir les conditions restrictives de la responsabilité délictuelle et notamment la preuve de la faute. Elle était alors en décalage avec les dispositions et les objectifs de la directive.

C'est la Cour de cassation qui a su, pendant plus de dix ans, remédier, au moins en partie, à ce défaut, en faisant peser sur le fabricant une obligation de sécurité qui, contrairement au régime de la responsabilité délictuelle mais conformément aux dispositions de la directive, n'exige pas que le consommateur prouve la faute du producteur. En effet, selon l'article 4 de la directive « la victime est obligée de prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage ». Une fois ce défaut établi, elle n'a pas à apporter la preuve d'une faute distincte du producteur.

367. La « dé-contractualisation » de l'obligation de sécurité - Un arrêt de 1989 a ainsi mis en place une obligation autonome pesant sur le vendeur professionnel de « livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens »¹⁷⁶⁷. Le juge national a fondé cette obligation sur l'article 1135 du Code civil¹⁷⁶⁸ plutôt que de la rattacher à l'obligation d'information du vendeur ou à la garantie des vices cachés comme il le faisait auparavant¹⁷⁶⁹. D'autres arrêts sont venus, par la suite, confirmer et peaufiner cette position¹⁷⁷⁰. Dans un arrêt rendu quelques jours avant l'entrée en

¹⁷⁶⁶ V. entre autres, Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, not. n° 281-283.

¹⁷⁶⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, *Bull. Civ. I*, n° 137 ; *RTD civ.* 1989, p. 756, obs. Patrice JOURDAIN ; *D.* 1989, p. 381, note Philippe MALAURIE.

¹⁷⁶⁸ Muriel SANTA-CROCE, « Contrats internationaux - Domaine de la loi du contrat - Exécution du contrat par équivalent - Extinction des obligations - Prescriptions et délais », *JCl Code Civil*, Art. 1134 et 1135 (fasc. 80), 01 Mars 2008, point 40.

¹⁷⁶⁹ Olivier BARRAT, « Vente (3^o effets) », *Répertoire de droit immobilier*, janvier 2007 (mise à jour mars 2014), not. § 744.

¹⁷⁷⁰ V. par exemple Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 201 ; *CCC* 1991, *comm.* n° 219, obs. Laurent LEVENEUR ; *JCP G* 1992, I. 3572, obs. Geneviève VINEY ; Cass. Civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, *Bull. civ. I*, n° 44 ; *D.* 1994, *Somm.*, p. 238, obs. Olivier TOURNAFOND ; Cass. Civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *D.* 1995, *Jur.*, p. 350, note Patrice JOURDAIN.

vigueur de la loi de transposition, la Cour de cassation vise expressément « les articles 1147 et 1384, alinéa premier, du Code civil, *interprétés à la lumière de la directive CEE n° 85-374 du 24 juillet 1985* »¹⁷⁷¹ pour accorder la réparation du préjudice subi par une patiente qui a été contaminée par le virus de SIDA à l'occasion d'une transfusion sanguine. Outre le fait que la patiente n'avait pas à apporter la preuve de la faute du centre de transfusion pour engager sa responsabilité, la Cour met l'accent sur le caractère « dé-contractualisé » de l'obligation de sécurité¹⁷⁷², qui peut être invoquée tant par le contractant que par un tiers: « tout producteur est responsable des dommages causés par un défaut de son produit, tant à l'égard des victimes immédiates que des victimes par ricochet, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'elles ont la qualité de partie contractante ou de tiers ».

Ainsi, sous l'influence de la directive et la volonté d'interpréter le droit national à la lumière de cette dernière, les juges nationaux se fondent sur les concepts nationaux déjà existants mais qui évoluent sous l'influence européenne : l'obligation de sécurité est sortie du contexte contractuel afin de pouvoir servir les finalités du droit de l'Union¹⁷⁷³. Cette approche reflète également la protection dé-contractualisée du consommateur développée par le droit européen : le tiers, victime d'un défaut du produit, est protégé, non nécessairement parce qu'il est la partie faible au contrat de vente mais parce qu'il a fait confiance à la libre circulation des produits au sein de l'Union¹⁷⁷⁴. C'est alors la rupture de sa confiance qui est sanctionnée, pour laquelle il peut engager la responsabilité du fabricant, alors qu'il n'a pas directement contracté avec lui. Cela signifie qu'on est moins dans une logique de chaînes de contrats, telle qu'appréhendue traditionnellement par le droit civil national, que dans une approche de protection autonome d'un acteur du marché dont la confiance a été brisée.

368. L'interprétation conforme, œuvre de pacification - En somme, on constate que la technique d'interprétation conforme n'est pas un simple moyen de faire « obéir » le juge national face aux exigences du droit de l'Union. Elle « permet d'absorber dans la sphère de la légalité nationale les contenus normatifs de la légalité

¹⁷⁷¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 avril 1998, *Bull. civ. I*, n° 158.

¹⁷⁷² V. en ce sens, Marie-Eve PANCRAZI-TIAN, « L'influence du droit communautaire sur le droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 99.

¹⁷⁷³ V. en ce sens, Patrice JOURDAIN, note sous l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, *op. cit.*

¹⁷⁷⁴ V. en ce sens, Marie-Eve PANCRAZI-TIAN, « L'influence du droit communautaire sur le droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 99.

communautaire : elle fonctionne, en définitive, (ce qui est d'ailleurs le destin général de cette technique) comme un mécanisme régulateur des rapports entre légalités différentes, entre lesquelles il fait œuvre de « pacification »¹⁷⁷⁵. En même temps que la pacification, l'interprétation conforme sert au renouvellement du droit national, par le biais duquel le juge national peut parfois aller au-delà des exigences imposées par le droit européen.

2. L'influence du droit européen sur la jurisprudence nationale

369. L'eupéanisation du juge national– En dehors des cas où le juge national procède à une mise en conformité du droit interne afin de respecter les obligations que le droit européen fait peser sur lui, le dialogue des juges et, de manière plus générale, les échanges avec l'ordre juridique européen, produisent des effets qui dépassent la réception des normes européennes en droit national au sens strict du terme. « Le rapprochement progressif mais toujours inachevé entre le système communautaire et les systèmes nationaux ne s'exprime en effet pas uniquement en terme d'influences réciproques, mais il y a également des phénomènes de convergence spontanée qui ne peuvent être négligés. Or, les juridictions nationales sont, dans les systèmes juridiques des Etats membres, des vecteurs de cette convergence ; elles peuvent choisir d'appliquer des solutions venues du droit communautaire dans des contextes purement nationaux», remarque Monsieur Olivier Dubos¹⁷⁷⁶. On peut ainsi parler d'initiatives spontanées du juge national, de la même manière que nous avons expliqué le rapprochement spontané opéré par le législateur¹⁷⁷⁷. Est-ce le résultat d'une « conscience judiciaire européenne »¹⁷⁷⁸ acquise progressivement par les juridictions nationales ? Rien n'est

¹⁷⁷⁵ Massimo LUCIANI, « L'interprétation conforme et le dialogue des juges. Notes préliminaires », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 695-707, not. p. 701.

¹⁷⁷⁶ Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, op.cit., p. 880.

¹⁷⁷⁷ V. *supra*, sous n° 270 et s.

¹⁷⁷⁸ Adolphe TOUFFAIT remarquait déjà en 1975 qu'« un survol panoramique de la jurisprudence des Etats membres de la Communauté [...] suffit à démontrer, qu'après quelques années de tâtonnements et d'hésitations, il s'est créé, –sous la direction de la Cour de justice des Communautés européennes, gardienne attentive de la volonté des auteurs du Traité, par voie démonstrative, évitant l'écueil du gouvernement des juges–, une conscience judiciaire européenne au sein de toutes les juridictions nationales intéressées pour reconnaître la primauté du droit communautaire sans laquelle ne pourrait se construire cette unité de marché voulue par les gouvernements signataires approuvés par leur

moins sûr et le juge national fait parfois preuve de méfiance face à l'application des solutions venues d'ailleurs¹⁷⁷⁹. Cela étant, l'eupéanisation du droit national passe nécessairement par l'eupéanisation du juge et les juridictions françaises en font, ne serait-ce qu'avec modération, la preuve.

370. L'exemple du système probatoire en matière de discrimination : une influence dépassant la réception des règles européennes– L'un des exemples de cette propagation de l'influence européenne dans le droit national concerne le cas où le juge national, après avoir reçu un mécanisme juridique européen décide de transposer celui-ci en droit interne au-delà du champ d'application de l'intervention européenne. La réception du système probatoire en matière de discrimination en droit français en constitue une belle illustration.

En effet, comme nous l'avons déjà exposé¹⁷⁸⁰, la Cour de Justice a établi, dans le cadre de l'encadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres, un système probatoire favorable au travailleur, victime d'une discrimination. Il s'agit d'un déplacement de la charge de la preuve en faveur du salarié, qui doit présenter au juge les éléments susceptibles de constituer une discrimination, à charge ensuite pour l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité, en prouvant que des raisons objectives justifient son action. Ce régime mis en place dans le cadre des discriminations de rémunération entre hommes et femmes, a trouvé un écho dans la jurisprudence des juridictions nationales, avant même sa consécration par le législateur¹⁷⁸¹. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Appel de Riom¹⁷⁸², maintenu par la Cour de cassation¹⁷⁸³, retranscrit en droit français les positions de la Cour de Justice, tant en matière de qualification de la discrimination notamment par la méthode de

souveraineté nationale » Adolphe TOUFFAIT, conclusions sur Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre, Bull. Ch. Mixte*, n° 4 ; *RTD eur.* 1975, p. 337.

¹⁷⁷⁹ V. Roger Michel CHEVALLIER, « Le juge français et le droit communautaire », in Anne-Marie DONNER, Roger Michel CHEVALLIER, M. WAELBROECK, K. WOEF, S. NERI & L.J. BRINKHORST (dir.), *Le juge national et le droit communautaire*, Lyede, Sijthoff, Bruxelles, Larcier, 1966, p. 17-27, not. p. 27 qui fait référence à la « résistance "psychologique" du juge français au droit communautaire et aux procédures prévues par celui-ci pour son application et son interprétation dans la sphère du droit interne », expliquée notamment, selon l'auteur, par « le respect de la tradition et des habitudes ».

¹⁷⁸⁰ V. *supra*, sous n° 307 et s.

¹⁷⁸¹ V. la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations, *JO* n° 267 du 17 novembre 2001, p. 18311.

¹⁷⁸² CA de Riom, 16 janvier 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 441.

¹⁷⁸³ Cass. soc., 12 février 1997, *Bull. civ. V*, n° 58 ; *Dr. soc.* 1997, p. 526, obs. Marie-Thérèse LANQUETIN.

comparaison statistique qu'en matière probatoire¹⁷⁸⁴. La Cour retient ainsi que « procédant à la recherche invoquée et examinant l'ensemble des pièces produites par l'employeur, la cour d'appel a constaté que les hommes occupant le même emploi de manutentionnaires que les femmes étaient systématiquement payés davantage et que cette différence n'était justifiée par aucun élément objectif ».

371. L'extension à la discrimination syndicale– La jurisprudence postérieure est venue corroborer ce régime protecteur du travailleur¹⁷⁸⁵ qui a été étendu par les juges nationaux aux discriminations syndicales. Ces dernières, bien connues du droit français avant toute intervention européenne¹⁷⁸⁶, sont des discriminations motivées par les activités syndicales du salarié¹⁷⁸⁷ et n'étaient pas visées par le champ d'application de l'intervention européenne en matière de discrimination. Dans un arrêt de 2000¹⁷⁸⁸, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur la demande en indemnisation de deux salariés alléguant un ralentissement dans leur carrière à cause de leur activité syndicale. Ceux-ci n'avaient pas obtenu gain de cause auprès de la Cour d'Appel qui avait considéré qu'ils n'avaient pas apporté la preuve que la discrimination était due à leur activité syndicale. Les magistrats de la Chambre sociale ont cassé et annulé l'arrêt des juges du fond, en énonçant qu'« il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à

¹⁷⁸⁴ Marie-Thérèse LANQUETIN, obs. sous l'arrêt Cass. soc., 12 février 1997, *op.cit.*

¹⁷⁸⁵ V. par exemple Cass. soc., 23 novembre 1999, *Bull. civ. V*, n° 447, où la Cour considère expressément qu'« il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ». Dans le même sens, v. Cass. soc., 10 octobre 2000, *Bull. civ. V*, n° 317.

¹⁷⁸⁶ V. la loi du 27 avril 1956 (devenu l'ancien article L. 481-3 du Code du travail) interdisant les discriminations fondées sur l'adhésion ou l'action syndicales.

¹⁷⁸⁷ Laetitia BONNARD-PLANCKE & Pierre-Yves VERKINDT, «La lutte contre la discrimination syndicale», *Dr. soc.* 2006, p. 393-401.

¹⁷⁸⁸ Cass. soc., 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 126 ; Marie-Thérèse LANQUETIN « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. soc.* 2000, p. 589-593 ; Jean-Michel LATTES, « Preuve de la discrimination syndicale entraînant un retard dans le déroulement de la carrière », *D.* 2000, *Somm.*, p. 375-376.

toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat ». On peut aisément reconnaître, dans cette motivation, le raisonnement mis en place par le juge européen dans le cadre de l'égalité de traitement en matière de rémunérations. Le juge national a ainsi appliqué les mécanismes issus du droit européen dans un domaine qui lui était familier mais qui dépassait le champ d'application visé par le droit de l'Union.

372. Une influence du droit national sur le droit européen- Enfin, on doit remarquer, pour revenir sur la problématique des interactions et du dialogue permanent entre l'ordre juridique national et européen, qu'on finit par retrouver cette protection du travailleur contre la discrimination syndicale en droit européen, même si elle n'est pas traitée de manière aussi systématique qu'en droit français¹⁷⁸⁹. On peut citer à cet égard l'arrêt *Holst*¹⁷⁹⁰ dans le cadre duquel la Cour de Justice a été saisie, par une juridiction danoise, d'une question en interprétation de la directive 2002/14/CE¹⁷⁹¹ portant, entre autres, sur l'exigence d'une protection renforcée des représentants des travailleurs contre le licenciement. Après avoir rappelé que, conformément à l'article 7 de la directive « les États membres doivent veiller à ce que les représentants des travailleurs jouissent, dans l'exercice de leurs fonctions, d'une protection et de garanties suffisantes leur permettant de réaliser d'une façon adéquate les tâches qui leur ont été confiées »¹⁷⁹², la Cour affirme que « le licenciement d'un représentant des travailleurs motivé par sa qualité ou par les fonctions exercées par celui-ci en cette qualité de représentant serait incompatible avec la protection exigée par ledit article 7 »¹⁷⁹³. En dépit du fait que le juge européen ne fonde pas sa motivation sur l'interdiction des discriminations, il n'en demeure pas moins qu'on retrouve une certaine protection contre les licenciements motivés par les activités syndicales du travailleur, ce qui relèverait, sous le régime du droit français, de la notion de discrimination syndicale.

¹⁷⁸⁹ V. en ce sens, Sophie ROBIN-OLIVIER, « Politique sociale de l'Union Européenne. Chronique 2009-2010 », *RTD Eur.* 2010, p. 673-694, not. p. 676.

¹⁷⁹⁰ CJUE, 11 février 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening*, Aff. C-405/08, Rec. I-00985.

¹⁷⁹¹ 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.

¹⁷⁹² *Idem*, point 49.

¹⁷⁹³ *Idem*, point 58.

373. Une influence sur le droit commun des contrats « par contagion »-

Par ailleurs, l'idée de la propagation de l'influence du droit européen sur la jurisprudence nationale renvoie à la question de l'influence que certains auteurs ont appelée « par contagion »¹⁷⁹⁴ sur le droit commun des contrats. Etant donné que le droit européen portant sur la protection du consommateur touche, au moins en partie, des aspects du droit des obligations, les juges nationaux, à force d'appliquer les normes européennes, s'en imprègnent, ce qui peut avoir un impact qui dépasse le champ du droit de la consommation. C'est notamment l'intervention du droit européen dans le domaine de la protection du consommateur qui a pu ouvrir la porte à une influence plus générale au droit commun des contrats¹⁷⁹⁵. Il s'agit d'une question très large, qui dépasse les limites et les objectifs de la présente recherche. en s'inscrivant dans la problématique plus large de l'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats et l'articulation entre droit spécial et droit général¹⁷⁹⁶. Par ailleurs, il faut noter qu'il n'est pas toujours aisé de démontrer, preuves à l'appui, la provenance européenne de l'inspiration du juge national, même si on peut légitimement la supposer.

On remarquera ainsi une immixtion de plus en plus importante du juge dans le contrat, notamment pour réviser son contenu¹⁷⁹⁷. Les arrêts de la Cour de cassation¹⁷⁹⁸ en matière de révision pour imprévision en sont des témoins, même si la vieille attache du droit français à l'interdiction de la révision pour imprévision n'est pas formellement abandonnée. S'il s'agit en principe de contrats où les parties sont censées être sur un pied d'égalité, contrairement aux contrats conclus par le travailleur ou le consommateur, c'est le bouleversement des circonstances qui crée

¹⁷⁹⁴ V. Hélène AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, op. cit., not. §9 ; Frédéric BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation*, thèse, Aix-Marseille, PUAM, 2007, not. §§ 462 et s. L'auteur consacre le Titre II de la seconde Partie de sa thèse à « la contamination du droit commun des contrats par le droit spécial de la consommation ».

¹⁷⁹⁵ Laurence IDOT, « Rapport introductif » in Jean-Sylvestre BERGE & Marie-Laure NIBOYET (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003*, op. cit., not. p. 21 : « c'est en définitive par le biais de la protection du consommateur que le droit communautaire a pénétré le droit des obligations ».

¹⁷⁹⁶ Frédéric BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation*, op. cit. ; Natalie SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000.

¹⁷⁹⁷ Denis MAZEAUD, « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », in Gerald MÄSCH, Reiner SCHULZE (dir.), *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Munich, Sellier European Law publishers, 2009, p. 29-51, not. p. 32

¹⁷⁹⁸ Cass. com., 3 novembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 338; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. Jacques MESTRE.

un certain déséquilibre entre les parties, renvoyant ainsi à des questionnements similaires que ceux rencontrés dans le cas du consommateur ou du travailleur. Certes, aucune règle du droit de l'Union ne consacre expressément l'obligation de renégociation du contrat. Néanmoins, on peut légitimement supposer que la notion de protection de la confiance de l'acteur, consommateur ou travailleur, qui constitue la pierre maîtresse de la conception européenne, implique une obligation de ne pas tirer profit d'un bouleversement des circonstances économiques pour imposer à son cocontractant l'exécution du contrat dans des conditions qui lui sont très défavorables¹⁷⁹⁹. Par ailleurs, on a pu constater à l'occasion à la fois des clauses abusives et du système probatoire en matière de discriminations que l'immixtion du juge dans l'appréciation des relations contractuelles a la faveur du droit de l'Union, alors que le droit national est traditionnellement plutôt réticent face à une intervention très pesante du juge.

374. Le droit européen, source de renouvellement de la jurisprudence nationale¹⁸⁰⁰– Nous avons ainsi démontré que tant le juge européen que le juge national constituent de véritables moteurs de la réception du droit européen et, partant, de l'europanisation du droit national. Pour le juge européen, cette place significative lui permet d'adapter les règles européennes, souvent lacunaires et parcellaires, aux réalités nationales et, par conséquent, d'assurer une meilleure intégration. Pour le juge national, l'application du droit européen peut être « une source de renouvellement » de sa jurisprudence interne¹⁸⁰¹, une occasion de revisiter son propre droit. Ce faisant, les juges européens et nationaux complètent le statut du travailleur et du consommateur consacré par le droit de l'Union puis reçu dans l'ordre juridique national.

¹⁷⁹⁹ Hélène AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, *op. cit.*, not. §471.

¹⁸⁰⁰ V. cependant Frédéric Béranger, qui considère qu'on ne peut parler d'un renouvellement du droit commun, parce que « les nouvelles règles, loin de s'intégrer harmonieusement dans l'ordre positif, ont souvent pour conséquence d'altérer l'essence des qualifications du droit commun, de remettre en cause sa cohérence et sa stabilité ». Frédéric BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation*, *op. cit.*, not. § 865.

¹⁸⁰¹ Nicole QUESTIAUX, « La collaboration du juge administratif avec le juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'Etat français de l'article 177 du Traité de Rome) *in Mélanges en l'honneur du Prof. Michel Stassinopoulos*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1974, p. 387-395, not. p. 394.

SECTION 2 : LE RENFORCEMENT DU ROLE DES PARTENAIRES SOCIAUX ET DES ACTEURS DE LA SOCIETE CIVILE AU NIVEAU NATIONAL

375. Renforcés par le droit européen, les partenaires sociaux et les acteurs de la société civile influencent le droit national– Nous avons déjà constaté la place importante occupée par les acteurs de la société civile, notamment les partenaires sociaux européens, au moment de l'élaboration des normes européennes, et examiné la question de savoir si et dans quelle mesure ceux-ci sont susceptibles d'être porteurs d'influences nationales sur le droit européen¹⁸⁰². Toutefois, leur rôle ne se limite pas à l'élaboration des normes européennes. Lors de la réception de ces dernières dans les ordres juridiques nationaux, ces acteurs peuvent véhiculer des influences européennes et participer, par ce biais, à l'eupéanisation du droit national.

Traiter les partenaires sociaux en même temps que la société civile pourrait paraître paradoxal d'un point de vue de droit national. En effet, le dialogue social a un passé affirmé au niveau national et une telle démarche pourrait être perçue comme une tentative de mettre sur un pied d'égalité les partenaires sociaux et les autres acteurs de la société civile, dont le rôle est traditionnellement plus marginal en droit national. Or, tel n'est pas l'objectif de la démarche. Sans méconnaître la particularité du dialogue –particularité qui existe également au niveau européen– le rapprochement des partenaires sociaux aux autres acteurs de la société civile, notamment aux associations de défense des consommateurs, est justifié par la notion de société civile européenne. En effet, comme nous avons constaté, en dépit de ses contours un peu flous, la société civile est conçue au niveau européen de manière large, en englobant différents acteurs qui ne sont pas dotés des mêmes compétences¹⁸⁰³. Leur point commun est que le renforcement du rôle de tous ces acteurs s'inscrit dans la démarche de rapprochement des institutions de l'Union aux citoyens et l'application du principe de subsidiarité. C'est pour cette raison que ce qui

¹⁸⁰² Sur la notion de société civile ainsi que sur son rôle dans l'élaboration des normes européennes, V. *supra* sous n° 78 et s.

¹⁸⁰³ V. en ce sens l'article 300 §2 TFUE: il se réfère ainsi aux « représentants des organisations d'employeurs, de salariés et d'autres acteurs représentatifs de la société civile ».

paraît paradoxal d'un point de vue national est justifié par les spécificités et les finalités du droit de l'Union.

Ainsi, le rôle accordé aux acteurs de la société civile constitue en soi un bel exemple d'interactions entre les systèmes juridiques nationaux et l'ordre européen. Pratique historiquement développée au niveau national, reflétée notamment par l'action des partenaires sociaux et le dialogue social, elle a été « empruntée » par le droit européen, au sein duquel elle a trouvé un caractère plus institutionnalisé. Au moment de la réception des règles européennes, le jeu d'interactions continue, les partenaires sociaux et la société civile deviennent à nouveau acteurs cette fois des influences européennes sur le droit national.

Ces influences se réalisent notamment par un renforcement de l'action collective des travailleurs et des consommateurs. Les partenaires sociaux, nationaux cette fois, ainsi que les associations de défense des consommateurs se trouvent, évidemment, au cœur de cet essor. Concrètement, deux types d'influence peuvent être recensés: la promotion de la norme négociée, notamment en ce qui concerne le travailleur, d'une part (*Paragraphe I*) et le renforcement de l'action collective devant la justice, d'autre part (*Paragraphe II*).

Paragraphe I : La promotion de la norme négociée

376. Le renouvellement de la négociation collective- Même si l'intervention des partenaires sociaux au niveau européen demeure, au moins actuellement, d'une portée pratique assez limitée en ce qui concerne la production d'instruments législatifs, il est certain que ces pratiques institutionnalisées au niveau européen ont eu, en retour, des conséquences indirectes sur la place qu'accordent les droits nationaux à la négociation collective par rapport à la loi de l'Etat¹⁸⁰⁴. Si les négociations collectives constituent une pratique bien connue du droit national, on ne peut nier l'influence qu'exerce le droit européen sur la promotion de la norme négociée en droit national¹⁸⁰⁵. Il ne s'agit pas alors d'une invention de la norme négociée au niveau national mais plutôt d'un renouvellement des pratiques déjà existantes.

Au niveau national, la place accordée à la norme négociée se renforce, faisant ainsi écho en principe de la subsidiarité sociale consacrée par le droit de l'Union (1). L'influence est plus indirecte en ce qui concerne la place de la norme négociée au sein de l'entreprise (2).

1. Au niveau interprofessionnel

377. L'importance de la norme négociée par rapport à la norme étatique- Il n'est pas toujours aisé d'évaluer la mesure exacte de la promotion du dialogue social au niveau européen dans chaque Etat membre. Il convient, en effet, afin d'en avoir une vision plus concrète, de tenir compte des particularités de chaque système national en fonction de la place que celui-ci accorde historiquement à la norme étatique par rapport à la norme produite à travers les négociations collectives. Ainsi, pour la tradition juridique française, le fait d'obliger une instance politique à

¹⁸⁰⁴ Pour une analyse générale du rôle des partenaires sociaux au moment de la réception du droit européen dans les ordres juridiques nationaux v. Antoine LYON-CAEN, «Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire», *Dr. soc.* 1997, p. 68-74.

¹⁸⁰⁵ Dimitrios KOUKIADIS, « Το μέλλον των εργασιακών σχέσεων στην Ευρωπαϊκή Ένωση υπό το πρίσμα και του Ευρωπαϊκού Συντάγματος » (« L'avenir des relations de travail dans l'Union Européenne sous le prisme de la Constitution Européenne »), *EErg D* 2005, p. 390 et s..

consulter les partenaires sociaux est tout à fait particulier. Le droit français est axé sur la notion de loi, en tant que norme produite par les institutions étatiques. Pour des raisons historiques et politiques, le système juridique français est construit autour de la primauté de l'Etat. Le droit français fait ainsi confiance à la loi étatique et à la garantie donnée par le législateur à l'égalité de tous les citoyens devant la loi. C'est une conception qu'on ne trouve pas par exemple dans le droit allemand qui, lui, accorde un large pouvoir normatif et un champ de compétence propre aux partenaires sociaux et ne réserve à la loi qu'une place subsidiaire en matière de contrat de travail, à l'exception des sujets d'intérêt général¹⁸⁰⁶.

378. Une certaine méfiance à l'égard d'un rôle très important des partenaires sociaux- Cette tradition juridique française explique la méfiance exprimée par une partie de la doctrine envers une éventuelle substitution des partenaires sociaux au législateur¹⁸⁰⁷. Comme le remarque Monsieur Pierre Rodière « la démocratie politique cède devant son substitut social, l'affirmation alternative du rôle normatif des partenaires sociaux »¹⁸⁰⁸. Plus récemment, Monsieur Bernard Teysse se demande : la généralisation du recours à la norme négociée plutôt qu'à la norme étatique « ne risque-t-elle pas de réduire systématiquement les parlementaires au rang de greffiers, uniquement chargés d'assurer la métamorphose en loi d'un acte juridique de droit privé »¹⁸⁰⁹. La réticence est également perceptible dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'exprimant sur la question de savoir si le législateur doit subordonner sa réaction à l'échec du dialogue social, autrement dit s'il est lié dans le cas où le dialogue ne se révèle pas fructueux. Dans son arrêt sur la « loi sur les trente-cinq heures » –communément appelée loi Aubry I–¹⁸¹⁰ le Conseil

¹⁸⁰⁶V. le document de travail du Sénat, Série de législation comparée, intitulé « La négociation collective », n° LC 88 du 23 mars 2001, disponible sur le site internet du Sénat <http://www.senat.fr/lc/lc88/lc88.pdf> (consulté le 18 août 2014). Ce rapport effectue une étude comparative des systèmes juridiques de 6 pays européens (Allemagne, Belgique, Danemark, Espagne, Grande-Bretagne, Italie et Pays-Bas) quant à la place accordée à la négociation collective, not. p. 7-11.

¹⁸⁰⁷V. not. sur cette question Alain SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, Quadrige, 2^{ème} édition, 2007, p. XXVI; OGIER-BERNAUD, « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives », *JCP G*, 2004, I, 118, p. 493-498.

¹⁸⁰⁸Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union Européenne*, 2^{ème} éd. 2014, Paris, LGDJ, p. 124.

¹⁸⁰⁹ Bernard TEYSSE, « Un nouveau droit de la relation de travail ? – Avant-propos » *Dr. soc.* 2008, p. 623-625, not. p. 625.

¹⁸¹⁰ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, *JO* n°136 du 14 juin 1998 p. 9029.

constitutionnel a jugé que «ni les dispositions du 8^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 [...] ni aucune autre règle de valeur constitutionnelle n'obligent le Gouvernement à faire précéder la présentation au Parlement d'un projet de loi comportant des dispositions touchant aux principes fondamentaux du droit du travail d'une négociation entre partenaires sociaux»¹⁸¹¹.

Pourtant, la négociation collective est bien inscrite dans le paysage juridique et social national. Depuis le Front populaire de 1936 et surtout « les accords Matignon », signés entre les représentants des employeurs et des salariés sous l'égide du gouvernement Blum, les négociations sociales ont incontestablement marqué l'évolution des relations du travail¹⁸¹². En réalité, le droit européen donne un nouveau cadre institutionnel, des nouvelles formes, en quelque sorte, à un processus national bien antérieur. On dirait alors que c'est la forme plutôt que le fond qui engendre la méfiance au niveau national.

379. La consécration du principe européen de la subsidiarité sociale par le droit national- En dépit de cette méfiance, force est de constater que l'idée de la subsidiarité sociale, issue du droit de l'Union¹⁸¹³, a eu un impact sur la place qui est aujourd'hui accordée par le droit français à la négociation collective. La subsidiarité sociale consiste, comme on l'a déjà exposé¹⁸¹⁴, à la fois en la priorité accordée au dialogue social et en l'intervention des autorités européennes ou étatiques à titre complémentaire afin de « soutenir, compléter ou remplacer l'autonomie collective défaillante »¹⁸¹⁵. Le rôle important qui est réservé à celles-ci par les Traités tant dans l'élaboration des normes européennes¹⁸¹⁶ que dans leur application¹⁸¹⁷, a été affirmé par la Cour de Justice, notamment à l'occasion de l'interprétation des accords-cadres conclus par les partenaires sociaux puis annexés dans des directives. La Cour a ainsi

¹⁸¹¹ Conseil constitutionnel, 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *Rec. Cons. const.*, p. 258.

¹⁸¹² ¹⁸¹² V. l'avant-propos de Jean-Pierre LE CROM in Jean-Pierre LE CROM (dir.), *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris, Les éditions de l'Atelier, Points d'Appui, 1998, p. 18 qui remarque que « d'une logique interindividuelle, où la voix des professeurs de droit compte beaucoup, on passe, à partir de 1936, à une logique d'action collective, basée sur des formes de représentation syndicale et professionnelle qui s'institutionnalisent ».

¹⁸¹³ V. Gérard LYON-CAEN, « Subsidiarité et droit social européen », *Dr. soc.* 2007, p. 382-387.

¹⁸¹⁴ V. *supra* sous n° 78 et s.

¹⁸¹⁵ Mélanie SCHMITT, « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. soc.* 2010, p. 682-695, not. p. 693. V. également Mélanie SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Aix-Marseille, PUAM, 2009.

¹⁸¹⁶ V. *supra* sous n° 78 et s.

¹⁸¹⁷ V. *supra* sous n° 211 et s.

jugé à plusieurs reprises qu'il est loisible aux États membres de laisser [...] en premier lieu aux partenaires sociaux » le soin de réaliser les objectifs et les finalités visés par les directives¹⁸¹⁸. Néanmoins, cette priorité ne dispense pas les États membres de leur devoir de prendre des mesures complémentaires lorsque l'action des partenaires sociaux s'avère inefficace ou lacunaire¹⁸¹⁹. Ainsi, si le juge accorde la priorité à l'action des acteurs de la société civile, il reconnaît en même temps que « la voie conventionnelle ne constitue qu'une *voie imparfaite* de mise en œuvre d'une directive en matière sociale»¹⁸²⁰.

Dans le même ordre d'idées, le Tribunal met l'accent sur le caractère démocratique de la participation des partenaires sociaux à la construction ainsi qu'à la mise en œuvre du droit de l'Union¹⁸²¹. Lors de l'examen d'un recours en annulation de la directive 96/34/CE, il considère que « le respect du principe de la démocratie, sur lequel l'Union est fondée, requiert –en l'absence de participation du Parlement européen au processus d'adoption d'un acte législatif– que la participation des peuples à ce processus soit assurée de manière alternative, en l'occurrence par l'intermédiaire des partenaires sociaux »¹⁸²².

380. L'obligation du gouvernement de consulter les partenaires sociaux–

On retrouve l'écho de cette « autonomie » des partenaires sociaux, combinée à un recul de la toute-puissance de la loi étatique¹⁸²³ en droit national, notamment autour du mouvement concernant la place de la négociation collective par rapport à la loi et l'obligation du gouvernement de consulter les partenaires sociaux avant de déposer un projet de loi en matière sociale. Un premier signe a ainsi été donné par la position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la

¹⁸¹⁸ CJCE, 30 janvier 1985, *Commission/Danemark*, 143/83, *Rec.* p. 427, not. point 8; CJCE, 28 octobre 1999, *Commission/Grèce*, C-197/98, *Rec.* I-07713, not. point 46; CJUE, 11 février 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening*, C-405/08, *Rec.* I-00985, not. point 39.

¹⁸¹⁹ «Toutefois, cette faculté ne les dispense pas de l'obligation d'assurer, par des mesures législatives, réglementaires ou administratives appropriées, que tous les travailleurs de la Communauté puissent bénéficier de la protection prévue par la directive dans toute son étendue. La garantie étatique doit intervenir dans toutes les hypothèses d'absence de protection effective assurée d'une autre manière, quelle que soit la raison d'une telle absence » CJCE, 28 octobre 1999, *Commission/Grèce*, *op. cit.*, not. point 47.

¹⁸²⁰ Antoine LYON-CAEN, «Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire», *op. cit.*, not. §3 (italiques du texte cité).

¹⁸²¹ V. Jean-Emmanuel RAY, «Du tout-Etat au tout-contrat», *Dr. soc.* 2000, p. 574-579, not. p. 577.

¹⁸²² TPI, 17 juin 1998, *UEAPME c/ Conseil*, Aff. T-135/96, *Rec.* II-2338, point 89.

¹⁸²³ Éric AUBRY, « L'article L.1 du Code du travail : dialogue social et démocratie politique ». *Dr. soc.* 2010, p. 517-518, not. p. 517.

négociation collective, signée par les organisations patronales syndicales. Par cet acte, de caractère symbolique, les partenaires sociaux « souhaitent donner un nouvel élan à la négociation collective au sein d'un système performant de relations sociales, respectueux des personnes, des prérogatives du législateur et de l'ordre public social, et adapté à une économie diversifiée et ouverte sur le monde »¹⁸²⁴. Par la suite, la loi sur le dialogue social du 4 mai 2004¹⁸²⁵ a repris, dans son préambule, le principe de la subsidiarité sociale sous la forme d'un « engagement solennel » pris par le gouvernement « de renvoyer à la négociation nationale interprofessionnelle toute réforme de nature législative relative au droit du travail ». Puis, sous la pression de l'échec du contrat première embauche¹⁸²⁶, la loi du 31 janvier 2007¹⁸²⁷ a expressément consacré cette idée, en l'insérant dans le nouvel article L. 1 du Code du Travail, faisant partie du Chapitre préliminaire sur le dialogue social¹⁸²⁸.

381. Donner un temps à la négociation- Ainsi, sous l'influence européenne, le cadre institutionnel de la négociation collective française se modifie. L'articulation entre la norme négociée et la loi étatique semble être redéfinie. Est-ce à dire que le temps où le droit français connaîtra un essor du dialogue social comparable à ce qui se passe outre-Rhin est arrivé? Rien n'est moins sûr, dans la mesure où il s'agit avant tout de reflexes culturels qui ne s'effacent pas au rythme des modifications du cadre

¹⁸²⁴ Position commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la négociation collective, *Dr. soc.* 2003, p. 92-96, not. p. 92.

¹⁸²⁵ Loi « Fillon », n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JO* n°105 du 5 mai 2004, p. 7983.

¹⁸²⁶ Monsieur Jean-Denis Combrexelle remarque à ce titre que la loi du 31 janvier 2007 est « présentée comme la fille du « Contrat de première embauche » au sens que le renvoi à la négociation collective préalable à une réforme prévue par la loi tirerait, de façon quasi accidentelle, les conséquences de l'échec de la méthode que représentait le CPE ». Jean-Denis COMBREXELLE, « La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social : acte premier » *Dr. soc.* 2010, p. 504-506, not. p. 504.

¹⁸²⁷ Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *JO* n°27 du 1 février 2007, p. 1944. En dehors des articles ci-dessus mentionnés, v. également Marcel GRIGNARD, « Articuler démocratie sociale et démocratie politique » *Dr. soc.* 2010, p. 515-516 ; Yannick MOREAU, « La mise en œuvre de l'article L. 1: difficultés et perspectives. Les avis du Conseil d'État sur la loi de 2007 et sur son application », *Dr. soc.* 2010, p. 511-512 ; Dominique DORD, « La loi du 31 janvier 2007 : avantages et inconvénients du point de vue du Parlement », *Dr. soc.* 2010, p. 507-508 ;

¹⁸²⁸ L'article L.1 al. 1 du Code du Travail dispose désormais que « tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ».

législatif ou institutionnel¹⁸²⁹ ; d'autant plus que les questionnements concernant la représentativité¹⁸³⁰ et la légitimité des partenaires sociaux demeurent d'actualité, malgré la mise en place des accords dits « majoritaires »¹⁸³¹. Toutefois, l'idée qui ressort clairement de ce processus est celle de donner un temps à la négociation¹⁸³² plutôt qu'un champ de compétence¹⁸³³ ; elle est sans doute d'inspiration européenne.

2. Au niveau de l'entreprise

382. La promotion de l'autoréglementation de l'entreprise : instaurer un climat de confiance dans la relation entre les travailleurs et l'employeur-

L'influence du droit européen ne se limite pas à la promotion du pouvoir normatif des partenaires sociaux au niveau national. Elle concerne également l'essor de la norme négociée au niveau de l'entreprise, bien qu'aucune règle issue du droit européen ne consacre expressément l'idée de l'autoréglementation de l'entreprise¹⁸³⁴. Toutefois, des initiatives législatives européennes vont dans le sens d'un renforcement des négociations collectives et de l'implication des salariés au sein de l'entreprise, qui s'inscrit dans la logique de l'établissement de la confiance qui imprègne toute la

¹⁸²⁹ Sur ces réticences v. Pierre-Yves VERKINDT, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale » *Dr. soc.* 2010, p. 519-522, not. p. 522.

¹⁸³⁰ Sur la représentativité des partenaires sociaux, v. entre autres, Cécile FOURCADE, *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, LGDJ, Paris, 2006, not. §§253-275; V. également Sylvain NERON, « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives », *RDT* 2009, p. 426-435.

¹⁸³¹ Désiré par les deux principales confédérations CFDT et CGT et consacré par la loi du 4 mai 2004, le principe de l'accord « majoritaire » signifie que la validité des accords sociaux se voit soumise soit à une majorité d'adhésion, soit à une absence d'opposition majoritaire. L'idée est ainsi de responsabiliser les syndicats ainsi que de donner plus de dynamique et de légitimité au dialogue social. C'est dans cette optique que la loi du 20 août 2008, faisant suite à la loi du 4 mai 2004 et portant également sur la représentativité syndicale, a été adoptée (Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, *JORF* n°0194 du 21 août 2008, p. 13064. V. Jean-Emmanuel RAY, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 » *Dr. soc.* 2004, p. 590-600.

¹⁸³² Sur le temps de la négociation au niveau européen, v. Josépha DIRRINGER, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, op. cit., not. p. 246 et s.

¹⁸³³ Tel est par exemple le cas de l'Allemagne, où les domaines de compétence de la loi et de la norme négociée sont bien définis. V. Dominique-Jean CHERTIER, *Pour une modernisation du dialogue social. Rapport au Premier Ministre*, 31 mars 2006, not. p. 42-44, disponible sur internet <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000351/0000.pdf> (consulté le 19 août 2014).

¹⁸³⁴ Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*, op. cit., not. p. 172-177. V. également, Georges BORENFREUND, Marie-Armelle SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 72-86.

conception européenne du travailleur. Il s'agit notamment des règles concernant le Comité d'entreprise européen ainsi que de celles relatives à l'implication des salariés dans les sociétés européennes¹⁸³⁵.

383. Le renforcement de l'information et de la consultation des travailleurs- Le Comité d'entreprise européen- Dans un souci d'atténuer les difficultés résultant de la grande diversité des droits nationaux en matière de droit du travail, la Commission européenne avait proposé, dès les années 1980, la mise en place d'un organe au sein des entreprises transnationales susceptible garantir l'information et la consultation des travailleurs¹⁸³⁶. Les premières tentatives s'étant avérées infructueuses, le Comité d'entreprise européen vit finalement le jour par la directive 94/45/CE¹⁸³⁷, modifiée ensuite par la directive 2009/38/CE¹⁸³⁸.

Selon ces directives, un groupe spécial de négociation doit être créé dont le but est de conclure un accord avec les organes compétents de l'entreprise (Comité d'entreprise négocié)¹⁸³⁹. Suivant la logique de la subsidiarité, la directive prévoit que, même en cas d'échec des négociations entre la direction centrale et les représentants des salariés, un modèle de Comité d'entreprise, dont les traits principaux figurent en annexe, sera applicable (Comité d'entreprise légal)¹⁸⁴⁰.

¹⁸³⁵ Sur la place de la négociation collective en entreprise avant l'adoption desdites directives, v. Philippe LANGLOIS, « La négociation collective d'entreprise : la politique communautaire », *Dr. soc.* 1990, p. 673-679.

¹⁸³⁶ Proposition de directive du 24 octobre 1981 relative à l'information et à la consultation des travailleurs des entreprises à structure complexe, en particulier transnationales. V. François VANDAMME, « L'information et la consultation des travailleurs dans la proposition de directive sur les entreprises à structure complexe, en particulier transnationale », *Revue du marché commun* 1981, p. 368-378 ; V. également Mélanie SCHMITT, *Droit du travail de l'Union Européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, not. p. 252.

¹⁸³⁷ Directive 94/45/CE 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 *JOCE L* 254 du 30.09.1994, p. 64-72.

¹⁸³⁸ Directive 2009/38/CE du 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 (refonte), *JOCE L* 122 du 16.5.2009, p. 28-44.

¹⁸³⁹ Article 5 de la directive de 2009.

¹⁸⁴⁰ V. l'annexe I de la directive de 2009. D'ailleurs, le fait que l'article 13 de la directive 94/45/CE et l'article 14 de la directive 2009/38/CE excluent de leur champ d'application les accords d'anticipation, montre bien une certaine incitation des parties impliquées d'opter pour la voie conventionnelle plutôt que pour les dispositions subsidiaires mises en place par les directives.

Une fois le Comité d'entreprise constitué, l'accent est mis sur l'« esprit de coopération »¹⁸⁴¹ dans l'exécution des devoirs et obligations des parties, notamment dans la réalisation des procédures d'information et de consultation¹⁸⁴². Dans ce contexte, l'information¹⁸⁴³, à savoir la transmission des données aux représentants des travailleurs en vue d'en prendre connaissance et de les examiner, ainsi que la consultation¹⁸⁴⁴, dans le sens de l'établissement d'un dialogue avec la direction centrale, doivent être effectuées de manière à garantir l'effet utile des prescriptions de la directive¹⁸⁴⁵. Cela signifie, entre autres, que la procédure d'information et de consultation permettra aux travailleurs d'exprimer, en temps utile, leur avis sur les sujets constituant l'objet de la consultation¹⁸⁴⁶. Sur la garantie de l'effet utile se fonde également l'obligation –affirmée par la jurisprudence de la Cour de Justice¹⁸⁴⁷ et reprise par la directive de 2009¹⁸⁴⁸– pesant sur l'employeur de transmettre aux salariés intéressés tous les éléments nécessaires en vue de l'ouverture des négociations pour la création du Comité d'entreprise et ce même avant qu'il ne soit établi que la direction à laquelle les travailleurs s'adressent est celle d'une entreprise exerçant le contrôle au sein d'un groupe d'entreprises. Les droits garantis par la directive ont vocation à s'appliquer non seulement en cas de restructuration de

¹⁸⁴¹ L'article 9 de la directive de 2009 dispose à ce titre que «la direction centrale et le Comité d'entreprise européen travaillent dans un esprit de coopération, dans le respect de leurs droits et obligations réciproques. Il en est de même pour la collaboration entre la direction centrale et les représentants des travailleurs dans le cadre d'une procédure d'information et de consultation des travailleurs ».

¹⁸⁴² V. Bernard TEYSSIE, « Le Comité d'entreprise européen. (Directive n° 94/45 du 22 septembre 1994) » *JCP E*, 1995, 416, p. 1-16.

¹⁸⁴³ L'article 2 de la directive de 2009 définit l'information comme «la transmission par l'employeur de données aux représentants des travailleurs afin de permettre à ceux-ci de prendre connaissance du sujet traité et de l'examiner; l'information s'effectue à un moment, d'une façon et avec un contenu appropriés, qui permettent notamment aux représentants des travailleurs de procéder à une évaluation en profondeur de l'incidence éventuelle et de préparer, le cas échéant, des consultations avec l'organe compétent de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire ».

¹⁸⁴⁴ L'article 2 de la directive de 2009 définit la consultation comme « l'établissement d'un dialogue et l'échange de vues entre les représentants des travailleurs et la direction centrale ou tout autre niveau de direction plus approprié, à un moment, d'une façon et avec un contenu qui permettent aux représentants des travailleurs d'exprimer, sur la base des informations fournies et dans un délai raisonnable, un avis concernant les mesures proposées qui font l'objet de la consultation, sans préjudice des responsabilités de la direction, lequel pourra être pris en compte au sein de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire ».

¹⁸⁴⁵ V. le considérant (14) de la directive de 2009.

¹⁸⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁴⁷ V. CJCE, 21 mars 2001, *Betriebsrat der bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG c/ Bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG*, Aff. C-62/99, *Rec. I-02579*, not. p. 36.

¹⁸⁴⁸ V. l'article 4 §4 de la directive.

l'entreprise, qui est le cas de figure le plus emblématique¹⁸⁴⁹, mais également à d'autres situations qui affectent les intérêts des travailleurs, telles que l'évolution de l'emploi, les changements d'organisation ou les méthodes de travail¹⁸⁵⁰.

384. Le renforcement de l'information et de la consultation des travailleurs - L'implication dans les sociétés européennes- Inspirées des directives sur le Comité d'entreprise européen, les règles concernant l'implication des travailleurs dans les sociétés européennes reprennent dans leurs grandes lignes ce même modèle de consultation et d'information des travailleurs. Il s'agit du règlement (CE) 2157/2001¹⁸⁵¹ et de la directive 2001/86/CE¹⁸⁵² sur la société européenne ainsi que du règlement (CE) 1435/2003¹⁸⁵³ et de la directive 2003/72/CE¹⁸⁵⁴ sur la société coopérative européenne. La question de la représentation des travailleurs fut, ainsi, l'une des raisons majeures du blocage des initiatives européennes portant sur la constitution d'un statut pour la société européenne¹⁸⁵⁵. Les réticences des Etats membres sur les questions sociales expliquent également cette forme hybride d'intervention européenne, à savoir un règlement, posant les règles principales de la constitution de la société¹⁸⁵⁶, accompagné d'une directive, visant la réalisation du règlement en matière de protection des droits des travailleurs.

¹⁸⁴⁹ Sur les actions en justice en cas de contestation de la part des représentants des salariés, notamment pour des licenciements pour motif économique, v. *infra*, sous 387 et s.

¹⁸⁵⁰ L'article 1 a) al. 2 de l'annexe I de la directive de 2009 établit une liste indicative des questions susceptibles de constituer l'objet d'une information et/ou d'une consultation. Il dispose à cet égard que « l'information du Comité d'entreprise européen porte notamment sur la structure, la situation économique et financière, l'évolution probable des activités, la production et les ventes de l'entreprise ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire. L'information et la consultation du Comité d'entreprise européen portent notamment sur la situation et l'évolution probable de l'emploi, les investissements, les changements substantiels concernant l'organisation, l'introduction de nouvelles méthodes de travail ou de nouveaux procédés de production, les transferts de production, les fusions, la réduction de la taille ou la fermeture d'entreprises, d'établissements ou de parties importantes de ceux-ci et les licenciements collectifs ».

¹⁸⁵¹ Règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) *JOCE* L 294 du 10.11.2001, p. 1-21.

¹⁸⁵² Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE* L 294 du 10.11.2001, p. 22-32

¹⁸⁵³ Règlement (CE) n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), *JOCE* L 207 du 18.8.2003, p. 1-24.

¹⁸⁵⁴ Directive 2003/72/CE du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE* L 207 du 18.8.2003, p. 25-36.

¹⁸⁵⁵ Marie-Ange MOREAU, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.* 2001, p. 967-976, not. p. 967 ; Mélanie SCHMITT, *Droit du travail de l'Union Européenne*, op. cit., not. p. 299.

¹⁸⁵⁶ Compte tenu des finalités du présent travail, nous ferons abstraction des règles concernant la constitution de la SE ou de la SCE.

L'idée quant à l'implication des travailleurs est la même que celle qui prévaut pour le Comité d'entreprise : inciter, dès que le projet de création d'une société européenne est né, à la constitution d'un groupe de négociations entre les représentants des travailleurs et la direction de la société en vue de conclure un accord sur l'organisation de la représentation des salariés ainsi que sur leur implication dans la société¹⁸⁵⁷. La notion d'implication est large, comprenant « l'information, la consultation, la participation et tout autre mécanisme par lequel les représentants des travailleurs peuvent exercer une influence sur les décisions à prendre au sein de l'entreprise »¹⁸⁵⁸. A défaut d'un tel accord, à l'instar des directives sur le Comité d'entreprise, les dispositions subsidiaires de référence, annexées aux directives, trouvent à s'appliquer.

385. La mise en place d'une obligation de négocier au sein de l'entreprise- En dehors de la question de la dimension transnationale et transfrontalière de la négociation collective¹⁸⁵⁹ ainsi que de l'impact de celle-ci sur le modèle social européen¹⁸⁶⁰, les règles issues des directives tendent à instaurer une « obligation de négocier de source européenne »¹⁸⁶¹ au sein de l'entreprise, même si le législateur européen n'exige pas toujours que les parties parviennent à un accord¹⁸⁶². Il faut, certes, reconnaître que ces directives ont un champ d'application réduit ; la directive sur le Comité d'entreprise européen ne s'applique qu'aux entreprises et groupes dits de « dimension communautaire »¹⁸⁶³ et ne porte que sur

¹⁸⁵⁷ Articles 3 et 4 de la directive 2001/86/CE ; Articles 3 et 4 de la directive 2003/72/CE précitée.

¹⁸⁵⁸ Article 2 h de la directive 2001/86/CE; Article 2 h de la directive 2003/72/CE précitée.

¹⁸⁵⁹ Sur cette question v. Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p. 352-367.

¹⁸⁶⁰ V. Marie-Ange MOREAU, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *op. cit.*, not. p. 975-976.

¹⁸⁶¹ v. Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *op. cit.*, not. §40.

¹⁸⁶² V. par exemple le cas des décisions susceptibles d'entraîner des modifications importantes dans l'organisation du travail ou dans les contrats de travail (§1 a des dispositions subsidiaires de la directive 2009/38/CE). En ce sens, v. Pierre RODIERE, « Le Comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ? », *Dr. soc.* 2007, p. 1015-1025, not. §24.

¹⁸⁶³ Est considéré comme entreprise ou groupe de dimension communautaire au sens des directives «un groupe d'entreprises remplissant les conditions suivantes: il emploie au moins 1 000 travailleurs dans les États membres, il comporte au moins deux entreprises membres du groupe dans des États membres différents, et au moins une entreprise membre du groupe emploie au moins 150 travailleurs dans un État membre et au moins une autre entreprise membre du groupe emploie au moins 150 travailleurs dans un autre État membre » (article 2 §1c de la directive de 2009).

les questions « transnationales »¹⁸⁶⁴. Les résultats concrets de cette initiative restent encore mitigés. On a ainsi remarqué que « le CEE est à l'Europe sociale ce que l'euro est à l'Europe économique ; une idée dont la gestation fut lente, une réalisation concrète du projet européen voulu par ses fondateurs mais aussi un outil controversé selon qu'il est utilisé ou... instrumentalisé »¹⁸⁶⁵. Quant aux règles sur l'implication des travailleurs, elles ne concernent que les sociétés ayant adopté la forme d'une SE ou d'une SCE.

Toutefois, ces directives portent l'idée de l'autoréglementation de l'entreprise qui, combinée à celles de la subsidiarité et de l'autonomie collective, exercent une influence sur le droit français. Ainsi, si la réception des directives en droit français pose des questions d'articulation avec les règles nationales déjà existantes¹⁸⁶⁶ – dans la mesure où les directives n'ont pas pour objectif de remplacer les dispositifs de consultation et d'information des travailleurs déjà existants dans les droits nationaux¹⁸⁶⁷ – une influence plus indirecte peut être détectée. On remarque un déplacement du centre de gravité de la négociation collective vers l'entreprise¹⁸⁶⁸. En effet, le nombre des accords conclus au niveau de l'entreprise enregistre constamment une augmentation significative¹⁸⁶⁹. Ceux-ci portent non seulement sur les sujets de prédilection classiques, comme les rémunérations et le temps de travail, mais également sur le droit syndical, les institutions représentatives du personnel ou

¹⁸⁶⁴ Article 1 §3 de la directive de 2009. Le paragraphe 4 du même article précise que « sont considérées comme transnationales les questions qui concernent l'ensemble de l'entreprise de dimension communautaire ou du groupe d'entreprises de dimension communautaire, ou au moins deux entreprises ou établissements de l'entreprise ou du groupe situés dans deux États membres différents ».

¹⁸⁶⁵ Élodie BETHOUX & Rachid BRIHI, « À quoi sert le Comité d'entreprise européen ? », *RDT* 2012 p. 9-16, not. p. 13.

¹⁸⁶⁶ Sur la question de l'impact de la directive relative au Comité d'entreprise Européen sur le Comité d'entreprise français, v. Pierre RODIERE, « Le Comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ? », *op. cit.*

¹⁸⁶⁷ V. l'article 12§2 de la directive 2009/38/CE précitée.

¹⁸⁶⁸ Bruno SILHOL, « Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 931-936, not. p. 931 ; V. également, Georges BORENFREUND, Marie-Armelle SOURIAU, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2003, p. 72-86.

¹⁸⁶⁹ Selon le bilan sur la négociation collective en 2012, publié par le Ministère du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social en mai 2013, le nombre d'accords conclus en 2012 au niveau de l'entreprise enregistre une augmentation importante par rapport à 2011 (38 799 textes contre 33 869 textes enregistrés en 2011, soit près de 5 000 textes de plus). V. le rapport du Ministère, disponible sur son site internet http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Bilan_NC_en_2012_signets.pdf (consulté le 22 août 2014), not. p. 19-20. V. également en ce sens mais pour des années antérieures, Jean-Marc SAUVE, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.* 2010, p. 489-532, not. p. 490-491.

encore l'expression des salariés¹⁸⁷⁰.

386. L'insertion de la notion de confiance dans la relation de travail? Cet essor de la norme négociée au niveau de l'entreprise peut également porter les germes d'une modification de la perception même de la relation de travail et du rôle du travailleur. Ainsi, dans la conception traditionnellement consacrée par le droit français, la dominance du lien de subordination plaide plutôt en défaveur d'une place importante de l'accord d'entreprise, notamment à cause du risque que les règles qui en découlent soient défavorables au salarié¹⁸⁷¹. La négociation collective implique, en effet, une certaine confiance¹⁸⁷² qui n'existe pas dans cette conception de la relation qui lie l'employeur au salarié. L'importance et l'autonomisation progressive de l'accord collectif d'entreprise, perçu comme un « outil de gestion »¹⁸⁷³, reflète une approche différente, plutôt inspirée de la gestion des intérêts que de la relation conflictuelle subordonnée¹⁸⁷⁴, bien qu'on soit encore très loin de la cogestion allemande. Si cette approche n'est pas expressément affirmée dans les normes issues du droit européen, l'ensemble de règles ci-dessus présentées ainsi que la notion de confiance régissant le modèle européen du travailleur¹⁸⁷⁵, font penser que la norme négociée dans l'entreprise a la faveur européenne.

¹⁸⁷⁰ V. le rapport du Ministère du Travail précité, not. p. 20.

¹⁸⁷¹ Jacques BARTHELEMY, «La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise » *Dr. soc.* 1990, p. 580-583, not. p. 580.

¹⁸⁷² V. en ce sens Bernard TEYSSIE, «A propos de la négociation collective d'entreprise » *Dr. soc.* 1990, p. 577-579, not. p. 578.

¹⁸⁷³ *Ibidem.*

¹⁸⁷⁴ V. Élodie BETHOUX & Rachid BRIHI qui remarquent à cet égard que « la relation entre restructurations industrielles et droits de représentation des salariés dans l'entreprise s'est en partie inversée : la question est moins aujourd'hui de protéger les travailleurs en cas de restructurations que de renforcer le dialogue social pour garantir l'avenir de l'entreprise, par le biais d'une information-consultation pensée comme préalable à la réussite des processus d'«adaptation» des entreprises dans une économie mondialisée », Élodie BETHOUX & Rachid BRIHI, «À quoi sert le Comité d'entreprise européen ? », *op. cit.*, not. p. 11.

¹⁸⁷⁵ V. *supra*, sous n° 161 et s.

Paragraphe II : La promotion de l'action collective en justice

387. Le volet processuel de la collectivisation des intérêts protégés- La promotion de l'action collective des consommateurs et des travailleurs devant la justice nationale constitue un autre moyen d'influence, par le biais de la société civile, du droit européen. Les deux domaines considérés subissent, en effet, une « collectivisation de l'intérêt protégé »¹⁸⁷⁶ mais également l'internationalisation des litiges. La protection, devant la justice, de l'intérêt collectif constitue ainsi le volet processuel de cette collectivisation. Les actions des associations de défense des consommateurs en sont la marque la plus ostentatoire.

388. Les actions en cessation en tant que moyen de protection de l'intérêt collectif- Le rôle significatif des organisations de défense des consommateurs « dans l'amélioration de la culture de protection des consommateurs »¹⁸⁷⁷ constitue un lieu commun aux niveaux tant européen que national. Ces organisations contribuent également à la collectivisation des intérêts protégés, tout en portant des influences sur le droit national. Nous avons déjà évoqué¹⁸⁷⁸ la mise en place par le législateur français, sous la motivation du contexte européen, d'une action de groupe intentée par des associations de défense des consommateurs. Toutefois, ce type d'actions n'est pas visé ici, étant donné qu'il s'agit d'une collection d'intérêts individuels plutôt que de la défense de l'intérêt collectif¹⁸⁷⁹. C'est pour cette raison que nous nous focalisons sur l'action en cessation, dans le cadre de laquelle les associations de défense des consommateurs sont censées défendre l'intérêt collectif des consommateurs¹⁸⁸⁰.

¹⁸⁷⁶ Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNO (dir.), *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.*, p. 6.

¹⁸⁷⁷ Résolution du Parlement européen du 20 mai 2008 sur la stratégie communautaire en matière de politique des consommateurs pour la période 2007-2013, A6-0155/2008.

¹⁸⁷⁸ V. *supra*, sous n° 270 et s.

¹⁸⁷⁹ V. Evelyne SERVERIN, « Introduction. Une enquête juridique sur la place du collectif dans la justice contemporaine » in Ismaël OMARJEE et Laurence SINOPOLI (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel, op. cit.*, p. 3-12, not. p. 6 ; Pierre VERGE, « L'action d'intérêt collectif », *Les cahiers de Droit*, vol. 25, 1984, p. 553-578, not. 558 : « L'action d'intérêt collectif ne saurait se réduire [...] à une action individuelle exercée collectivement ».

¹⁸⁸⁰ Olivier DE SCHUTTER, « Formes d'action collective en justice et dialectique entre les intérêts individuels et l'intérêt collectif » in Thomas BERN (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant,

Déjà connues en France depuis la loi de 1973¹⁸⁸¹, ces actions ont fait l'objet d'une réglementation au niveau européen par la directive 98/27/CE¹⁸⁸², puis par la directive 2009/22/CE¹⁸⁸³. Les dispositions de ces directives doivent être combinées avec les dispositions des directives établissant des règles substantielles, notamment la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives¹⁸⁸⁴. Leur objectif est de permettre une protection plus efficace des consommateurs en habilitant les organisations de la société civile à agir pour mettre un terme à des comportements de professionnels, susceptibles de porter atteinte directement ou indirectement à l'intérêt collectif des consommateurs. Est considéré comme intérêt collectif celui qui dépasse « la simple accumulation des intérêts individuels auxquels il a été porté atteinte par une infraction »¹⁸⁸⁵ du professionnel. Quant à l'infraction, elle n'est pas de nature pénale mais elle recouvre toute violation des règles du droit européen qui sont annexées à la directive. Le droit national a, à son tour, procédé à un assouplissement des conditions d'action, se traduisant par une dépénalisation de l'action en cessation ; dans un premier temps dans le cadre de l'article L. 421-6 du Code de la consommation consacrant l'action autonome en cessation des comportements illicites prévus par les

2004, p. 313-342. L'auteur se réfère à l' «autonomie relative de l'intérêt collectif par rapport à la somme des intérêts individuels» (v. not. p. 341-342).

¹⁸⁸¹ Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (dite loi « Royer »), *JO* du 30 décembre 1973 p. 14139. Son article 46 prévoyait que « les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ». V. Jean CALAIS-AULOY, « Les actions en justice des associations de consommateurs », *D. 1988. Chron.*, p. 193-198.

¹⁸⁸² Directive 98/27/CE du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *JOCE L 166* du 11.6.1998, p. 51-55.

¹⁸⁸³ Directive 2009/22/CE du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *JOCE L 242* du 1.5.2009, p. 30-36.

¹⁸⁸⁴ Notamment l'article 7 de ladite directive qui prévoit que: « 1. Les États membres veillent à ce que, dans l'intérêt des consommateurs ainsi que des concurrents professionnels, des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs par un professionnel. 2. Les moyens visés au paragraphe 1 comprennent des dispositions permettant à des personnes ou à des organisations ayant, selon la législation nationale, un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir, selon le droit national, les tribunaux ou les organes administratifs compétents afin qu'ils déterminent si des clauses contractuelles, rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ont un caractère abusif et appliquent des moyens adéquats et efficaces afin de faire cesser l'utilisation de telles clauses. 3. Dans le respect de la législation nationale, les recours visés au paragraphe 2 peuvent être dirigés, séparément ou conjointement, contre plusieurs professionnels du même secteur économique ou leurs associations qui utilisent ou recommandent l'utilisation des mêmes clauses contractuelles générales, ou de clauses similaires ». Sur cette question v. Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives », *Répertoire de droit commercial*, juin 2014, not. §§ 89-95.

¹⁸⁸⁵ Directive 2009/22/CE, considérant (3).

directives européennes, puis dans le contexte de l'action prévue par l'article L. 421-2 du même Code¹⁸⁸⁶, qui, en principe, impliquerait une action civile et, partant, l'existence d'une infraction pénale¹⁸⁸⁷. Toutefois, il a été jugé par la Cour de cassation, faisant une interprétation qui pourrait même être considérée comme *contra legem*¹⁸⁸⁸, que l'objet de l'action intentée dans le cadre de l'article L. 421-2 n'est pas nécessairement un comportement pénalement répréhensible¹⁸⁸⁹.

389. L'élargissement de l'effet de l'action en cessation par la Cour de Justice– Le champ d'action des associations a également été élargi par la jurisprudence de la Cour de Justice¹⁸⁹⁰. Celle-ci a ainsi jugé, dans un premier temps, que l'action en cessation a une nature préventive dont il résulte qu'elle peut être intentée alors que les clauses ne sont pas encore utilisées par le professionnel : « la nature préventive et l'objectif dissuasif des actions devant être mises en place, ainsi que leur indépendance à l'égard de tout conflit individuel concret, impliquent [...] que de telles actions puissent être exercées alors même que les clauses dont l'interdiction est réclamée n'auraient pas été utilisées dans des contrats déterminés, mais seulement recommandées par des professionnels ou leurs associations »¹⁸⁹¹.

Ensuite, le juge européen s'est prononcé sur l'effet de l'action des associations habilitées sur les consommateurs qui n'étaient pas parties au procès. Dans l'arrêt

¹⁸⁸⁶ V. Guillaume BUSSEUIL, «Les acteurs ayant besoin d'un agrément», in Ismaël OMARJEE et Laurence SINOPOLI (dir), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, op. cit., p. 161-165, not. p. 164. V. également Agata DE LAFORCADE, « L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice », *RTD com.* 2011, p. 711-720 ; Nicolas DUPONT, «Vers une dépénalisation de l'action collective des associations habilitées ? », *D.* 2010, p. 1842-1846.

¹⁸⁸⁷ Ces deux fondements du Code de la consommation sont, théoriquement, censés correspondre à deux approches différentes: l'article L. 421-2, issu de la loi Royer, poursuit une logique plutôt répressive, d'où l'exigence de l'infraction pénale, alors que l'article L. 421-6, issu de la transposition de la directive 98/27/CE, reflète une logique plutôt préventive. Toutefois, la Cour de cassation semble, à partir de 2010, procéder à une certaine uniformisation des deux régimes. V. en ce sens, Natacha SAUPHANOR-BROUILAUD, Elise POILLOT, Carole AUBERT DE VINCELLES, Geoffroy BRUNO (dir.), *Les contrats de consommation : règles communes*, op. cit., p. 1026-1027.

¹⁸⁸⁸ V. en ce sens Agata DE LAFORCADE, « L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice », op. cit., not. p. 718.

¹⁸⁸⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *Bull. civ. I*, n° 76; *D.* 2010, p. 1842, note X. DELPECH ; *RTD com.* 2010, p. 599, note Bernard BOULOC; *Contrats Concurrence Consommation* 2010., comm. 169, Guy RAYMOND. La Cour a rejeté le pourvoi formé par un professionnel contre l'arrêt qui avait fait droit à la demande d'une association de défense des consommateurs, en énonçant que « l'agissement illicite, au sens des articles L. 421-2 et L. 421-6 du code de la consommation, n'est pas nécessairement constitutif d'une infraction pénale ».

¹⁸⁹⁰ Carole AUBERT DE VINCELLES, « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », *RTD eur.* 2012, p. 666-683.

¹⁸⁹¹ CJCE, 24 janvier 2002, *Commission c/ Italie*, Aff. C-372/99, *Rec. I*-00819, not. point 15.

Invitel, la Cour a jugé, à propos des clauses et insérées dans des contrats de téléphonie et considérées comme abusives, que la mise en œuvre effective de l'objectif visé par la directive sur les clauses abusives va dans le sens d'une application extensive de l'effet de nullité de la clause. Celle-ci concerne à la fois les consommateurs impliqués au procès mais également les autres consommateurs dont les contrats comportent des clauses identiques¹⁸⁹². Cet arrêt est doublement intéressant en ce qu'il opère une liaison entre ces considérations concernant l'effet de l'action et l'office du juge, étant donné qu'il considère qu'après la qualification d'une clause comme étant abusive, « les juridictions nationales sont tenues, également dans le futur, d'en tirer d'office toutes les conséquences qui sont prévues par le droit national afin que ladite clause ne lie pas les consommateurs ayant conclu un contrat auquel s'appliquent les mêmes conditions générales »¹⁸⁹³.

390. L'écho de l'élargissement sur la jurisprudence nationale– Inspirée par ces interprétations, la Cour de cassation a considéré que « l'action préventive en suppression de clauses abusives ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée »¹⁸⁹⁴. La notion de « l'utilisation généralisée » fait ainsi écho à l'interprétation de la Cour de Justice et implique la déconnexion entre l'action préventive et l'utilisation des clauses dans un contexte contractuel concret, et, partant, l'extension des effets de l'action aux clauses susceptibles d'être proposées aux consommateurs¹⁸⁹⁵.

En revanche, il n'est pas certain que la jurisprudence interne soit totalement alignée sur la position exprimée par le juge européen dans l'affaire *Invitel*¹⁸⁹⁶. En effet, la Cour de cassation a déjà déclaré irrecevable l'action des associations de défense des consommateurs, au motif que les contrats contenant les clauses litigieuses n'étaient

¹⁸⁹² CJUE, 26 avril 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ Invitel Távközlési Zrt*, Aff. C-472/10, not. point 38.

¹⁸⁹³ *Idem*, not. point 43. V. Hélène AUBRY, Elise POILLOT & Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation », *D.* 2013, p. 945-955, not. p. 955.

¹⁸⁹⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 février 2011, *Bull. civ. I*, n° 23 ; *D.* 2011, p. 1659, note Gaël CHANTEPIE.

¹⁸⁹⁵ V. en ce sens, Gaël CHANTEPIE, note sous Cass. Civ. 1^{ère}, 3 février 2011, *op. cit.*, not. p. 1661-1662.

¹⁸⁹⁶ Carole AUBERT DE VINCELLES, « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », *op. cit.*, not. § 7.

plus proposés aux consommateurs, en n'examinant pas le cas des contrats éventuellement déjà conclus et en cours d'exécution et en se focalisant uniquement sur la fonction préventive de l'action en cessation¹⁸⁹⁷. Or, la Cour de Justice précise bien que la portée de l'action concerne également « les consommateurs ayant conclu un contrat »¹⁸⁹⁸. Cet effet restreint réservé par le droit français a été indiqué par le rapport de la Commission européenne de 2012 comme une des entraves à l'efficacité des actions en cessation¹⁸⁹⁹. A cet égard, l'élargissement du champ d'application de l'action de groupe, opéré par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 va dans le sens d'une mise en conformité du droit national par rapport au droit de l'Union.

391. Une protection collective et transnationale des intérêts des consommateurs- En tout état de cause, on constate que la réception des normes européennes en droit national renforce la protection collective des intérêts des consommateurs, ouvrant également la voie aux actions transfrontalières, dans le cadre desquelles des associations nationales peuvent agir contre un professionnel établi dans un autre Etat membre, en vertu de la législation du premier Etat. En dépit d'une utilisation rare, en tout cas pour le moment, de cette voie¹⁹⁰⁰, l'internationalisation du contexte économique et social rend indispensable le rôle des acteurs de la société civile représentant les intérêts collectifs.

¹⁸⁹⁷ V. les quatre arrêts rendus le 1^{er} février 2005. Cass. Civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, *Bull. civ. I*, n° 59, 61 et 62 ainsi que l'arrêt inédit n° 03-13778, *D.* 2005, p. 487, obs. Céline RONDEY; *D.* 2005, p. 2836, obs. Soraya AMRANI-MEKKI & Bénédicte FAUVARQUE-COSSON ; *RTD com.* 2005, p. 825, obs. Bernard BOULOC; *JCP G* 2005 I.,15, p. 141 obs. Judith ROCHFELD.

¹⁸⁹⁸ CJUE, 26 avril 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ Invitel Távközlési Zrt*, précitée., point 38.

¹⁸⁹⁹ Rapport de la Commission Européenne sur l'application de la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs du 6 novembre 2012, COM(2012) 0635 final, not. p. 13-14.

¹⁹⁰⁰ COM(2012) 0635 final, précité., not. p. 6.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

392. Le statut du consommateur et du travailleur européen complété par l'action du juge, des partenaires sociaux et de la société civile- Acteurs indispensables de la mise en œuvre du droit de l'Union, le juge, tant européen que national, ainsi que les partenaires sociaux et la société civile participent à la réception du modèle européen du consommateur et du travailleur dans l'ordre juridique national. Le renforcement de la confiance, contractuelle mais aussi dé-contractualisée, se voit corroboré.

Le rôle du juge permet aux règles européennes, souvent fragmentaires, de s'adapter au système juridique national. L'influence s'étend parfois à des domaines qui ne sont pas liés aux interventions européennes, pour se transformer, en quelque sorte, à une interprétation conforme du droit national hors du champ d'application du droit de l'Union.

Par ailleurs, sous l'influence européenne, la protection des intérêts des acteurs, consommateurs ou travailleurs, tout en devenant transnationale, se collectivise, y compris lors des actions en justice. La priorité est donnée aux mesures en amont, préventives plutôt que curatives. L'information et la consultation des travailleurs ainsi que l'action en cessation des associations de défense des consommateurs vont dans ce sens. C'est peut-être cette logique « intégrative » plutôt qu'« additive »¹⁹⁰¹ qui est l'un des apports les plus importants de l'influence du droit européen sur l'action des partenaires sociaux et de la société civile.

¹⁹⁰¹ Élodie BETHOUX & Rachid BRIHI, «À quoi sert le Comité d'entreprise européen ?», *op. cit.*, not. p. 12.

CONCLUSION DU TITRE II

393. La réception de la notion de confiance en droit national- Pièce maîtresse du modèle européen, la confiance du consommateur et du travailleur s'intègre dans le système juridique national. Elle apparaît dans un premier temps en tant que confiance contractuelle pour être progressivement autonomisée. En même temps, la réception du modèle européen entraîne un certain rapprochement du régime et des notions des deux acteurs au niveau national qui étaient traditionnellement soumis à des logiques différentes. L'action du juge, des partenaires sociaux ainsi que de la société civile complète ce rapprochement déjà amorcé par les interventions du législateur national.

394. Le renforcement de la réversibilité des intérêts protégés- En ce qui concerne le niveau de protection garanti aux deux acteurs, le droit européen est souvent accusé de conduire à une régression de la protection assez élevée déjà assurée par le droit national. « Nous demeurons un peu trop enclins à nous imaginer que, dans ce domaine, les directives communautaires ne nous ont donné que ce que nous avons déjà » remarque Monsieur Emmanuel Putman¹⁹⁰². En réalité, le droit européen, imprégné des finalités différentes, liées, notamment, au fonctionnement du marché, accentue la réversibilité des droits protégés et le caractère pluridirectionnel de la protection accordée.

¹⁹⁰² Emmanuel PUTMAN, « L'incidence du droit communautaire sur le droit privé français », in Michel BUY & Henryk LEWANDOWSKI (dir.), *Influence du droit communautaire sur le droit interne : le cas de la France et de la Pologne*, Varsovie, Difin, 2003, pp. 15-34, not. p. 31.

CONCLUSION DE LA PARTIE II

Nous avons pu examiner les grands traits du modèle européen du consommateur et du travailleur dont l'objectif principal est l'établissement ainsi que le renforcement de la confiance de ces deux acteurs dans le fonctionnement du marché. Les régimes auxquels ils sont soumis au niveau européen présentent des similarités tant sur le fond que sur les mécanismes de réalisation, de telle sorte que nous pouvons affirmer l'existence d'un rapprochement.

En poursuivant le processus d'eupéanisation du droit national et, partant, des interactions entre les deux ordres juridiques, on constate que ce modèle exerce une influence sur le droit national. Celle-ci comprend non seulement l'accomplissement de l'obligation des Etats membres de mettre leur droit en conformité avec le droit de l'Union mais également des influences qui dépassent ce cadre et touchent à des domaines qui ne sont pas visés par le droit européen.

Ainsi, le modèle national du consommateur et du travailleur évolue pour intégrer des considérations qui ne se limitent pas à la protection de la partie faible du contrat. En même temps, cette évolution entraîne un certain rapprochement des deux acteurs au niveau national, même s'ils demeurent, en principe, soumis à des régimes contractuels qui sont imprégnés de logiques différentes. Enfin, le rôle tant du juge, européen et national que des partenaires sociaux et des autres acteurs de la société civile, s'avère d'une importance significative pour la réception du modèle européen et son adaptation aux particularités du système juridique national.

CONCLUSION GENERALE

395. Traiter le processus de l'eupéanisation du droit national nous a permis d'identifier les transformations que subissent les notions de consommateur et de travailleur, aux niveaux tant national qu'eupéen. Celles-ci se réalisent au moment de l'élaboration des normes eupéennes mais également au moment de leur mise en œuvre en droit national.

396. Conçus comme des contractants, parties à des contrats inégalitaires, le travailleur et le consommateur sont soumis à des régimes différents par le droit national antérieurement à toute intervention eupéenne. Malgré une préoccupation commune de protection de la partie faible, les logiques qui imprègnent les deux contrats sont différentes. Dans le cas du consommateur, profane et en position d'infériorité par rapport au professionnel, l'objectif est de rétablir l'égalité contractuelle rompue par un déséquilibre significatif. En revanche, le travailleur est nécessairement subordonné à son employeur. Cela signifie que l'intervention du législateur ne vise pas un rétablissement de l'égalité contractuelle, étant donné que le lien contractuel est par définition déséquilibré, mais un encadrement du pouvoir de direction de l'employeur.

Ces conceptions nationales constituent le point de départ des normes eupéennes. Certes, les règles eupéennes sont dotées d'une apparence de neutralité, considérée comme un gage de légitimité. Toutefois, une analyse du processus décisionnel eupéen permet d'identifier les moyens et les acteurs par le biais desquels les influences du droit national sont portées au niveau eupéen. La prise en compte du droit national par le droit de l'Union devient pour le législateur eupéen une contrainte juridique dont dépend l'efficacité de la norme adoptée.

Tant les intérêts de la France que son droit sont ainsi pris en considération au moment de l'élaboration du droit de l'Union. On retrouve les notions-clés de la conception nationale des deux contractants, notamment la subordination et le déséquilibre contractuel. L'ampleur de l'influence du droit national dépend, notamment, du niveau de protection du travailleur et du consommateur déjà assuré par le système juridique national. Toutefois, le bilan sur l'importance de l'influence du droit national sur le droit eupéen reste relativement mitigé, notamment en raison

de la différence des contraintes et des finalités des deux ordres juridiques. Le législateur européen est, en effet, limité par ses compétences, les objectifs liés au fonctionnement du marché et le consensus politique dont il est tributaire.

397. L'émergence du droit européen entraîne des conceptions du consommateur et du travailleur qui lui sont propres. La caractéristique essentielle de ces derniers n'est pas tant la qualité contractuelle que la qualité d'acteurs du marché, puis de citoyens de l'Union. Des similarités quant à la conception du consommateur et du travailleur sont ainsi constatées en ce qui concerne, d'abord, le fond de la conception, à savoir l'objectif de l'intervention législative: il s'agit de (r)établir la confiance de ces deux acteurs dans le marché intérieur, en leur assurant une protection efficace mais pas nécessairement la meilleure protection possible. Le travailleur et le consommateur sont censés être des moteurs du marché et doivent protégés à ce titre; toutefois leur protection peut constituer une entrave à ce dernier. Des similarités portent, ensuite, sur la forme: les fondements juridiques et les méthodes employés sont analogues, axées, dans la grande majorité des cas, sur l'harmonisation minimale et le principe de la protection nationale renforcée. Par ailleurs, la consécration de la citoyenneté européenne fonctionne comme vecteur de rapprochement des deux acteurs.

Ces similarités laissent, alors, place à un raisonnement par analogie. En réalité, le droit européen instaure deux systèmes de protection qui présentent des points communs et qui coexistent sans pour autant qu'il y ait une emprise de l'un sur l'autre. Le plus souvent, les instances européennes reproduisent en matière de protection du travailleur des raisonnements auxquels elles avaient déjà recours à propos du consommateur. L'établissement de cette similarité contribue à la compréhension et la systématisation du droit européen des personnes. En effet, on ne peut pas bien saisir le fonctionnement de la protection du travailleur européen sans avoir fait le rapprochement avec la protection du consommateur et inversement. L'affirmation de la similarité peut, ainsi, s'avérer utile pour le juriste national, législateur, juge ou praticien, qui sera amené à transposer, appliquer ou interpréter les normes européennes ou encore produire ou appliquer des normes purement nationales qui seraient en cohérence, voire en synergie, avec celles issues du processus législatif européen.

398. Reçues dans l'ordre juridique national, ces conceptions européennes influencent la notion et le régime que le droit national confère aux deux acteurs. Il s'agit dans un premier temps, d'un renforcement de la confiance contractuelle. Le droit national intègre ainsi les concepts européens dans le contexte contractuel qui constitue traditionnellement son point de repère. Dans un second temps, on constate une certaine dé-contractualisation, une sorte d'instrumentalisation de la protection accordée qui se détache du contexte contractuel. Quant au niveau de la protection garantie, le processus de l'eupéanisation renforce la réversibilité des intérêts protégés, déjà existante en droit national: la protection n'est pas unidirectionnelle, dans le sens où elle irait toujours en faveur de la partie faible, consommateur ou travailleur, mais pluri-directionnelle, en intégrant d'autres critères qui sont également pris en considération.

Le rôle du juge, tant européen que national, s'avère central dans ce processus d'eupéanisation, assurant ainsi une adaptation du droit national à la lettre et à l'esprit du droit de l'Union et devenant, par là même, acteur des interactions. Enfin, on ne saurait négliger la place occupée par les partenaires sociaux et la société civile dont l'action, dans les deux domaines considérés, renforce la collectivisation des intérêts protégés.

399. Le processus de l'eupéanisation se réalisant par un jeu d'interactions qui se renouvelle en permanence, il ne laisse intact aucun des deux ordres juridiques impliqués. Le droit national et le droit européen changent en échangeant. Au fur et à mesure de l'avancement de ces échanges, on constate une certaine convergence des conceptions que les deux ordres juridiques réservaient au consommateur et au travailleur.

Ainsi, le droit européen, axé initialement sur la protection de l'acteur du marché, détachée du contexte contractuel, commence progressivement à avoir des ambitions plus globales, tendant à embrasser le domaine du droit commun des contrats. Il le fait, notamment, par le biais du régime spécial accordé au consommateur. Il s'agit ainsi d'une tendance à contractualiser la protection accordée. En dehors des projets sur le code civil européen, les deux grandes initiatives législatives de l'Union en matière contractuelle, à savoir la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs et la proposition de Règlement sur la vente de

la même année utilisent comme point d'entrée le régime contractuel spécifique du contrat conclu par le consommateur pour poser les fondations d'une structure plus globale. C'est en ce sens que ces deux initiatives ont été considérées comme des précurseurs d'un droit européen des contrats.

De son côté, le droit national évolue au-delà du cadre de la mise en conformité avec le droit de l'Union. Non seulement il renforce les mécanismes juridiques déjà existants mais développe de nouveaux qui prennent en considération d'autres préoccupations que la protection de la partie faible et qui s'abstraient désormais du seul lien contractuel des parties. Les interventions européennes incitent à repenser la protection des personnes et à forger un statut du consommateur et du travailleur en tant qu'acteurs, nationaux et européens. Ce statut dépasse, en effet, le cadre de la relation contractuelle.

400. L'approche comparative du consommateur et du travailleur nous a permis de constater un certain décloisonnement des matières, tant en droit européen que, dans une moindre mesure, en droit national. Ce décloisonnement appelle à repenser les catégories juridiques dans les deux ordres juridiques afin d'articuler une protection contractuelle efficace avec un cadre institutionnel nécessaire pour saisir les enjeux d'un marché transnational.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS, COURS, MANUELS

ANCEL Bertrand, LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006

AUBIN Gérard, BOUVERESSE Jacques, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, 1995.

AUGUET Yvan (dir.), *Droit de la consommation*, Paris, Ellipses, 2008.

BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie, *Droit européen : Union Européenne, Conseil de l'Europe*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2011.

BERGE Jean-Sylvestre, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013.

BLANC Louis, *Organisation du travail*, 9^{ème} édition refondue et augmentée de chapitres nouveaux, Paris, éd. Au bureau du nouveau monde, 1850.

BRY Georges, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, Lerose, 1895.

BRY Georges, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 5^{ème} édition, 1912.

CABRILLAC Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, 3^{ème} édition, Litec, 2008.

CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, *Droit de la consommation*, 8^{ème} édition, Paris, Dalloz, Précis, 2010.

CARBONNIER Jean, *Droit civil. Les biens, les obligations*, Paris, PUF, Quadrige, 2004.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} édition, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2007.

COURCELLE Louis, *Traité de législation ouvrière*, Paris, ed. V. Giard et E. Brière, 1902.

COUTURIER Gérard, *Droit du travail, 1) Les relations individuelles de travail*, 3^{ème} édition, Paris, PUF, 1996.

DUBOIS Louis, BLUMANN Claude, *Droit matériel de l'Union Européenne*, 5^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2012.

DOCKES Emmanuel, AUZERO Gilles, *Droit du travail*, 29^{ème} édition, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2014.

DOLLEANS Edouard, DEHOVE Gérard, *Histoire du travail en France des origines à 1919*, Paris, Domat Montchrestien, 1953.

DUFOURMANTELLE Jean-Maurice, *Précis de législation industrielle*, Paris, ed. V. Giard et E. Briere, 1892.

DURAND Paul et JAUSSAUD Robert, *Traité de droit du travail*, Tome 1, Paris, Dalloz, 1947.

FOUILLEE Alfred, *L'idée moderne du droit*, 3^{ème} édition, Paris, Hachette, 1890.

GAUDEMET Yves, STIRN Bernard, DAL FARRA Thierry, ROLIN Frédéric, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 2^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2008.

GAUDU François, VATINET Raymond, (dirigé par) GHESTIN Jacques, *Traité des contrats. Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, Paris, LGDJ, 2001.

GAZZANIGA Jean-Louis, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1992.

GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2013.

HALPERIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^{ème} édition, Paris, PUF, 2012.

HENNION Sylvie, LE BARBIER-LE BRIS Muriel, DEL SOL Marion, *Droit social européen et international*, 2^{ème} édition, Paris, PUF, 2013.

LE GOFF Jacques, *Droit du travail et société, t. 2 Les relations collectives de travail*, Rennes, P.U.R., 2002.

LEFRANC Georges, *Histoire des doctrines sociales de l'Europe contemporaine, t. 1. Avant 1914, t. 2. Après 1914*, Paris, Aubier-Montaigne, 1966.

LOKIEC Pascal, *Droit du travail, t. I, Les relations individuelles de travail*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2011.

LOKIEC Pascal, *Droit du travail, t. II, Les relations collectives de travail*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2011.

OLLIER Pierre-Dominique, *Le droit du travail*, Paris, Armand Colin, 1972.

OLSZAK Norbert, *Histoire du droit du travail*, Collection, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? » (n° 3450), 1999.

PELISSIER Jean, LYON-CAEN Antoine, JEAMMAUD Antoine, DOCKES Emmanuel, *Les grands arrêts du droit du travail*, Paris, Dalloz, 4^{ème} édition 2008.

PESKINE Elsa, WOLMARK Cyril, *Droit du travail 2015*, 9^{ème} édition, Paris, Dalloz, coll. Hypercours, 2014.

PIC Paul, *Traité élémentaire de législation industrielle. Les lois ouvrières*, Paris, éd. A. Rousseau, 1912

PICOD Yves, DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, 2^{ème} édition, Paris, Sirey, 2010.

PIEDELIEVRE Stéphane, *Droit de la consommation*, Paris, Economica, 2008.

PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, Paris, LGDJ, 1908.

RIVERO Jean, SAVATIER Jean, *Droit du travail*, Paris, PUF, 1975.

RODIERE Pierre, *Droit social de l'Union Européenne*, 2^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2014.

SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, POILLOT Elise, AUBERT DE VINCELLES Carole, BRUNO Geoffroy (dir.), *Les contrats de consommation. Règles communes*, Paris, LGDJ, 2012.

SCHMITT Mélanie, *Droit du travail de l'Union Européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012.

SERVAIS Jean-Michel, *Droit social de l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

STANZIANI Alessandro (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit, XVIIIe- XXe siècle*, Paris, LGDJ, 2007.

SUPIOT Alain, *Droit du travail*, Paris, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2004.

SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, 2^{ème} édition, « Quadrige », Paris, PUF, 2007.

TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit des obligations*, 11^{ème} édition, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2013.

TEYSSIE Bernard, *Droit européen du travail*, Paris, Lexisnexis, 2013.

VIRTON Paul, *Histoire et politique du droit du travail*, Bibliothèque de la Recherche Sociale, Paris, 1968.

OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES et MONOGRAPHIES

En langue française :

ALIPRANTIS Nikitas, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, LGDJ, 1980.

ALISSE Jean, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse dactyl., Université Paris II, 1975.

ARNAUD ANDRE-JEAN, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPAREE, *Terminologie contractuelle commune*, Paris, Société de législation comparée, 2008.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPAREE, *Principes contractuels communs*, Paris, Société de législation comparée, 2008.

AUBERT-MONTPEYSSEN Thérèse, *Subordination juridique et relation de travail*, Paris, C.N.R.S, 1988.

AUBRY Hélène, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.

BARAV Ami, *La fonction communautaire du juge national*, thèse dactyl., Strasbourg, Université Robert-Schuman, 1983.

BARON Frédéric, *Marché intérieur et droit social dans l'Union Européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998.

BASSOMPIERRE Catherine, GUERY Gabriel, *Droit européen et international du travail: la dimension sociale de l'Union européenne et l'essor d'un droit du travail européen, la gestion de la mobilité européenne et internationale des salariés*, Paris, Montchrestien-Gualino, 2002.

BAZARD Saint-Amand (dir.), *Doctrine de Saint-Simon, Exposition, Première année, 1828-1829* (nouvelle édition publiée avec introduction et notes par C. Bouglé et Elie Halévy), Paris, éd. M. Rivière, 1924.

BELLISSANT Jean, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, LGDJ, 2001.

BENLOLO-CARABOT Myriam, *Les fondements juridiques de la citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

BERENGER Frédéric, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2007.

BERGE Jean-Sylvestre, NIBOYET Marie-Laure (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

BERNARD Henri, *Le livret ouvrier*, Paris, éd. A. Rousseau, 1903.

BIHL Luc, WILLETTE Luc, *Une histoire du mouvement consommateur. Mille ans de luttes*, Paris, Aubier, 1984.

BLANC Didier, *Les parlements européen et français face à la fonction législative communautaire. Aspects du déficit démocratique*, Paris, L'Harmattan, 2004.

BLUMANN Claude (dir.), *Marché intérieur. La libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, 3^{ème} édition, Paris, Institut d'Etudes Européennes, 2006.

BORE Louis, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Paris, LGDJ, 1997.

BOURGEOIS Léon, *Solidarité*, 7^{ème} édition, Paris, éd. A. Colin, 1912 (nouvelle édition, Lormont, éd. Le Bord de l'Eau, 2008).

BOURGOIGNIE Thierry, *Eléments pour une théorie du droit de la consommation (au regard des développements du droit belge et du droit de la Communauté européenne)*, Paris, LGDJ/Story scientia, 1988.

BOYER Yves, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Aix en Provence, PUAM, 1978.

BREDON Guillaume, *L'évolution de la notion de subordination comme critère du contrat de travail*, thèse dactyl., Université Paris II, 1998.

BRICKS Hélène, *Les clauses abusives*, Paris, LGDJ, 1982.

BURET Eugène, *De la misère des classes laborieuses en Angleterre et en France : de la nature de la misère, de son existence, de ses effets, de ses causes, et de l'insuffisance des remèdes qu'on lui a opposés jusqu'ici : avec l'indication des moyens propres à en affranchir les sociétés*, Paris, éd. Paulin, 1840.

BUSSEUIL Guillaume, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, Paris, Fondation Varenne, LGDJ, 2009.

CANUT Florence, *L'ordre public en droit du travail*, LGDJ, 2007.

CASEAU-ROCHE Cécile, *Droit du travail et droit commun des obligations*, mémoire de DEA, Université Paris I, 1994.

CASTEL Robert, *Les métamorphoses de la question sociale. Une chronique du salariat*, Paris, Fayard, 1995.

CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *La société civile* (ouvrage collectif), Paris, PUF, 1986.

CHALTIEL Florence, *Le processus de décision dans l'Union européenne*, Paris, La Documentation Française, 2006.

CHALTIEL Florence, *Le processus européen de décision après le traité de Lisbonne*, 2^{ème} édition, Paris, La documentation française, 2010.

CHAZAL Jean-Pascal, *De la puissance économique en droit des obligations*, thèse dactyl., Université Grenoble II, 1996.

CHILLON Sandie, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, Louvain-La-Neuve, Centre de droit de la consommation, Collection droit et consommation, 1999.

CHIREZ Alain, *De la confiance en droit contractuel*, thèse dactyl., Université de Nice, 1977.

CHRISTIANOS Vassilios, *Conseils, mode d'emploi et mise en garde en matière de vente de meubles corporels. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, thèse dactyl., Université Paris II, 1985.

COLAS Dominique, *Le Glaive et le fléau : Généalogie de la société civile et du fanatisme*, Paris, éd. Grasset, 1992.

COLLET-THIRY Nicolas, *L'encadrement contractuel de la subordination*, thèse dactyl., Université Paris II, 2012.

COMBALUZIER-VAUDE Audrey, *Contribution à la définition de la partie faible dans les contrats*, thèse dactyl., Université de Montpellier I, 2008.

CORNESSE Isabelle, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001.

DABOSVILLE Benjamin, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer*, Paris, Dalloz, 2013.

DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal (dir.), *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998.

DELMAS-MARTY Mireille, (dir.), *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2004

DELMAS-MARTY Mireille, PIETH Mark, SIEBER Urhich (dir.), *Les Chemins de l'harmonisation pénale. Harmonizing Criminal Law*, Paris, Société de Législation Comparée, 2008.

DESFORGES Emile, *La loi du 27 décembre 1890 et son application aux employés des compagnies de chemins de fer*, Paris, éd. A. Rousseau, 1904.

DESGORCES Richard, *La bonne foi dans le droit des contrats. Rôle actuel et perspectives*, thèse dactyl., Université Paris II, 1992.

DESPLATS Léon, *Etude sur la portée d'application de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail*, Montpellier, Imprimerie Générale du Midi, 1906.

DESSLAS Stéphane, MASSET Christian, *Un lobbying professionnel à visage découvert. Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles*, Condé-sur-Noireau, éd. du Palio, 2007.

DIDION Charles, *Du contrat de travail spécialement aux points de vue historique et juridique*, Nancy, éd. Gérardin, Nicolle et Beugnies, 1897.

DIRRINGER Josépha, *Les sources de la représentation collective des salariés. Contribution à l'étude des sources du droit*, thèse dactyl., Université Paris X Nanterre, 2012 (à paraître aux éditions LGDJ en décembre 2014).

DOLLAT Patrick, *La citoyenneté européenne. Théorie et statuts*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

DONNER Andreas-Matthias, CHEVALLIER Roger Michel, WAELBROECK Michel, WOLF Karl, NERI Sergio, BRINKHORST Laurens Jan, *Le juge national et le droit communautaire*, Lyede, Sijthoff, Bruxelles, Larcier, 1966.

DUBOS Olivier, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001.

DUGUIT Léon, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, éd. Fontemoing, 1901 (réimprimé avec une préface de Franck MODERNE, Paris, Dalloz, 2003).

DUGUIT Léon, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, éd. F. Alcan, 1908.

DURKHEIM Emile, *De la division du travail social*, Paris, éd. F. Alcan, 1893 (réédité par les éditions PUF, Paris, 2007).

DUTOIT Laurent, *Parlement européen et société civile. Vers de nouveaux aménagements institutionnels*, Louvain-La-Neuve, Université de Genève, Academia Bruylant, 2009.

EDEL Vincent, *La confiance en droit des contrats*, thèse dactyl., Université de Montpellier, 2006.

EISEMANN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996.

EL GHARBI Mustafa, *L'obligation d'information dans les contrats*, thèse dactyl., Université Paris XII, 1994.

FABRE Alexandre, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, Paris, LGDJ, 2010.

FABRE-MAGNAN Muriel, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992.

FARJAT Gérard, *L'ordre public économique*, Paris, éd. R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1963.

FASQUELLE Daniel, MEUNIER Patrick (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, Paris, La documentation française, 2002.

FLORE Daniel, *Droit pénal européen. Les enjeux d'une justice pénale européenne*, Bruxelles, Larcier, 2009.

FONTAINE Marcel, GHESTIN Jacques (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996.

FOURCADE Cécile, *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Paris, LGDJ, 2006.

FUCHS Angelika, MUIR WATT Horatia, PATAUT Etienne, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004.

GARCIA, Kiteri, *Le droit civil européen. Nouvelle matière, nouveau concept*, Bruxelles, Larcier, 2008.

GERMAIN Louis, *La jurisprudence et la réglementation légale du contrat de travail*, thèse dactyl., Université de Paris, 1906.

GOULET Isabelle, *Vers un principe de non-discrimination en droit du travail ?*, thèse dactyl., Université Paris II, 2001.

GOUNOT Emmanuel, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, éd. A. Rousseau, 1912.

GUEGUEN Daniel, *Lobbying européen*, Bruxelles-Paris, Europolitique-LGDJ, 2007.

GURVICH Georges, *L'idée de droit social: notion et système du droit social histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle*, Paris, Libr. du Recueil Sirey, 1932.

HAJI-CAUSSANEL Mehdi, *Cour de Justice des Communautés Européennes, droit social communautaire, droit social français: le jeu d'influence*, thèse dactyl., Université Montpellier I, 1998.

HAURIOU Maurice, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Blond & Gay, 1933.

JACOB DE FRADERA Maria Vera, *Réflexions sur l'apport du droit comparé à l'élaboration du droit communautaire*, thèse dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2002.

JACQUES Philippe, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005.

JEANSEN Emeric, *L'articulation des sources du droit. Essai en droit du travail*, Paris, Economica, 2008.

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1939.

KARPENSCHIF Michaël, NOURISSAT Cyril (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne. Les 100 grandes décisions de la Cour de Justice de l'Union européenne*, Paris, PUF, 2010.

KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, *Les interactions verbales*, t. 1, 2 et 3, Paris, Armand Colin, 1990, 1992 et 1994.

LASBORDES Victoire, *Les contrats déséquilibrés*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000.

LATTES Jean-Michel, *Le principe de non discrimination en droit du travail*, thèse dactyl., Université Toulouse I, 1989.

LAULOM Sylvaine, *L'harmonisation du droit social communautaire. Les enseignements de l'intégration en France et au Royaume-Uni des directives 75/129 et 77/187*, thèse dactyl., Institut Universitaire Européen et Université Paris X, Nanterre, 1996.

LAURENT Eloi, *Economie de la confiance*, Paris, La Découverte, 2012.

LE BAUT-FERRARESE Bernadette, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des Etats membres*, thèse dactyl., Université Jean Moulin- Lyon 3, 1996.

LE CROM Jean-Pierre (dir.), *Deux siècles de droit du travail : l'histoire par les lois*, Paris, Les éditions de l'Atelier, Points d'Appui, 1998.

LE GOFF Jacques, *Du silence à la parole : droit du travail, société, Etat*, 3^{ème} édition Paris, éd. Calligrammes, 1989.

LE GOFF Jacques, *Droit du travail et société – Les relations individuelles de travail*, Rennes, PUR, 2001.

LE GOFF Jacques, *Du silence à la parole – Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours*, Rennes, PUR, 2004.

LECOURT Robert, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2007 (réimpression de l'ouvrage paru en 1976).

LEGENBRE Angélique (dir.), *L'action collective ou action de groupe, Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2010.

LEVY Emmanuel, *La vision socialiste du droit*, Paris, éd. Marcel Giard, 1926.

LICHERE François, POTVIN-SOLIS Laurence, RAYNOUARD Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantations ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

LOKIEC Pascal, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 2004.

LOUSSOUARN Yvon, LAGARDE Paul (dir.), *L'information en droit privé*, Paris, LGDJ, 1978.

LYON-CAEN Gérard, *Le droit du travail, une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995.

MAGNETTE Paul (dir.), *De l'étranger au citoyen. Construire la citoyenneté européenne*, Bruxelles, De Boeck, 1997.

MAGNETTE Paul, *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1999.

MAILLARD Sandrine, *L'émergence de la citoyenneté sociale européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2008.

MARKOVITS Yvan, *La directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, LGDJ, 1990.

MARZO Claire, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2011.

MATTERA Alfonso, *Le marché unique européen : ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990.

MAUL-SARTORI Mathias, *Droits européens d'information relatifs à la relation de travail. La directive 91/533/CE et sa transposition en droit allemand, français et britannique*, Paris, LGDJ, 2008.

MELISSARI Maria, *L'interprétation du droit communautaire par le juge national. L'exemple français*, mémoire de DEA dactyl., Université Paris II, 1999.

MEYER Nadège, *L'ordre public du travail. Contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé*, Paris, LGDJ, 2006.

MOIZARD Nicolas, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2000.

MOREAU Marie-Ange, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontation et mutations*, Paris, Dalloz, coll. A droit ouvert, 2006.

MOULY-GUILLEMAUD Clémence, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, Paris, LGDJ, 2006.

MUCKENBERGER Ulrich, BERCUSSON Brian, DEAKIN Simon, KOISTINEN Pertti, KRAVARITOU Yota, SUPIOT Alain, VENEZIANO Bruno, *Manifeste pour une Europe sociale*, Paris, Desclée de Brouwer, 1996.

NEAU-LEDUC Philippe, *La réglementation de droit privé*, Paris, LGDJ, 1998.

NICOLOPOULOS Panagiotis, *Le droit communautaire devant le juge répressif national*, thèse dactyl., Université Nancy II, 1985.

OMARJEE Ismaël, *L'outre-mer français et le droit social communautaire*, Paris, LGDJ, 2000.

ORTUS Numa, *De la responsabilité du patron envers ses ouvriers avant et depuis la loi du 9 avril 1898*, Université de Montpellier, Montpellier, Imprimerie d'Hamelin frères, 1901.

PARTSCH Philippe-Emmanuel, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Bruxelles, Larcier, 2003.

PASQUIER Thomas, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, Paris, LGDJ, 2010.

PEGLION-ZIKA Claire-Marie, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 2013.

PERRON Xavière, *L'obligation de conseil*, thèse dactyl., Université de Rennes I, 1992.

PERTEK Jacques, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

PESCATORE Pierre, *Le droit de l'intégration*, Leyde, Sijthoff, 1972.

PESCATORE Pierre, *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés Européennes*, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne, Bruxelles, 2005 (réimpression de l'ouvrage publié chez Aw Sijthoff-Leiden en 1972).

PESKINE Elsa, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Paris, LGDJ, 2008.

PIROTTE Gautier, *La notion de société civile*, Paris, La Découverte, 2007.

POILLOT Elise, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, LGDJ, 2006.

POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine (dir.), *Vers une culture juridique européenne?*, Paris, Montchrestien, 1998.

POMBIELH Denise, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats*, thèse dactyl., Université de Pau, 2002.

PORTA Jérôme, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, Fondation de Varenne, LGDJ, 2008.

PRIOLLAUD François-Xavier, SIRITZKY David, *Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux Traités Européens (TUE-TFUE)*, Paris, La documentation française, 2008.

REJET Thierry, *La force de travail*, Paris, Litec, 1992.

RICCI François (dir.), *Gramsci dans le texte, De l'avant aux derniers écrits de prison (1916-1935)*, Paris, Éditions sociales, 1975.

ROBICHEZ Juliette, *Droit du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, thèse dactyl., Université Paris I, 1999.

ROBIN-OLIVIER Sophie, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999.

ROBIN-OLIVIER Sophie, FASQUELLE Daniel (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruylant, Bruxelles, Bruylant, 2008.

ROCCATI Marjolaine, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.

SALEILLES Raymond, *De la déclaration de la volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, éd. F. Pichon, 1901.

SANCHEZ-SALGADO Rosa, *Comment l'Europe construit la société civile*, Paris, Dalloz, 2007.

SAUPHANOR Natalie, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000.

SAURON Jean-Luc, LANCERON Virginie, *L'administration nationale et l'Europe. Acteurs nationaux et décisions communautaires*, Paris, La documentation française, 2008.

SCHMITT Mélanie, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, Aix-en-Provence, PUAM, 2009.

SCHWARZE Jürgen, *Le droit administratif sous l'influence de l'Europe: une étude sur la convergence des ordres juridiques nationaux dans l'Union européenne*, Baden-Baden, Nomos & Bruxelles, Bruylant, 1996.

SEGURA Laurence, DE CARA Jean-Yves (dir.), *Le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en droit du travail: législation française et droit communautaire*, Bayonne, Centre de documentation et de recherches européennes, 1990.

SIMON Denys (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2003.

SIRINELLI Jean, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne: une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, 2011.

SUPIOT Alain, *Le juge et le droit du travail*, thèse dactyl., Université de Bordeaux, 1979
SUPIOT Alain (dir.), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, Rapport pour la Commission Européenne*, Paris, Flammarion, 1999.

SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2007.

TAYLOR Simon, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, étude comparative du droit anglais et du droit français*, Paris, LGDJ, 1999.

THIERIET-DUQUESNE Aurélie, *Le droit communautaire de la consommation et le droit privé des Etats membres. L'exemple du droit privé français*, thèse dactyl., Université Paris XII, 2008.

TROLET Georges, *L'assurance accidents du travail dans la loi du 9 avril 1898*, Paris, éd. P. Vitet, 1917.

TROPER Michel, CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, GRZEGORCZYK Christophe, *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant, Bruxelles-Paris, 2005.

TRUILHE-MARENGO Ève, *Vers un droit communautaire des contrats*, thèse dactyl., Université Aix-en-Provence III, 2002.

TUFFERY Jean-Marie, *Ebauche d'un droit de la consommation. La protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, LGDJ, 1998.

VACHEROT Etienne, *La Démocratie*, 2^{ème} édition, Bruxelles, A. Lacroix, Van Meenen et cie, Imprimeurs-Editeurs, 1860.

VANNES Viviane (dir.), *Le lien de subordination dans le contrat de travail*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

VAYSSIERE Bertrand, *Groupes de pression en Europe. Europe des citoyens ou des intérêts ?*, Toulouse, Privat, 2002.

VIRASSAMY Georges, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, Paris, LGDJ, 1986.

WAIYAMUK Awnrumpa, *La protection du consommateur en droit international privé européen*, thèse dactyl., Université Paris II, 2013.

ZOLYNSKI Celia, *Méthode de transposition des directives communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 2007.

En langue étrangère :

ACADEMY OF EUROPEAN PRIVATE LAWYERS, *European Contract Code, Preliminary draft*, Pavia, Università di Pavia, 2001.

BASEDOW Jürgen (ed.), *European Private Law, Sources, I: Company and law*, La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, 2002.

BECK Ulrich, *What is globalization*, Cambridge, Polity Press, 2000.

BUSSANI Mauro, MATTEI Ugo (eds.), *Common Core of European Private Law: essays on the project*, La Haye-Londres-New York, Kluwer Law International 2002.

CAFAGGI Fabrizio (ed.), *The institutional framework of european private law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

DE WITTE Bruno, FORDER Caroline (dir.), *The common law of Europe and the future of legal education. Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Maastricht, Kluwer, 1992.

ENCARNACION Omar, *The myth of civil society: Social capital and democratic consolidation in Spain and Brazil*, New York, Palgrave Macmillan, 2003.

EPPINK Derk-Jan, *Life of a European Mandarin. Inside the Commission*, Tiel, Lannoo Publishers, 2007.

FALKNER Gerda, TREIB Oliver, HARTLAPP Miriam, LEIBER Simone, *Complying with Europe. EU Harmonisation and Soft Law in the Member States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

FREEMAN Edward R., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Boston, Pittman, 1984.

LANDO Ole, BEALE Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, La Haye-Londres-New York, Kluwer Law International, 2000.

MICKLITZ Hans-W., REICH Norbert, ROTT Peter, *Understanding EU consumer law*, Antwerp – Oxford – Portland, éd. Intersentia, 2009.

PARK Robert, BURGESS Ernest, *Introduction to the science of sociology*, Chicago, The University of Chicago Press, 1921.

POSNER Richard A., *Economic Analysis of Law*, 8^{ème} édition, Boston, Chicago, Wolters Kluwer Law & Business, Aspen casebooks series, 2011.

ROSAMOND Ben, *Theories of European integration*, New York, Palgrave, Macmillan, St. Martin's press, 2000.

SENDEN Linda, *Soft Law in European Community Law*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2004.

SNYDER Francis (ed.), *The Europeanisation of law: the legal effects of european integration*, Oxford-Portland, Hart publishing, 2000.

STUDY GROUP ON EUROPEAN CIVIL CODE, RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, European Law Publishers, 2008.

VAN HOECKE Mark, OST François (eds), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford, Hart publishing, 2000.

WEATHERILL Stephen, *Law and integration in the European Union*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

WILHELMSSON Thomas, *Social contract law and European integration*, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1995.

WOODS Lorna, WATSON Philippa, *Steiner & Woods Eu law*, 11^{ème} édition, Oxford, Oxford University Press, 2012.

ARTICLES (REPERTOIRES, REVUES, COLLOQUES, MÉLANGES)

En langue française :

AGOSTINI Éric, « La circulation des modèles juridiques », *RIDC* 1990, p. 461-467.

AMALRIC Simon, « Un nouvel examen des conditions de validité des conventions de forfait en jours », *RDT* 2013, p. 273-276.

ANDRIANTSIBAZOVINA Joël, « L'autorité de la chose interprétée et le dialogue des juges. En théorie et en pratique un couple juridiquement inséparable », in *Le dialogue des juges*, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, p. 11-28.

ANTONMATEI Pierre-Henri, COURSIER Philippe, TEYSSIE Bernard, « Droit social européen et international », *JCP E* 1996, 565, p. 248-254.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », *RTD eur.* 2012, p. 666-679.

AUBERT DE VINCELLES Carole, SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 880-884.

AUBIN Gérard, « La loi du 9 avril 1898, rupture ou continuité ? », *Dr. soc.* 1998, p. 635-637.

AUBRY Éric, « L'article L.1 du Code du travail : dialogue social et démocratie politique », *Dr. soc.* 2010, p. 517-518.

AUBRY Hélène, POILLOT Élise, SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit de la consommation », *D.* 2013, p. 945-955.

AUZERO Gilles, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation » *RDT* 2008, p. 522-526.

AZOULAI Loïc (dir.), « Application du droit communautaire par la Cour de Cassation (janvier-juillet 2008) », *Revue Europe*, n° 11, 2008, Chron. 1., p. 12-21.

AZOULAI Loïc, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in COHEN-JONATHAN Gérard (dir.), *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, 2010, Paris, Dalloz, p. 1-28.

BAILLY Pierre, LHERNOULD Jean-Philippe, « Discrimination en raison de l'âge: sources européennes et mise en œuvre en droit interne », *Dr. soc.* 2012, p. 223-237.

BALMARY Dominique, « Le licenciement économique : du contrôle à la négociation ? », *Dr. soc.* 2004, p. 272- 278.

BARQUERO CRUZ Julio, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'UE ? » in AZOULAI Loïc, BURGORGUE-LARSEN Laurence (dir.), *L'autorité de l'UE*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 241-266.

BARRAT Olivier, « Vente (3° effets) », *Répertoire de droit immobilier*, janvier 2007 (mise à jour mars 2014).

BARRAU Patrick, HORDERN Francis, « Histoire du droit du travail par les textes, t. 1 De la Révolution à la Première Guerre Mondiale (1791-1914) », *Cahiers de l'Institut Régional du Travail*, n°8, juillet 1999, p. 3-228.

BARTHELEMY Jacques, « La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise » *Dr. soc.* 1990, p. 580-583.

BARTHELEMY Jacques, « Le professionnel parasubordonné », *JCP E* 1996, I, 606, p. 487-198.

BERAUD Jean-Marc, « Les interactions entre le pouvoir unilatéral du chef d'entreprise et le contrat de travail », *Dr. ouvr.* 1997, p. 529-534.

BERCUSSON Brian, « Le concept de droit du travail » in SUPIOT Alain (dir.), *Le travail en perspectives*, Paris, LGDJ, p. 603-631.

BERGE Jean-Sylvestre, « Présentation de la chronique «Droit européen », Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des Etats membres », *LPA* 19 mai 2003, n°99, p. 4-5.

BERGE Jean-Sylvestre, « Le clivage acteurs publics-privés à la lumière du droit communautaire : le contrat face à un impératif de santé publique », *RDC* 2004, p. 1075-1080.

BERGE Jean-Sylvestre, «Le droit d'une communauté de lois: le front européen », *in Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 113-136.

BERGE Jean-Sylvestre, « Question du vocabulaire : impact de la disparition du terme « Communauté » et de ses dérivés dans les traités sur l'Union européenne sur le droit des contrats », *RDC* 2008, p. 523-526.

BERGE Jean-Sylvestre, « Circulation et application du droit au niveau national, international et européen » *in Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Paris, Dalloz, 2012, p. 21-37.

BERGE Jean-Sylvestre, «Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ?», *RDC* 2012, p. 569-573.

BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie, «Droit de la consommation. La difficile question de la marge de manœuvre conférée par le droit communautaire aux droits nationaux dans la transposition des directives (Retour sur trois arrêts de la CJCE du 25 avril 2002)», *LPA* 19 mai 2003, n°99, p. 9-12.

BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie, «La généalogie des rapports entre le droit communautaire et le droit privé», *in* CHALTIEL Florence (dir.), « Les 50 ans du Traité de Rome », *LPA* 2007 n° 79 (n° spécial), p. 46-53.

BERNARDEAU Ludovic, « Le droit de rétractation du consommateur, un pas de plus vers une doctrine d'ensemble. À propos de l'arrêt CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac*, Aff. C-423/97 », *JCP G* 2000, I, 168, p. 1719-1728.

BETHOUX Elodie, BRIHI Rachid, «À quoi sert le comité d'entreprise européen ?», *RDT* 2012, p. 9-16.

BIHL Luc, «Vers un droit de la consommation», *Gaz. Pal.* 14 septembre 1974, p. 2-20.

BONNARD-PLANCKE Laetitia, VERKINDT Pierre-Yves, «La lutte contre la discrimination syndicale», *Dr. soc.* 2006, p. 393-401.

BONNECHERE M., « L'ordre public en droit du travail, ou la légitime résistance du droit du travail à la flexibilité », *Dr. ouvr.* 1988, p. 171-192.

BONNIN Vincent, « La "démocratie sociale" constitutionnalisée ? », *Dr. soc.* 2014, p. 428-437.

BORE Louis, « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995, p. 267-271.

BORENFREUND Georges, SOURIAK Marie-Armelle, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Dr. soc.* 2009, p. 72-86.

BOSSU Bernard, « Harmonisation européenne et contrat de travail », *in* JAMIN Christophe, MAZEAUD Denis (dir.) *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, éd. Economica, 2001, p. 97-115.

BOUJEKA Augustin, «Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français», *D.* 2005, p. 1948-1952.

BOURGOIGNIE Thierry, «Droit et politique communautaire de la consommation: de Rome à Amsterdam», *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 1997, p. 194-210.

BROUSSY Emmanuelle, **DONNAT Francis**, **LAMBERT Christian**, **EDELMAN Bernard**, « Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social », *D.* 2009, chron. p. 1547-1551.

BUREAU Dominique, «Remarques sur la codification du droit de la consommation», *D.* 1994, p. 291-297.

BUSSANI Mauro, **MATTEI Ugo**, « Le fonds commun du droit privé européen », *RIDC* 1-2000, p. 29-48.

BUSSEUIL Guillaume, «Les acteurs ayant besoin d'un agrément», in OMARJEE Ismaël, SINOPOLI Laurence (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Paris, Dalloz, p. 161-165.

CABALLERO Francis, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD Civ.* 1985, p. 247-276.

CALAIS-AULOY Jean, « La Communauté européenne et les consommateurs » in *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 119-127.

CALAIS-AULOY Jean, « Les actions en justice des associations de consommateurs », *D.* 1988, Chron., p. 193-198.

CALAIS-AULOY Jean, « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239-254.

CALAIS-AULOY Jean, « Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel », *D.*, 2002, Chron., p. 2458-2461.

CALAIS-AULOY Jean, « Brève histoire du droit français de la consommation », in LAFOND Pierre-Claude (dir.), *En quête de justice et d'équité, Mélanges Claude Masse*, Québec, Yvon Blais, 2003, p. 260.

CANUT Florence, « Application à la RATP des dispositions relatives au temps de pause issues de la directive « temps de travail » du 4 novembre 2003 », *RDT* 2010, p. 446-447.

CAPPELLETTI Mauro, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC* 1975, p. 571-597.

CARREAU Caroline, « Publicité fautive ou de nature à induire en erreur - Publicité comparative », *Dalloz, Répertoire de droit commercial*, octobre 2004.

CAUSSE Hervé, «De la notion du consommateur», in CALAIS-AULOY Jean, CAUSSE Hervé (dir.), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Paris, Litec, 1995, p. 21-34.

CESARO Jean-François, GAUTIER Pierre-Yves, « Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009, Chron., p. 2116-2120.

CHALARON Yves, « Congés payés annuels », *Répertoire de droit du travail*, mai 2005.

CHALTIEL Florence, « La citoyenneté européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 23 (Dossier La citoyenneté), 2007, p. 64-69.

CHASSARD Yves, VENTURINI Patrick, « La dimension européenne de la protection sociale », *Dr. soc.* 1995, p. 772-778.

CHAUCHARD Jean-Pierre, « Les avatars du travail indépendant », *Dr. soc.* 2009, p. 1065.

CHAZAL Jean-Pascal, « Le consommateur existe-t-il? », *D.* 1997, p. 260-266.

CHEVALLIER Roger Michel, « Le juge français et le droit communautaire », in DONNER Andreas-Matthias, CHEVALLIER Roger Michel, WAELBROECK Michel, WOEF Karl, NERI Sergio, BRINKHORST Laurens Jan (dir.), *Le juge national et le droit communautaire*, Lyede, Sijthoff, Bruxelles, Larcier, 1966, p. 17-27.

CHEVILLARD Alain, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363-375.

CHILLON Sandie, « Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam: un droit émancipé? », *Revue Européenne de Droit de la Consommation* 1998, p. 259-275.

CHRISTIANOS Vassili, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *D.* 1993, p. 28-32.

CLARET Hélène, « Contrats et obligations. Protection du consommateur », *J.Cl. Code civil*, fascicule 10, art. 1109.

CLAVEL Sandrine, « La confiance dans les instruments internationaux et européens de droit uniforme », in BENABOU Valérie-Laure, CHAGNY Muriel (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 11-33.

CLERGERIE Jean-Louis, « L'influence du lobbying sur les institutions communautaires », in DE WALSCHE Aline (dir.), *Promenades au sein du droit européen. Mélanges en hommage à Georges Vandensanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 89-91.

COMBREXELLE Jean-Denis, « La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social : acte premier », *Dr. soc.* 2010, p. 504-506.

CONSTANTINESCO Vlad, « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen. Retour sur quelques arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes », in *La France, l'Europe, le monde*, Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier, 2008, Paris, Pedone, p. 267-280.

CORNU Gérard, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, p. 351-352.

COURSIER Philippe, « La notion de travailleur salarié en droit social communautaire », *Dr. soc.* 2003, p. 305-311.

COUTURIER Gérard, « Les relations entre employeurs et salariés en droit français » in FONTAINE Marcel, GHESTIN Jacques (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 143-164.

DAMAS Nicolas, « Validité de la clause de non-concurrence : de la contrepartie pécuniaire en particulier au contrôle de la proportionnalité en général », *LPA* 2003, n° 23, p. 16-21.

DARMAISIN Stéphane, « Le concept de transfert d'entreprise », *Dr. soc.* 1999, p. 343-350.

DAUSES Manfred, « Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *RTD eur.* 1992, p. 607-629.

DE LAFORCADE Agata, « L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice », *RTD com.* 2011, p. 711-720.

DE SCHUTTER Olivier, « Formes d'action collective en justice et dialectique entre les intérêts individuels et l'intérêt collectif » in BERN Thomas (dir.), *Le droit saisi par le collectif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 313-342.

DE SCHUTTER Olivier, « L'équilibre entre l'économique et le social dans les traités européens », *Revue Française des Affaires Sociales*, n° 1-2006, p. 131-157.

DEBUNNE Georges, « Dès la Communauté européenne du charbon et de l'acier, les syndicats s'organisent pour créer en 1973 la Confédération européenne des syndicats » in BOUAL Jean-Claude (dir.), *Vers une société civile européenne*, La Tour d'Aigues, éd. de l'aube/SECPB, 1999, p. 55-87.

DECAUX Emmanuel, EISEMANN Pierre Michel, GOESEL-LE BIHAN Valérie, STERN Brigitte, « Rapport national- France », in EISEMANN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 241-286.

DECOUX Anne-Sophie, SORDET Caroline, Entretien de Pierre CATALA, *JCP G* 2005, I, 170, p. 1739-1742.

DEFFAINS Bruno, « Nécessité économique d'une harmonisation du droit des contrats en Europe », in CABRILLAC Rémy, MAZEAUD Denis, PRÜM André (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Société de Législation Comparée, Paris, LGDJ, 2008, p. 85-96.

- DELMAS-MARTY Mireille**, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, Chron., p. 1-4.
- DELMAS-MARTY Mireille**, «Le phénomène d'harmonisation. L'expérience contemporaine», in JAMIN Christophe, MAZEAUD Denis (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 23-35.
- DELMAS-MARTY Mireille, IZORCHE Marie-Laure**, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, p. 753-780.
- DELPECH Xavier**, «Première bougie pour le régime de l'auto-entrepreneur », *D.* 2010, p. 77-78.
- DESBARATS Isabelle**, « Affaire *Baby Loup* : laïcité fragilisée ou liberté religieuse renforcée ? », *JCP S* 2013, 29, p. 11-15.
- DESPAX Michel**, « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. soc.* 1982, p. 11-19.
- DOCKES Emmanuel**, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyses juridiques et valeurs en droit social. Etudes offertes à J. Pélissier*, Paris, Dalloz, 2004, p. 203-211.
- DOCKES Emmanuel**, « Pouvoir patronal et démocratie », *Semaine sociale Lamy* 2008, n°1340 (supplément du 11/02/2008).
- DOCKES Emmanuel**, « Notion de contrat de travail », *Dr. soc.* 2011, p. 546-557.
- DONNAT Francis**, « Le droit comparé à la Cour de Justice des Communautés Européennes » in *Le dialogue des juges*, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois, Paris, Dalloz, 2009, p. 377-390.
- DONNER Andreas-Matthias**, « Droit national et droit communautaire : points de rencontre » in DONNER Andreas-Matthias, CHEVALLIER Roger Michel, WAELBROECK Michel, WOLF Karl, NERI Sergio, BRINKHORST Laurens Jan, *Le juge national et le droit communautaire*, Lyede, Sijthoff, Bruxelles, Larcier, 1966, p. 9-15.
- DORD Dominique**, « La loi du 31 janvier 2007 : avantages et inconvénients du point de vue du Parlement », *Dr. soc.* 2010, p. 507-508.
- DUBOS Olivier**, « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? », *LPA* 4 octobre 2004, n°198, p. 6-15.
- DUBOS Olivier**, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ? », *JCP G* 2006, II, 10107, p. 1295-1297.
- DUPONT Nicolas**, «Vers une dépenalisation de l'action collective des associations habilitées ? », *D.* 2010, p. 1842-1846.
- DUPUY Pierre-Marie**, « Le concept de société civile internationale, identification et genèse » in GHERARI Habib, SZUREK Sandra (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Actes du colloque des 2-3 mars 2001, Paris, LGDJ, 2003, p. 5-18.

FABRE-MAGNAN Muriel, « Le contrat de travail défini par son objet », in SUPIOT Alain (dir.), *Le travail en perspectives*, Paris, LGDJ, 1998, p. 101-124.

FAGES Bertrand, « Projet de loi de transposition de la directive du 25 mai 1999. Au retard s'ajoute le regret. », *Revue Lamy Droit civil* 2004, n°9, p. 5-10.

FALLON Marc, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Rev. Crit. DIP* 2008, p. 781-818.

FASQUELLE Daniel, « Rapport introductif » in FASQUELLE Daniel, MEUNIER Patrick (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, Paris, La Documentation française, 2002, p. 7-25.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463-480.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « La confiance légitime et l'estoppel, rapport général » in in FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Paris, Société de Législation comparée, 2007, p. 9-61.

FAVENNEC-HERY Françoise, « Restructurations : le rôle de la négociation collective », *Dr. soc.* 2004, p. 279-284.

FIESCHI-VIVET Paul, « L'impact de la Communauté Européenne sur le droit du travail français », *RJS* 1990, Chron., p. 503-507.

FIEVEE Alexandre, GROSJEAN Julien, « L'action de groupe... ou l'introduction d'une nouvelle voie de droit – Réflexions sur les travaux en cours », *CCC*, n° 12, décembre 2010, étude 14.

FONTAINE Marcel, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) » in FONTAINE Marcel, GHESTIN Jacques (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, p. 615-653.

FOURGOUX Jean-Louis, « Sur la voie de l'action de groupe : les complexités de la réparation collective », *Gaz. Pal.* 16 mai 2013 n° 136, p. 46-48.

FRIDENSON Patrick, « Approche historique de la notion de subordination » in CHAUCHARD Jean-Pierre, HARDY-DUBERNET Anne-Chantal (dir.), *Les métamorphoses de la subordination. Analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes de l'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, Rapport de recherche, Nantes, Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin, 2002, p. 41-51.

GAUDEMET-TALLON Hélène, « Droit privé et droit communautaire: quelques réflexions », *RMC* 2000, p. 228-242.

GAUDU François, « L'ordre public en droit du travail », in *Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, Mélanges offerts à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 363-377.

GENIAUT Benoît, « Le contrat de travail et la réalité », *RTD* 2013, p. 90-100.

GHESTIN Jacques, « Le nouveau Titre IV *bis* du code civil « *De la responsabilité du fait des produits défectueux* ». L'application en France de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 », *JCP G* 1998, I, 148, p. 1201-1211.

GIAUME Charles, «Le non professionnel est-il un consommateur ? Ou les problèmes de la redondance en droit de la consommation», *LPA* 23 juillet 1990, p. 25-29.

GICQUIAUD Emilie, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.* 2014 p. 267-288.

GIRERD Pascal, «Les principes d'équivalence (par rapport à la norme nationale) et d'effectivité (par éviction de la règle procédurale nationale) encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres ? », *RTD eur.* 2002, p. 75-102.

GRARD Loïc, «Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation» in FASQUELLE Daniel, MEUNIER Patrick (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives*, Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000, p. 139-165.

GRIDEL Jean-Pierre, «Remarques sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relative à la prohibition des clauses abusives», *D.* 1984, p. 153-160.

GRIGNARD Marcel, « Articulier démocratie sociale et démocratie politique », *Dr. soc.* 2010, p. 515-516.

GUINCHARD Serge, « Vingt ans après : l'évolution des sanctions de la publicité mensongère », in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, Paris, Litec, 1990, p. 11-25.

GUINCHARD Serge, « Une class action à la française ? », *D.* 2005, Chron., p. 2180-2181.

GUIOMARD Frédéric, « Quelle place faire aux actions de groupe en droit du travail ? », *RDT* 2014, p. 568-574.

HALPERIN Jean-Louis, « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997, p. 1176-1183.

HAQUET Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTD eur.* 2001, p. 305-334.

HAQUET Arnaud, « Les conditions du dialogue des juges » in BOUDON Julien (dir.), *Concurrence des contrôles et rivalité des juges*, Paris, Marc & Martin, 2012, p. 17-30.

HENNION-MOREAU Sylvie, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Dr. soc.* 2001, p. 957-966.

HESSE Philippe-Jean, « La genèse d'une loi : de la révolution industrielle à la révolution juridique », *Dr.soc.*, 1998, p. 638-643.

HEUZE Vincent, « A propos d'une « initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002, I, 152, p. 1314-1345.

HORDERN Francis, « Du louage de service au contrat de travail ou de la police au droit (XVIIIe- XXe siècle) », *Cahiers de l'Institut Régional du Travail*, n° 3, mars 1991, p. 1-127.

HORDERN Francis, « Codification ou compilation ?, Autour de la naissance du Code du travail », in LUCIANI Jean (dir.), *Histoire de l'office du travail 1890-1914*, Paris, éd. Syros, 1992, p. 247-257.

HUBER Peter, « La réforme du droit des contrats en Allemagne » in CABRILLAC Rémy, MAZEAUD Denis, PRÜM André (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain : colloque du 22 juin 2007*, Paris, Société de Législation Comparée, 2008, p. 59-73.

HUET Jérôme, «Éléments de réflexion sur le droit de la consommation», *LPA* 2001, n° 223, p. 4-11.

HUET Jérôme, « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002, p. 2611-2614.

HUET Jérôme, « Le scandale de l'harmonisation totale », *RDC* 2011, p. 1070-1078.

IDOT Laurence, «Rapport introductif» in BERGE Jean-Sylvestre, NIBOYET Marie-Laure (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 17-38.

JAMIN Christophe, «Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux» in LEWKOWICZ Grégory, XIFARAS Mikhaïl (dir.), *Repenser le contrat*, Paris, Dalloz, 2009, p. 175-220.

JAULT-SESEKE Fabienne, « L'office du juge dans l'application de la règle de conflit des lois en matière de contrat de travail », *Rev. crit. DIP*, 2005, p. 253-286

JEAMMAUD Antoine, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? » in OSMAN Filali (dir.), *Vers un Code européen de la consommation ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 35-51.

JEAMMAUD Antoine, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115-124.

JEAMMAUD Antoine, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt *Labbane* », *Dr. soc.*, 2001, p. 227-238.

JEAMMAUD Antoine, «Consentir» in SACHS Tatiana (dir.), *La volonté du salarié*, Dalloz, Paris, 2012, p. 65-101.

JEAMMAUD Antoine, LE FRIANT Martine, LYON-CAEN Antoine, «L'ordonnancement des relations du travail», *D.* 1998, p. 359-368.

JOHANSSON Anja, «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. 821-831.

JOURDAIN Patrice, « Ne pas manquer une occasion de progrès », *D.* 2003, p. 4-6.

KELLER Marianne, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques ou les vertus altruistes d'une action propre », *Dr. soc.* 2006, p. 861-868.

KELLER Marianne, « Action syndicale sur le terrain et action en justice: deux démarches complémentaires pour le syndicat », *Dr. ouvr.* 2009, p. 363-364.

KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, « La notion d'interaction en linguistique : origine, apports, bilan » in *La linguistique comme discipline en France. Langue française*, vol. 117 n°1, p. 51-67.

KERSCHEN Nicole, LEGRAND Monique, MESSU Michel (dir.), « Introduction » in KERSCHEN Nicole, LEGRAND Monique, MESSU Michel (dir.), *La symphonie discordante de l'Europe sociale*, Paris, éditions de l'Aube, 2013, p. 38-51.

KOVAR Robert, SIMON Denys, « La citoyenneté européenne », *CDE* 1993, p. 285-316.

LAGARDE Xavier, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, p. 217-224.

LANGLOIS Philippe, « La négociation collective d'entreprise : la politique communautaire », *Dr. soc.* 1990, p. 673-679.

LANGLOIS Philippe, « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Dr. soc.* 1992, p. 201-209.

LANGLOIS Philippe, « La réduction du temps du travail et la rémunération », *Dr. soc.* 1998, p. 785-792.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. soc.* 2000, p. 589-593.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Discrimination », *Répertoire de droit du travail*, janvier 2010 (mise à jour juin 2014).

LARNAUDE François, « Le Code civil et la nécessité de sa Révision », in HALPERIN Jean-Louis (dir.), *Le Code civil de 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 901-931.

LATTES Jean-Michel, « Preuve de la discrimination syndicale entraînant un retard dans le déroulement de la carrière », *D.* 2000, p. 375-376.

LAULOM Sylvaine, « La stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation ? », *RDT* 2007, p. 643-648.

LAULOM Sylvaine, MERLEY Nathalie, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219-227.

LE BAUT-FERRARESE Bernadette, « L'émergence d'un droit communautaire de la protection juridictionnelle du consommateur » in OSMAN Filali (dir.), *Vers un Code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 287-304.

LE BAUT-FERRARESE Bernadette, « Le droit communautaire au soutien du consommateur? (à propos du délai de forclusion de l'art. L. 311-37 du Code de la Consommation) », *LPA* 2001, n° 106, p. 16-22.

LE TALLEC Georges, « La Cour de Cassation et le droit communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 363-373.

LECLERC Christophe Olivier, PASQUIER Thomas, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé. 1^{ère} partie : la tentation de la dépendance économique », *RTD* 2010, p. 83-90.

LECOURT Robert, « Allocution inaugurale » in OUVRAGE COLLECTIF, *La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire*, VI^e Congrès international de droit européen du 24 au 26 mai 1973 à Luxembourg, organisé par la Fédération internationale pour le droit européen (F.I.D.E.), Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 1976, p. 1-4.

LEGEAIS Dominique, « Loi du 28 janvier 2005 de protection des consommateurs », *RTD com.* 2005, p. 398-399.

LEGRAND Pierre, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC* 1996, p. 779-812.

LEGRAND Pierre, « Le primat de la culture », in de VAREILLES-SOMMIERES Pascal (dir.), *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998, p. 1-19.

LEQUETTE Yves, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, p. 2202-2214.

LEROUGE Loïc, « L'obligation de sécurité de l'employeur en Europe », *RDT* 2008, p. 124-134.

LEROY Yann, « Age du salarié », *Répertoire du droit de travail*, juin 2013.

LHERNOULD Jean-Philippe, « Transfert d'entreprise. Etat des relations entre le droit communautaire et le Code du travail », *RJS* 2002, p. 799-806.

LHERNOULD Jean-Philippe, « Révision de la directive temps de travail : un échec... Quel échec ? », *RJS* 2009, p. 523-532.

LHERNOULD Jean-Philippe, « L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », *Dr. soc.* 2010, p. 893-901.

LIMPENS Anne, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », *RIDC*, 1967, p. 621-653.

LOCHAK Danièle, « La société civile : du concept au gadget », in CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *La société civile* (ouvrage collectif), Paris, PUF, 1986, p. 44-75.

LOCHAK Danièle, « La notion de discrimination dans le droit français et le droit européen » in TSUJIMURA Miyoko, LOCHAK Danièle (dir.), *Egalité des sexes : la discrimination positive en question. Une analyse comparative (France, Japon, Union Européenne et Etats-Unis)*, Paris, Société de législation comparée, 2006, p. 39-60.

LOKIEC Pascal, « L'accord du salarié », *Dr. soc.* 2010, p. 140-143

LUBY Monique, «Notion de consommateur: ne vous arrêtez pas à l'apparence», *CCC* 2002, Chron, n°14, p. 4-6.

LUBY Monique, « Publicité commerciale », *Dalloz, Répertoire de droit communautaire*, janvier 2005.

LUCIANI Massimo, « L'interprétation conforme et le dialogue des juges. Notes préliminaires », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, p. 695-707.

LUTZ Paul, «Les suites de la directive sur le commerce électronique : la nécessaire refonte du droit français du crédit aux consommateurs », *Revue de Droit bancaire et financier*, 2002, p. 87-91.

LYON-CAEN Antoine, « Le droit, la mobilité et les relations de travail : quelles perspectives » *RMC*, n°334, 1991, p. 108-113.

LYON-CAEN Antoine, «Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire», *Dr. soc.* 1997, p. 68-74.

LYON-CAEN Antoine, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p. 352-367.

LYON-CAEN Antoine, « La réception du droit communautaire à la lueur du droit du travail » in BERGE Jean-Sylvestre, NIBOYET Marie-Laure (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres. Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université Paris X – Nanterre, 28 janvier-1^{er} février 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 76-84.

LYON-CAEN Antoine, «Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. soc.* 2004, p. 285-289.

LYON-CAEN Gérard, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. Ouv.* 1951, p. 1-5 (réédité *Dr. Ouv.* 2004, p. 52-56).

LYON-CAEN Gérard, «Les caractères originaux du droit social européen» in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 325-338.

LYON-CAEN Gérard, « Subsidiarité et droit social européen », *Dr. soc.* 2007, p. 382-387.

MAJKOWSKA-SZULC, Sylwia, « Les effets secondaires du droit de l'Union Européenne. L'influence du droit de l'Union Européenne sur les domaines ouverts par le droit interne » in *Journées juridiques franco-polonaises : le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Paris, Mare & Martin, 2013, p. 375-392.

MAINGUY Daniel, « Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *JCP G* 2002, I, 183, p. 2109-2112.

MALAUURIE Philippe, « Le Consommateur. Rapport de synthèse, présenté au 81^e Congrès des notaires », *Defr.* 1985, 33593, p. 1040-1046.

MALAUURIE Philippe, « Le code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », colloque de Leuven, 30 novembre 1^{er} décembre 2001, *JCP G* 2002, I, 110, p. 281-285.

MALINVAUD Philippe, « Le « contenu certain » du contrat dans l'Avant-projet Chancellerie du code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », *D.* 2008, p. 2551-2552.

MANACORDA Stefano, « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal: neutralisation et obligation d'incrimination », *RSC* 2006, p. 245-274.

MARION Normand, «Le droit de la consommation et la réglementation des métiers de l'empire romain et de l'époque médiévale», in LAFOND Pierre-Claude (dir.), *En quête de justice et d'équité, Mélanges Claude Masse*, Québec, Yvon Blais, 2003, p. 147.

MARTIN Denis, « L'arrêt Mangold - Vers une hiérarchie inversée du droit à l'égalité en droit communautaire ? », *JTT* 2006, p. 109-116.

MARTIN Philippe, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *RTD eur.* 1994, p. 609-630.

MARTINEZ Jean, « Les mouvements d'extension du droit de la santé au travail », *JCP S* n°16, 14 avril 2009, 1170, p. 13-19.

MAZEAUD Antoine, « Sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise : vers une réécriture des articles L. 122-12 et L. 122-12-1 du Code du travail ? », *D.* 1998, Chron., p. 106-110.

MAZEAUD Denis, «Le juge face aux clauses abusives» in *Le juge et l'exécution du contrat, Colloque IDA Aix-en-Provence 28 mai 1993*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 23-55.

MAZEAUD Denis, « La parole est à la défense.. », *D.* 2003, Chron., p. 6-8.

MAZEAUD Denis, «L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux», in PIGNARRE Geneviève (dir.), *Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations. Rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005, p. 73-99.

MAZEAUD Denis, « Le droit européen des contrats et ses influences sur le droit français », in MÄSCH Gerald, SCHULZE Reiner (dir.), *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Munich, Sellier European Law publishers, 2009, p. 29-51.

MERCIER Samuel, « La théorie des parties prenantes : une synthèse de la littérature » in BONNAFOUS-BOUCHER Maria, PESQUEUX Yvon (dir.), *Décider avec les parties prenantes. Approches d'une nouvelle théorie de la société civile*, Paris, La Découverte, 2006, p. 157.

MERTENS Josse, « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire », *CDE* 1976, p. 135-148.

MERTENS Josse, « Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la CJCE », *CDE* 1986, p. 5-20.

MESTRE Jacques, « Des notions de consommateurs », *RTD civ.* 1989, p. 62-65.

MESTRE Jacques, FAGES Bertrand, «La résiliation unilatérale sans motif et ... sans abus», *RTD civ.* 2006, p. 314-315.

MICKLITZ Hans, «La modernisation du droit des obligations: l'intégration du droit de la consommation et l'eupéanisation», *Revue européenne de droit de la consommation* 2003, p. 3-17.

MOIZARD Nicolas, « Quelques observations sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice en matière de droit social », *D.* 2010, p. 1216-1224.

MORAND Michel, « Élément essentiel du contrat de travail, élément du contrat ? », *JCP E* 2001, p. 696-699.

MOREAU Marie-Ange, « Travail de nuit des femmes, observations sur l'arrêt de la CJCE du 25 juillet 1991 », *Dr. soc.* 1992, p. 174-183.

MOREAU Marie-Ange, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.* 2001, p. 967-976.

MOREAU Marie-Ange, « Restructurations et comité d'entreprise européen », *Dr. soc.* 2006, p. 308-313.

MOREAU Marie-Ange, LYON-CAEN Antoine, « À propos de « l'affaire Renault » » *Dr. soc.* 1997, p. 493-509.

MOREAU Yannick, « La mise en œuvre de l'article L. 1 : difficultés et perspectives. Les avis du Conseil d'État sur la loi de 2007 et sur son application », *Dr. soc.* 2010, p. 511-512.

MORGENSTERN Felice, « Du particulier au général: les limites du traitement judiciaire des questions de politique sociale », *Revue internationale du travail* 1991, p. 627-637.

MOULY Jean, « La liberté syndicale et le droit de grève : l'opposition des droits européens » in *Journées juridiques franco-polonaises : le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens*, Paris, Mare & Martin, coll. Droit public, 2013, p. 485-503.

MOULY Jean, SAVATIER Jean, « Droit disciplinaire », *Répertoire de droit du travail*, octobre 2013 (mise à jour : mars 2014)

MUIR-WATT Horatia, « Aspects économiques du droit international privé (l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions) », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, t. 307, 2004, p. 27-380.

MUIR-WATT Horatia, « Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in *Le droit international : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz 2005, p. 615-633.

MUIR WATT Horatia, « Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social », *Rev. Crit. DIP* 2008, p. 356-405.

MULLER-JACQUOT Jeanine, « La directive CEE 91/533 du 14 octobre 1991 et ses incidences sur le contrat de travail », *Dr. Ouvr.* 2000, p. 114-115.

NERON Sylvain, « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives », *RDT* 2009, p. 426-435.

NOURISSAT Cyril, « Droit communautaire et forclusion biennale : l'étrange effet utile de l'esprit de la directive « clauses abusives » ! », *D.* 2003, p. 486-490.

OGIER-BERNAUD, « Une substitution des partenaires sociaux au législateur est-elle concevable ? Remarques sur la participation des syndicats à l'élaboration des lois et des directives », *JCP G* 2004, I, 118, p. 493-498.

OMARJEE Ismaël, « Du traité de Rome au traité de Lisbonne: place de la société civile dans la construction européenne » in KERSCHEN Nicole, LEGRAND Monique, MESSU Michel (dir.), *La symphonie discordante de l'Europe sociale*, Paris, éd. de l'aube, 2013, p. 38-51.

PAISANT Gilles, « Essai sur la notion du consommateur en droit positif », *JCP G* 1993, I, 3655, p. 99-105.

PAISANT Gilles, « Le point sur les clauses abusives », in CALAIS-AULOY Jean, CAUSSE Hervé (dir.), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Paris, Litec, 1995, p. 93-106.

PAISANT Gilles, « Droit communautaire de la consommation : état, problèmes actuels, chantiers », in PAISANT Gilles, MORIN Ariane, HEINEMANN Andreas, LANGER Dirk, VIGNERON-MAGGIO-APRILE Sandra, *Le droit de la consommation dans son contexte économique*, Lausanne, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2009, p. 1-16.

PAISANT Gilles, LEVENEUR Laurent, « Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ? », *JCP G* 2002, I, 135, p. 923-925.

PANCRAZI-TIAN Marie-Eve, « L'influence du droit communautaire sur le droit français de la consommation », in BUY Michel, LEWANDOWSKI Henryk (dir.), *Influence du droit communautaire sur le droit interne : le cas de la France et de la Pologne*, Varsovie, Difin, 2003, p. 89-115.

PERREAU Étienne-Ernest-Hippolyte, « Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé », *RTD civ.* 1912, p. 609-655.

PESCATORE Pierre, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe » in OUVRAGE COLLECTIF, *La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire*, VIe Congrès international de droit européen du 24 au 26 mai 1973 à Luxembourg, organisé par la Fédération internationale pour le droit européen (F.I.D.E.), Berlin, Carl Heymanns Verlag KG, 1976, p. 9-22.

PESQUEUX Yvon, « Pour une évaluation critique de la théorie des parties prenantes », in BONNAFOUS-BOUCHER Maria, PESQUEUX Yvon (dir.), *Décider avec les parties prenantes. Approches d'une nouvelle théorie de la société civile*, Paris, La Découverte, coll. Recherches, 2006, p. 34-36.

PETIT Bruno, « Contrats et Obligations. Obligation d'information », *J.Cl. Code civil*, fascicule 50, art. 1136 à 1145.

PETTITI Christophe, « Le travail de nuit pour tous ou pour personne, réflexions sur l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 25 juillet 1991, *Gaz. Pal.* 1992, I, p. 204-206.

PICOD Fabrice, «Les fondements juridiques de la politique communautaire de protection des consommateurs», in OSMAN Filali (dir.), *Vers un Code européen de la consommation ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 73-85.

PICOD Yves, «Notion de consommateur : le critère du rapport direct appliqué à une association », *D.* 2006, p. 238-240.

PIGASSOU Paul, « L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale», *Dr. soc.* 1982, p. 578-594.

PILON Eustache, « Réforme du Code civil par voie de Révision générale. Son utilité, son opportunité, les caractères qu'elle devrait avoir», in HALPERIN Jean-Louis (dir.), *Le Code civil de 1804-1904. Livre du Centenaire*, Paris, Dalloz, 2004, p. 935-951.

PIZZIO Jean-Pierre, « L'introduction de la notion de consommateur en droit français », *D.* 1982, Chron. p. 91-98.

PIZZIO Jean-Pierre, « L'application du droit primaire» in OSMAN Filali (dir.), *Vers un Code européen de la consommation ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 87-99.

PIZZIO Jean-Pierre, « L'apport du droit communautaire à la protection contractuelle des consommateurs » in *Protection du consommateur dans l'espace européen, Droit et Patrimoine*, n° 108, 2002, p. 59-70.

PIZZIO Jean-Pierre, « Droit communautaire de la consommation et droit français de la consommation », in FASQUELLE Daniel, MEUNIER Patrick (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, Paris, La documentation française, 2002, p. 189-197.

PIZZIO Jean-Pierre, « Le droit de la consommation à l'aube du XXI^e siècle. Bilan et perspectives», in *Etudes de droit de la consommation Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 877-912.

PIZZIO Jean-Pierre, FOUCHER Patricia, «L'incidence du droit communautaire sur le droit français de la consommation», *Revue des Affaires Européennes* 1994, p. 37-43.

PIZZIO-DELAPORTE Corinne, « Libertés fondamentales et droits du salarié le rôle du juge », *Dr. soc.* 2001 p. 404-412.

POILLOT Elise, «Droit de la consommation» *Journal de droit européen* 2014, p. 297-305.

POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, «Quelles méthodes pour quelle Europe?», in POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine (dir.), *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Paris, Dalloz, 2008, p. 189-198.

POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, « Note de lecture sur l'ouvrage de Jean-Sylvestre BERGE et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen* », *RTD civ.* 2009, p. 397-401.

POTVIN-SOLIS Laurence, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in LICHÈRE François, POTVIN-SOLIS Laurence, RAYNOUARD Arnaud (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2004, p. 19-58.

PUTMAN Emmanuel, « L'incidence du droit communautaire sur le droit privé français », in BUY Michel, LEWANDOWSKI Henryk (dir.), *Influence du droit communautaire sur le droit interne : le cas de la France et de la Pologne*, Varsovie, Difin, 2003, p. 15-34.

QUESTIAUX Nicole, « La collaboration du juge administratif avec le juge international (Quelques remarques sur l'application par le Conseil d'Etat français de l'article 177 du Traité de Rome) » in *Mélanges en l'honneur du Prof. Michel Stassinopoulos*, Paris, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1974, p. 387-395.

RADÉ Christophe, « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. soc.* 2002, p. 931-938.

RADÉ Christophe, « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc.* 2013, p. 202-209.

RANGEON François, « Société civile: Histoire d'un mot », in CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *La société civile* (ouvrage collectif), Paris, PUF, 1986.

RAYMOND Guy, « Commentaire de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs », *CCC*, 1992, p. 1-10.

RAYMOND Guy, « Les contrats de consommation », in CALAIS-AULOY Jean, CAUSSE Hervé (dir.), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, Paris, Litec, 1995, p. 37-57.

REICH Norbert, « L'information des consommateurs, condition de la transparence du marché » in SERRA Yves, CALAIS-AULOY Jean (dir.), *Concurrence et consommation*, actes de colloque, Perpignan 8 et 9 octobre 1993, Paris, Dalloz, p. 23-30.

REVEY Thierry, « L'ordre public dans les relations de travail », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 43-63.

REVEY Thierry, « L'objet du contrat de travail », *Dr. soc.* 1999, p. 859-870.

ROBIN Sophie, « L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger », *Dr. soc.* 1994, p. 127-135.

ROBIN Cécile, « L'obligation d'information en droit du travail : l'exemple du bulletin de paye », *Revue de Recherche Juridique* 2004, III, p. 1975-2008.

ROBIN-OLIVIER Sophie, « La référence des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Dr. soc.* 1999, p. 609-655.

ROBIN-OLIVIER Sophie, « Les contrats à durée déterminée des "seniors" à l'épreuve du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *RDT* 2006, p. 133-134.

ROBIN-OLIVIER Sophie, « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne », *RDT* 2007, p. 89.

ROBIN-OLIVIER Sophie, « Politique sociale de l'Union Européenne. Chronique 2009-2010 », *RTD eur.* 2010, p. 673-694.

ROBIN-OLIVIER Sophie, PATAUT Etienne, « Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval) », *RDT* 2008, p. 80-88.

ROCHE-DAHAN Janick, « Le domaine d'application des lois Scrivener », *RTD com.* 1996, p. 1-30.

ROCHFELD Judith, « Reconduction des contrats- Crédits. Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur », *RTD civ.* 2005, p. 478-483.

ROCHFELD Judith, « Le statut du droit contractuel "de protection de la partie faible": entre droit contractuel, droit du marché et droits de l'homme », in *Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2007, p. 835-866.

ROCHFELD Judith, « De la "confiance" du consommateur ou du basculement d'un droit de protection de la partie faible à un droit de régulation du marché », in *Approche critique du vocabulaire juridique européen: la confiance, Chronique de droit européen et comparé n° XXI*, *LPA* 16 février 2009, n° 33, p. 7-11.

ROCHFELD Judith, « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale. La nouvelle répartition des compétences communautaire et interne. A propos de l'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 », *D.* 2009, p. 2047-2052.

ROCHFELD Judith, JEULAND Emmanuel, « Introduction » in **ROCHFELD Judith, JEULAND Emmanuel** (dir.), *Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe*, Paris, Editions Juridiques et Techniques, Collection Droit et Procédures, 2005.

RODIERE Pierre, « Construction européenne et droit du travail » in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, p. 33-49.

RODIERE Pierre, « Droit social : famille et égalité de traitement », *RTD eur.* 1989, p. 297-312.

RODIERE Pierre, « Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ? », *Dr. soc.* 2007, p. 1015-1025.

ROZEZ Sophie, « Les organisations syndicales de salariés », in **OMARJEE Ismaël, SINOPOLI Laurence** (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Paris, Dalloz, 2014, p. 144-151.

SANTA-CROCE Muriel, « Contrats internationaux - Domaine de la loi du contrat - Exécution du contrat par équivalent - Extinction des obligations - Prescriptions et délais », *J.Cl. Code Civil*, 1^{er} Mars 2008, Art. 1134 et 1135.

SAUPHANOR-BROUILAUD Natacha, « Clauses abusives », *Répertoire de droit commercial*, juin 2014.

SAURON Jean-Luc, « Les réseaux d'administrations communautaires et nationales » in **AUBY Jean-Bernard, DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline** (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 283-297.

SAUVE Jean-Marc, « La place des partenaires sociaux dans l'élaboration des réformes », *Dr. soc.* 2010, p. 489-532.

SAVATIER Jean, « Travail de nuit des femmes et droit communautaire », *Dr. soc.* 1990, p. 466-470.

SCHMITT Mélanie, « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. soc.* 2010, p. 682-695.

SCHMITT Mélanie, « Nouvelles décisions de la Cour de justice sur la discrimination liée à l'âge : un pas en avant, deux pas en arrière », *RDT* 2010, p. 237-239.

SCHMITT Mélanie, « L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi », *RDT* 2014, p. 454-462.

SCHULTE-NÖLKE Hans, « La formation du contrat en droit communautaire. Du cadre commun de référence au " bouton bleu" », in CABRILLAC Rémy, MAZEAUD Denis, PRÜM André (dir.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Paris, Société de Législation Comparée, LGDJ, 2008, p. 125-146.

SCHWARTZ Ivo, « Voies d'uniformisation du droit dans la Communauté européenne: règlements de la Communauté ou conventions entre les états membres? », *Clunet*, n°4, 1978, p. 751-804.

SCHWARTZ René (entretien), « La laïcité paradoxalement consacrée », *Semaine sociale Lamy* 2013, n° 1577, p. 8-9.

SERVERIN Evelyne, « Introduction. Une enquête juridique sur la place du collectif dans la justice contemporaine » in OMARJEE Ismaël, SINOPOLI Laurence (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, p. 3-12.

SERVET Jean-Michel, « Le chapeau » in BERNOUX Philippe, SERVET Jean-Michel (dir.), *La construction sociale de la confiance*, Paris, Montchrestien, 1997, p. 17-38.

SILHOL Bruno, « Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 931-938.

SIMON Denys, « Directive », *Répertoire de droit européen*, décembre 1998 (mise à jour : mars 2012).

SINOPOLI Laurence, « Class actions en France », *Contratto e Impresa/ Europa* n°2/2011, p. 477-494.

SINOPOLI Laurence, PIETRINI Silvia, DEBOURG Claire, THEOCHARIDI Eva, « Collection des actions et renforcement des effets des décisions » in SINOPOLI Laurence, OMARJEE Ismaël (dir.), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Paris, Dalloz, 2014, p.21-133.

SOLEIL Sylvain, « Le succès des modèles juridiques français dans le monde au XIX^e siècle. Retour sur quatre clefs d'explication » in *Journées juridiques francopolonaises*.

Le jeu des influences croisées du droit français, du droit européen et du droit des autres pays européens (ouvrage collectif), Paris, mare & martin, 2013, p. 557-594.

SOLDATOS Panayotis, VANDERSANDEN Georges, « La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations dans le cadre de la Communauté économique européenne », in DE RIPAINSEL-LANDY Denise, GERARD Alain, LIMPENS-MEINERTZHAGEN Anne, LOUIS Jean-Victor, SOLDATOS Panayotis, VANDER ELST Raymond, VANDERSANDEN Georges, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1976, p. 95-151.

SOULIER Gérard, «Droit harmonisé, droit uniforme, droit commun?» in SIMON Denys (dir.), *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, 2003, p. 57-80.

STEINMETZ Frank, «Le droit de la Consommation .. peut mieux faire», in LAFOND Pierre-Claude (dir.), *En quête de justice et d'équité, Mélanges Claude Masse*, Québec, éd. Yvon Blais, 2003, p. 1050.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « LCEN. La réforme des contrats du commerce électronique », *Communication Commerce électronique* n° 9, Septembre 2004, étude 30.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « La codification du droit de la consommation », in *Mélanges Jean-Louis Baudoin*, Québec, éd. Y. Blais, 2012, p. 1269-1295.

SUPIOT Alain, «Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt *Stoeckel*)», *Dr. soc.* 1992, p. 382-385.

SUPIOT Alain, « Temps de travail : pour une corcondance des temps », *Dr. soc.* 1995, p. 945-954.

SUPIOT Alain, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.* 2000, p. 131-145.

SZUREK Sandra, « La société civile internationale et l'élaboration du droit international » in GHERARI Habib, SZUREK Sandra (dir.), *L'émergence de la société civile internationale. Vers la privatisation du droit international ?*, Actes du colloque des 2-3 mars 2001, Paris, LGDJ, 2003, p. 49-75.

TEMPLE Henri, «Le droit de la consommation, est-il subversif?», in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1067-1091.

TERCIER Pierre, « La perméabilité des ordres juridiques », in OUVRAGE COLLECTIF *Perméabilité des ordres juridiques*, Institut Suisse de droit comparé, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992, p. 11-30.

TEYSSIE Bernard, « Association Villermé, la loi Madelin et le Code du travail : à contre-courant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet », *Dr. soc.* 1994, p. 673.

TEYSSIE Bernard, « Sur un fragment de la loi n° 94-126 du 11 février 1994. Commentaire de l'art. L. 120-3 C. trav. », *Dr. soc.* 1994, p. 667-672.

TEYSSIE Bernard, «La négociation collective et la norme communautaire dans l'accord européen sur la politique sociale», *JCP E*, 1994, I, p. 215-222.

TEYSSIE Bernard, « Le comité d'entreprise européen. (Directive n° 94/45 du 22 septembre 1994) », *JCP E*, 1995, 416, p. 1-16.

TEYSSIE Bernard, « A propos de l'information du comité d'entreprise européen sur un projet de fusion », *JCP S* 2006, 1969, p. 32-34.

TEYSSIE Bernard, « Un nouveau droit de la relation de travail ? », *Dr. soc.* 2008, p. 623-625.

THEOCHARIDI Eva, « Réflexions sur le rapprochement des droits à partir de la directive 99/44/CE », in ROBIN-OLIVIER Sophie & FASQUELLE Daniel (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 333-342.

THIERIET-DUQUESNE Aurélie, « Les limites de l'harmonisation totale » in *Approche critique du vocabulaire juridique européen: l'harmonisation totale, Chronique de droit européen et comparé n° XXIII*, LPA 27 avril 2009, n° 83, p. 9-13.

TISSANDIER Hélène, « Du sens des mots pour éclairer le sens de la réforme » in Marie-Armelle SOURIAC, Antoine LYON-CAEN, Georges BORENFREUND, Isabelle VACARIE (dir.), *La négociation collective à l'heure des révisions*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2005, p. 109-115.

TISSEYRE Sandrine, « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », *D.* 2011, p. 2245-2249.

TOURNAFOND Olivier, « Remarques critiques sur la directive européenne du 25 mai 1999 relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *D.* 2000, Chron. p. 159-162.

TOURNAFOND Olivier, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil », *D.* 2002, Chron. p. 2883-2889.

TOURNAFOND Olivier, « Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des consommateurs. Article de foi ou réalisme législatif ? » *D.* 2003, Chron., p. 427-429.

URBAN Quentin, « La "communauté d'intérêts", un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés », *RTD com.* 2000, p. 1-25.

VAN GERVEN Walter, « L'harmonisation du droit des contrats en Europe. Rapport introductif », in JAMIN Christophe, MAZEAUD Denis (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 3-8.

VAN RAEPENBUSCH Sean, « Tendances récentes de la jurisprudence sociale de la Cour de Justice des Communautés Européennes (1998-2003) » *Dr. soc.* 2003, p. 859-878.

VANDAMME François, « L'information et la consultation des travailleurs dans la proposition de directive sur les entreprises à structure complexe, en particulier transnationale », *RMC* 1981, p. 368-378.

VANDER ELST Raymond, « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre juridique de la Communauté économique européenne » in DE RIPAINSEL-LANDY Denise, GERARD Alain, LIMPENS-

MEINERTZHAGEN Anne, LOUIS Jean-Victor, SOLDATOS Panayotis, VANDER ELST Raymond, VANDERSANDEN Georges, *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, éd. de l'Université de Bruxelles, 1976, p. 1-14.

VATINET Raymonde, « Les principes mis en œuvre par la jurisprudence relative aux clauses de non-concurrence en droit du travail », *Dr. soc.* 1998, p. 534-546.

VERGE Pierre, « L'action d'intérêt collectif », *Les cahiers de Droit*, vol. 25, 1984, p. 553-578.

VERICEL Marc, « Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification du salarié (loi n° 94-126 du 11 février 1994) », *ALD*, n° 7, 13 avril 1995, p. 54-58.

VERKINDT Pierre-Yves, « L'article L. 1 du Code du travail au miroir des exigences de la démocratie sociale », *Dr. soc.* 2010, p. 519-522.

VIGNAL Nancy, « L'influence du droit communautaire sur le droit français en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes », in BUY Michel, LEWANDOWSKI Henryk (dir.), *Influence du droit communautaire sur le droit interne : le cas de la France et de la Pologne*, Varsovie, Difin, 2003, p. 389-402.

VIGNEAU Christophe, « Etude sur l'autonomie collective au niveau européen », *RTD eur.* 2002, p. 653-683.

VINEY Geneviève, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *D.* 1998, Chron. p. 291-299.

VINEY Geneviève, « L'interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP G*, 2002, I, 177, 1945-1948.

VINEY Geneviève, « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », *JCP G* 2002, I, 158, p. 1497-1501.

VINEY Geneviève, « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *D.* 2002, Chron. p. 3162-3163.

VINEY Geneviève, « L'apport du droit communautaire au droit français de la responsabilité civile », *Liber Amicorum Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p.1135-1150.

WAQUET Philippe, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 1996, p. 791-798.

WAQUET Philippe, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *Dr. soc.* 2000, p. 1051-1058.

WITZ Claude, « Rapport de synthèse » in JAMIN Christophe, MAZEAUD Denis (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 161-173.

WITZ Claude, RANIERI Filippo (dir.), *La Réforme du droit allemand des obligations, Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, Société de Législation comparée, Paris, 2004.

En langue étrangère:

BERMEO Nancy, "Civil society after democracy: some conclusions" in BERMEO Nancy, NORD Philip (eds.), *Civil Society before democracy. Lessons from Nineteenth-Century Europe*, Oxford-New York, Rowman & Littlefield Publishers, 2000, p. 237-244.

BLACK Julia, "Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a Post-Regulatory World", *Current Legal Problems*, vol. 54, 2001, p. 103-146.

CANARIS Claus-Wilhelm, « Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen », *JZ*, 2001, p. 499-524.

CARTWRIGHT John, « Protecting legitimate expectations and estoppel : english law » in FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, Paris, Société de Législation comparée, 2007, p. 321-348.

DAUNER-LIEB Barbara, « Die geplante Schuldrechtsmodernisierung- Durchbruch oder Schnellschuß? » *JZ* 2001, p. 8-18.

FOX Hazel, GARDNER Piers, WICKREMASINGHE Chanaka, « The reception of European Community law into domestic law », in EISEMANN Pierre Michel (dir.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national. Etude de la pratique en Europe*, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 27-38.

FREDMAN Sandra, « Affirmative action and the European Court of Justice: a critical analysis » in SHAW Jo (dir.), *Social Law and Policy in an evolving European Union*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2007, p. 171-195.

GOOD David, « Individuals, Interpersonnal Relations and Trust », in DIEGO Gambetta (dir.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, édition électronique, Oxford, Département de Sociologie, Université d'Oxford, 2000.

HÉRITIER Adrienne, "New Modes of Governance in Europe: Policy Making Without Legislating?" in HÉRITIER Adrienne (ed.) *Common Goods: Reinventing European and International Governance*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2002, p. 185-206.

HERZOG Roman, GERKEN Lüder, « Stoppt den Europäischen Gerichtshof », *FAZ*, 8 sept. 2008, cité par WALTUCH Jonathan, « La guerre des juges n'aura pas lieu », *RTD eur.* 2011, p. 329-360.

HÜMMERICH Klaus, HOLTHAUSEN Joachim, « Der Arbeitnehmer als Verbraucher », *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2002, p. 173-181.

KENNER Jeff, « The EC Employment Title and the "Third Way: Making Soft Law Work?" » *IJCLLIR*, 1999, Volume 15/1, p. 33-60.

KERBER Wolfgang, “Interjurisdictional Competition within the European Union”, *Fordham International Law Journal*, vol. 23, 2000, p. 217-249.

KOUKIADIS Dimitrios, « Το μέλλον των εργασιακών σχέσεων στην Ευρωπαϊκή Ένωση υπό το πρίσμα και του Ευρωπαϊκού Συντάγματος » (« L’avenir des relations de travail dans l’Union Européenne sous le prisme de la Constitution Européenne »), *EErgD* 2005, p. 390.

MÜLLER-GRAFF Peter-Christian, « Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht », *Neue Juristische Wochenschrift* 1993, p. 13-23.

REICH Norbert, « European Consumer Law and its Relationship to Private Law », *European Review of Private Law*, n° 3, 1995, p. 285-291.

SNYDER Francis, « The EUI Law Department and the Europeanisation of law : an introduction » in SNYDER Francis (ed.), *The Europeanisation of law : the legal effects of european intégration*, Oxford-Portland, Hart publishing, 2000, p. 1-11.

SNYDER Francis, «The Effectiveness of European Community Law» *Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 19-56.

SPYROPOULOS Georgios, « Η ευρωπαϊκή εμπειρία στο χώρο των συλλογικών διαπραγματεύσεων » (« L’expérience européenne en matière de négociations collectives »), *EErgD* 1996, p. 289.

SPYROPOULOS Georgios, « Ο ρόλος του κοινωνικού διαλόγου και των συλλογικών διαπραγματεύσεων στην ολοκλήρωση της Κοινωνικής Ευρώπης » («Le rôle du dialogue social et des négociations collectives dans l’aboutissement de l’Europe sociale »), *EErgD* 1993, p. 435.

STAUDENMAYER Dirk, « European Contract Law – What Does it mean and what it does not mean? » in VOGENAUER Stefan, WEATHERILL Stephen (eds), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 235-244.

STEINDORFF Ernst, « Privatrecht und Europäischer Binnenmarkt » in BÜRGEMEIER Gert (dir.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 131-148.

THÉOCHARIDI Eva, ROCCATI Marjolaine, « The choice of normative instruments for the implementation of EU law », disponible sur internet <http://cejec.u-paris10.fr/wp-content/uploads/2010/07/choice-normative-instruments-implementation-eu-law-theocharidi-roccati1.pdf> (consulté le 19.10.2014).

TRUBEK David M., TRUBEK Louise G., « Hard law and soft law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination », *ELJ*, Vol. 11, 2005, p. 343-364.

VALTOUDIS, Anastasios, « Κοινοτική Οδηγία και αυστηρότερο δίκαιο (Με αφορμή τις αποφάσεις του ΔΕΚ C-154/00, C-52/00 και C-183/00) » (« Directive Communautaire

et droit national plus stricte (à l'occasion des arrêts de la CJCE C-154/00, C-52/00 et C-183/00) », *Ελληνική Επιθεωρήση Ευρωπαϊκού Δικαίου (Revue hellénique de Droit Européen)*, 2002, p. 817-862.

WAINWRIGHT Richard, «Use of the comparative law method in european law» in François R. van der MENSBRUGGHE (dir.), *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, Namur, Presses Universitaires de Namur, 2003, p. 98-108.

WELLENS Karel C, BORCHART Gustaaf M., «Soft Law in EC Law», *ELR* 1989, p. 267-321.

YANNAKOUROU Stamatina, «Η επίδραση της Ευρωπαϊκής Στρατηγικής για την απασχόληση στην εξέλιξη του Εργατικού Δικαίου» (L'influence de la Stratégie Européenne pour l'emploi sur l'évolution du Droit du Travail), *EErgD*, 2005, p. 193.

ZIMMERMANN Reinhard, «Contract Law Reform: The German Experience» in VOGENAUER Stefan, WEATHERILL Stephen (dir.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 71-87.

ZORBAS Georgios, «Ο ρόλος των κοινωνικών εταίρων στο κοινοτικό επίπεδο και οι νέες διαδικασίες που θεσπίστηκαν με τη συμφωνία για την κοινωνική πολιτική» («Le rôle des partenaires sociaux au niveau européen et les nouvelles procédures introduites par l'accord sur la politique sociale»), *EErgD*, 1995, p. 193.

INTERVENTIONS ORALES, EXPOSÉS, RAPPORTS

En langue française:

ANTONMATTEI Paul-Henri, SCIBERRAS Jean-Christophe, *Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?*, Rapport à M. le Ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité, novembre 2008.

AUBERT DE VINCELLES Carole, DANIS-FATOME Anne, DESHAYES Olivier, USUNIER Laurence, *Réponse au Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises du 1er juillet 2010*, SLC, coll. Trans Europe Experts.

CALAIS-AULOY Jean, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation, Rapport de la commission de refonte du droit de la consommation*, Paris, La Documentation française, 1985.

CHASSARD Yves (dir.) *Les conditions du licenciement collectif pour motif économique. Comparaison entre sept pays d'Europe*, Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, Mai 2002.

CHATEL Luc, *De la conso méfiance à la conso confiance*, Rapport au Premier Ministre de la mission parlementaire auprès du Secrétaire d'Etat aux petites et moyennes entreprises, au commerce, à l'artisanat, aux professions libérales et à la

consommation sur «l'information, la représentation et la protection du consommateur », 9 juillet 2003.

CHAUCHARD Jean-Pierre, HARDY-DUBERNET Anne-Chantal (dir.), *La subordination dans le travail. Analyse juridique et sociologique de l'évolution des formes d'autonomie et de contrôle dans la relation de travail*, Rapport rédigé pour le Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité, Paris, La Documentation française, 2003.

CHERTIER Dominique-Jean, *Pour une modernisation du dialogue social*, Rapport au Premier Ministre du 31 mars 2006, Paris, La Documentation française, 2006.

COUR DE CASSATION, *Le droit de savoir*, Rapport annuel 2010, avant-propos A. Lepage, Paris, La documentation française, 2011.

KOK Wim (dir.), *Relever le défi. La Stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi*, Rapport présenté à la Commission européenne, novembre 2004

LACABARATS Alain, *L'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXIème siècle*, Rapport à Madame la Garde des Sceaux, ministre de la Justice, juillet 2014.

PIETRO Catherine (dir.), *Cohérence européenne des recours collectifs*, Réponse à la consultation publique de la Commission européenne SEC(2011), SLC, coll. Trans Europe Experts.

REDING Viviane, « The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », discours inaugural à la conférence "Towards a European Contract Law" co-organisé par le Centre d'Etudes de Droit de la Consommation de l'Université catholique de Louvain et le Centre de Droit Privé Européen de l'Université de Münster, Louvain, 3 juin 2011.

ROBERT Jean-Jacques, Rapport fait au nom de la commission des Affaires économiques du Sénat sur le projet relatif au Code de la consommation (partie législative), doc. n° 312.

SENAT, *La négociation collective*, document de travail, Série de législation comparée, n° LC 88 du 23 mars 2001).

SENAT, Rapport n° 345 (2002-2003) fait au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, pour la confiance dans l'économie numérique, par MM. Pierre HERISSON et Bruno Sido, 11 juin 2003.

SENAT, Rapport d'Information n°2099 du 25 novembre 2009 fait au nom de la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, présidée par Mme Marietta Karamanli sur les droits des consommateurs.

SCHULTE-NÖLKE Hans, TWIGG-FLESNER Christian, EBERS Martin (dir.), *Compendium CE de Droit de la consommation. Analyse comparative*, Université de Bielefeld, avril 2007.

SUPIOT Alain, *Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe*, Rapport pour la Commission des Communautés Européennes, janvier 1992.

En langue étrangère:

SCIARRA Silvana, *The evolution of labour law (1992-2003), Volume 1, General Report*, Rapport pour la Commission Européenne, département d'Emploi et d'affaires sociales, juin 2005.

TRUBEK David M., COTTRELL Patrick, NANCE Mark, « "Soft Law ", "Hard Law", and European Integration: Toward a Theory of Hybridity », Legal Studies Research Paper Series, Paper n° 1002, novembre 2005.

YANNAKOUROU Stamatina, « The evolution of employment law in the European Union from 1992 to 2003. », Country study on Greece (final report), Leiden European Conference on Labour Law in Europe: steps towards 2010, Leiden, 30 septembre et 1er octobre 2004 (dans le cadre de la présidence hollandaise).

TEXTES

Internes :

Loi du 22 mars 1841, ayant comme objectif de protéger les enfants de moins de seize ans travaillant dans les manufactures,

http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/loi_22_mars_1841-2.pdf (consulté le 20 septembre 2014)

Loi du 2 novembre 1892 concernant la durée de travail des femmes,

http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Loi_du_2_novembre_1892.pdf (consulté le 20 septembre 2014).

Loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail, *Bulletin de l'Inspection du travail*, n°2, 1898.

Loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, *JO* du 5 août 1905, p. 4813.

Loi du 13 juillet 1906 établissant le repos hebdomadaire en faveur des employés et ouvriers, *JO* du 14 juillet 1906, p. 4831.

Ordonnance n°45-280 du 22 février 1945 relative à l'institution de comités d'entreprises, *JO* du 23 février 1945 p. 954.

Ordonnance n°45-1030 du 24 mai 1945 relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi, *JO* du 25 mai 1945 p. 2970.

Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JO* du 8 juillet 1945, p. 4150.

Loi n° 46-2924 du 23 décembre 1946 relative aux conventions collectives de travail, *JO* du 25 décembre 1946, p. 10932.

Loi n° 50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, *JO* du 12 février 1950, p. 1688.

Loi n° 56-416 du 27 avril 1956 relative aux libertés syndicales, *JO* du 28 avril 1956, p. 4080.

Loi de finances n°63-628 du 2 juillet 1963 rectificative pour 1963, portant maintien de la stabilité économique et financière, *JO* du 3 juillet 1963 p. 5915.

Loi n° 70-7 du 2 janvier 1970 portant réforme du salaire minimum garanti et création d'un salaire minimum de croissance, *JO* du 4 janvier 1970, p. 141.

Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, *JO* du 23 décembre 1972, p. 13348.

Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, *JO* du 30 décembre 1973, p. 14139.

Loi n°73-1194 du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail, *JO* du 30 décembre 1973, p. 14145.

Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, *JO* du 11 janvier 1978, p. 301.

Ordonnance n° 82-41 du 16 janvier 1982 relative à la durée du travail et aux congés payés, *JO* du 17 janvier 1982, p. 295.

Ordonnance n° 82-131 du 5 février 1982 modifiant certaines dispositions du code du travail relatives au travail temporaire, *JO* du 6 février 1982, p. 485.

Loi n°82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise, *JO* du 6 août 1982, p. 2518.

Loi n° 32-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (2^{ème} loi Auroux), *JO* du 29 octobre 1982, p. 3255.

Loi n° 83-528 du 29 juin 1983 portant mise en œuvre de la directive du Conseil des Communautés européennes n° 77/87/CEE du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *JO* du 29 juin 1983, p. 1943.

Loi n° 86-18 du 6 janvier 1986, relative aux sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé, *JO* n°0006 du 8 janvier 1986 p. 382.

Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, *JO* du 9 décembre 1986, p. 14773.

Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, *JO* du 6 janvier 1988 p. 219.

Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, *JO* n°170017 du 21 janvier 1992 p. 968.

Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage, *JO* du 1^{er} janvier 1993, p. 19.

Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation (partie Législative), *JO* n°171 du 27 juillet 1993, p. 10538.

Loi n° 93-1313 quinquennale du 20 décembre 1993 quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, *JO* du 21 décembre 1993, p. 17769.

Loi n°94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, *JO* n°37 du 13 février 1994, p. 2493.

Décret n°94-761 du 31 août 1994 portant transposition de la directive no 91/533/C.E.E. du Conseil des communautés européennes du 14 octobre 1991 relative à l'obligation pour l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail et modifiant le code du travail, *JO* n° 203 du 2 septembre 1994, p. 12731.

Loi n° 95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, *JO* n°28 du 2 février 1995, p. 1755.

Décret n°97-298 du 27 mars 1997 relatif au Code de la consommation (partie réglementaire), *JO* n°78 du 3 avril 1997, p. 5123.

Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *JO* n°117 du 21 mai 1998, p. 7744.

Loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail (dite loi Aubry I), *JO* n°136 du 14 juin 1998, p. 9029.

Loi du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, *JO* n°16 du 20 janvier 2000, p. 975.

Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *JO* n°108 du 10 mai 2001 p. 7320.

Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JO* n°267 du 17 novembre 2001, p. 18311.

Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, *JO* n°288 du 12 décembre 2001, p. 19703.

Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* du 18 janvier 2002, p. 1008.

Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003 portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, *JO* du 4 janvier 2003, p. 255.

Loi « Fillon », n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, *JO* n°105 du 5 mai 2004, p. 7983.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* n°0143 du 22 juin 2004, p. 11168.

Loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, *JO* n°26 du 1^{er} février 2005, p. 1648.

Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, *JO* n°41 du 18 février 2005 p. 2778.

Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *JO* n°27 du 1^{er} février 2007, p. 1944.

Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite « Loi Chatel II », *JO* n°0003 du 4 janvier 2008, p. 258.

Loi n° 2008-89 du 30 janvier 2008 relative à la mise en œuvre des dispositions communautaires concernant le statut de la société coopérative européenne et la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *JO* n°0026 du 31 janvier 2008, p. 1808.

Loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, *JO* n°0148 du 26 juin 2008 p. 10224.

Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, *JO* n°0141 du 18 juin 2008, p. 9856.

Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, *JO* n° 0138 du 16 juin 2013, p. 9958.

Proposition de loi visant à instaurer un recours collectif en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, déposée au Sénat le 25 juillet 2013, texte n° 811.

Proposition de loi instaurant une action de groupe en matière de discrimination et de lutte contre les inégalités, déposée à l'Assemblée nationale le 14 janvier 2014, texte n° 1699.

Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JO* n°0065 du 18 mars 2014, p. 5400.

Décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation, *JO* du 19 septembre 2014, p. 49.

Européens :

REGLEMENTS

Règlement (CEE) n° 1408/71, du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, *JOCE L 149* du 5.7.1971, p. 2-50.

Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE L 012* du 16.01.2001 p. 1 - 23.

Règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE), *JOCE L 294* du 10.11.2001, p. 1-21.

Règlement (CE) n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), *JOCE L 207* du 18.8.2003, p. 1-24.

Règlement (CE) n° 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, *JOCE L 143* du 30.4.2004, p. 15-39.

Règlement (CE) n° 1907/2006 du 18 décembre 2006, concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques, *JOCE L 396* du 30.12.2006, p. 1-849.

Règlement (UE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *JOCE L 177* du 4.7.2008, p. 6-16.

Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOUE L 351* du 20.12.2012, p. 1-32.

Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *JOUE L 257* du 28.8.2014, p. 73-114.

DIRECTIVES

Directive 75/117/CEE, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins, *JOCE L 5* du 19.2.1975, p. 19-20.

Directive 75/129/CEE du 17 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE* L 48 du 22.02.1975, p. 29 – 30.

Directive 76/207/CEE, 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, *JOCE* L 39 du 14.2.1976, p. 40–42.

Directive 77/187/CEE du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *JOCE* L 61 du 5.3.1977, p. 26–28.

Directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur *JOCE* L 283 du 28.10.1980, p. 23–27.

Directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse, *JOCE* L 250 du 19.9.1984, p. 17–20.

Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JOCE* L 210 du 7.8.1985, p. 29–33.

Directive 85/577/CE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, *JOCE* L 372 du 31.12.1985 p. 31 – 33.

Directive 89/391/CEE du 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, *JOCE* L 183 du 29.6.1989, p. 1–8.

Directive 89/552/CEE, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE* L 298 du 17.10.1989, p. 23–30.

Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, *JOCE* L 288 du 18.10.1991, p. 32–35.

Directive 92/56/CEE du 24 juin 1992, modifiant la directive 75/129/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE* L 245 du 26.8.1992, p. 3–5.

Directive 93/12/CEE du 23 mars 1993, concernant la teneur en soufre de certains combustibles liquides, *JOCE* L 74 du 27.3.1993, p. 81–83.

Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JOCE L* 095 du 21.04.1993 p. 29 – 34.

Directive 93/104/CE du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *JOCE L* 307 du 13.12.1993, p. 18–24.

Directive 94/45/CE 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, *JOCE L* 254 du 30.09.1994 p. 64 –72.

Directive 94/47/CE du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, *JOCE L* 280 du 29.10.1994, p. 83–87.

Directive 96/34/CE du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOCE L* 145 du 19.6.1996, p. 4–9.

Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOCE L* 018 du 21.01.1997 p. 1 – 6.

Directive 97/7/CEE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *JOCE L* 144 du 4.6.1997, p. 19–27.

Directive 97/55/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse, *JOCE L* 290 du 23.10.1997, p. 18–22.

Directives 97/75/CE du 15 décembre 1997 modifiant et étendant au Royaume-Uni la directive 96/34/CE concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOCE L* 010 du 16.01.1998 p. 24 – 24.

Directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe, *JOCE L* 14 du 20.1.1998, p. 6–8.

Directive 97/81/CE du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOCE L* du 14, 20.1.1998, p. 9–14.

Directive 98/6/CE du 16 février 1998 relative à la protection des consommateurs en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs, *JOCE L* 80 du 18.3.1998, p. 27–31.

Directive 98/23/CE du 7 avril 1998 étendant au Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord la directive 97/81/CE concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, *JOCE L* 131 du 05.05.1998, p. 10.

Directive 98/27/CE du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *JOCE L* 166 du 11.6.1998, p. 51–55.

Directive 98/50/CE du 29 juin 1998 modifiant la directive 77/187/CEE concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, *JOCE* L 201 du 17.7.1998, p. 88–92.

Directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, *JOCE* L 225 du 12.8.1998, p. 16-21.

Directive 99/44/CE du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, *JOCE* L 171 du 7.7.1999, p. 12–16.

Directive 99/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, *JOCE* L 175 du 10.07.1999 p. 43 – 48.

Directive 2000/13/CE du 20 mars 2000 relative au rapprochement des législations des États membres concernant l'étiquetage et la présentation des denrées alimentaires ainsi que la publicité faite à leur égard, *JOCE* L 109 du 6.5.2000, p. 29–42.

Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *JOCE* L 178 du 17.7.2000, p. 1–16.

Directive 2000/34/CE du 22 juin 2000 modifiant la directive 93/104/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail afin de couvrir les secteurs et activités exclus de ladite directive, *JOCE* L 195 du 1.8.2000, p. 41–45.

Directive 2000/78/CE, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *JOCE* L 303 du 2.12.2000, p. 16–22.

Directive 2001/23/CE du 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* L 82 du 22.3.2001, p. 16–20.

Directive 2001/37/CE du 5 juin 2001 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac, *JOCE* L 194 du 18.7.2001, p. 26–35

Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE* L 294 du 10.11.2001, p. 22–32.

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, *JOCE* L 80 du 23.3.2002, p. 29–34.

Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, et modifiant les directives 90/619/CEE du Conseil, 97/7/CE et 98/27/CE, *JOCE* L 271 du 9.10.2002, p. 16–24.

Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 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, *JOCE* L 269 du 5.10.2002, p. 15–20.

Directive 2002/74/CE du 23 septembre 2002 modifiant la directive 80/987/CEE du Conseil du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *JOCE* L 270 du 8.10.2002, p. 10–13.

Directive 2003/72/CE du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs, *JOCE* L 207 du 18.8.2003, p. 25–36.

Directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail codifiant la directive 2000/34/CE modifiant la directive 93/104/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail afin de couvrir les secteurs et activités exclus de ladite directive, *JOCE* L 299 du 18.11.2003, p. 9–19.

Directive 2004/38/CE du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, *JOCE* L 158 du 30.4.2004, p. 77–123.

Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»), *JOCE* L 149 du 11.6.2005, p. 22–39.

Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 portant refonte de la directive 76/207/CEE, 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, *JOCE* L 204 du 26.7.2006, p. 23–36.

Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *JOCE* L 376 du 27.12.2006, p. 36–68.

Directive 2007/65/CE du 11 décembre 2007 modifiant la directive 89/552/CE, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, *JOCE* L 332 du 18.12.2007, p. 27–45.

Directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, *JOCE* L 133 du 22.5.2008, p. 66–92.

Directive 2008/94/CE du 22 octobre 2008 relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur consolidant la directive 80/987/CEE du Conseil du 20 octobre 1980 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, *JOCE* L 283 du 28.10.2008, p. 36–42.

Directive 2008/122/CE du 14 janvier 2009 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange, *JOCE* L 33 du 3.2.2009, p. 10–30.

Directive 2009/22/CE du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, *JOCE* L 242 du 1.5.2009, p. 30–36.

Directive 2009/38/CE du 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 (refonte), *JOCE* L 122 du 16.5.2009, p. 28–44.

Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE, *JOUE* L 68 du 18.3.2010, p. 13–20.

Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* L 304 du 22.11.2011, p. 64–88.

Directive 2014/54/UE du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, *JOUE* L 128 du 30.4.2014, p. 8–14.

Directive 2014/17/UE, du 4 février 2014 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel et modifiant les directives 2008/48/CE et 2013/36/UE et le règlement (UE) n° 1093/2010, *JOUE* L 60/34 du 28.2.2014, p. 34–85.

Textes préparatoires des institutions européennes :

COMMISSION EUROPEENNE

PROPOSITIONS DE DIRECTIVE OU DE REGLEMENT :

Proposition modifiée de directive sur les licenciements collectifs, exposé des motifs, COM (73) 1980 du 26 novembre 1973.

Proposition de directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, Exposé des motifs, COM (76) 372 final du 23 juillet 1976, *JOCE C 241 du 14.10.1976, p. 9-12.*

Proposition de directive concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, COM (76) 544 final du 12 janvier 1977, *JOCE C 22 du 29.1.1977, p. 6-10.*

Proposition de directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse et déloyale, COM (77) 724 final du 1^{er} mars 1978, *JOCE C 70 du 21.3.1978, p. 4-6.*

Proposition de directive en matière de travail temporaire, présentée au Conseil le 7 mai 1982, COM (82) 155 final du 7 mai 1982, *JOCE C 128 du 19.5.1982, p. 2-7.*

Proposition de directive relative au travail volontaire à temps partiel, *JOCE C 18 du 22.1.1983, p. 5.*

Proposition de directive en matière de travail intérimaire et de contrats de travail à durée déterminée, COM (84) 159 final, *JOCE C 133/1 du 21 mai 1984, p. 1-11.*

Proposition de directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, COM (90) 322 final du 3 septembre 1990, *JOCE C 243 du 28.9.1990, p. 2-5.*

Proposition modifiée de directive du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, COM (92) 66 final du 4 mars 1992, *JOCE C 73 du 24.3.1992, p. 7-12.*

Proposition concernant la protection des acquéreurs dans les contrats portant sur l'utilisation d'objets immobiliers en régime de jouissance à temps partagé, COM(92) 220 final du 2 juillet 1992, *JOCE C 222 du 29.8.1992, p. 5-10.*

Proposition modifiée de directive du conseil relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM(93)225 final du 15 juin 1993, *JOCE C 187 du 9.7.1993, p. 5-11.*

Proposition modifiée de directive concernant la protection des acquéreurs dans les contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un ou plusieurs biens immobiliers, COM (93) 487 final *JOCE* C 299 du 5.11.1993, p. 8-19.

Proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, COM (95) 520 final, *JOCE* C 307 du 16.10.1996, p. 8-11.

Proposition de directive concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, COM (96) 26 final du 31 janvier 1996.

Proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation, COM (95) 520 final du 18 juin 1996.

Proposition de directive du Conseil concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, COM (97) 392 final du 23 juillet 1997.

Proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur, COM(2004)2 final du 13 janvier 2004.

Proposition de directive modifiant la directive 2003/88/CE concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, COM(2004)607 final du 22 septembre 2004.

Proposition de directive sur les droits des consommateurs, COM (2008) 614 final du 8 octobre 2008.

Proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final du 11 octobre 2011.

Proposition de Règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 11 final du 25 janvier 2012.

RAPPORTS :

Rapport de synthèse et conclusions de la Commission, Dispositions en faveur des travailleurs en cas de licenciement dans le droit des pays membres des Communautés Européennes, SEC (72) 1516 final du 03 mai 1972.

Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs du 27 avril 2000, COM (2000) 0248 final.

Rapport de la Commission sur le « Plan d'action pour la politique des consommateurs 1999-2001 » et sur le « Cadre général pour les activités communautaires en faveur des consommateurs 1999-2003 », COM (2001) 0486 du 23 août 2001.

Rapport de l'année 2010 de la Commission sur la citoyenneté de l'Union, « Lever les obstacles à l'exercice des droits des citoyens de l'Union », COM (2010) 0603 final du 27 octobre 2010.

Rapport de la Commission sur l'application de la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, COM(2012) 0635 final du 6 novembre 2012.

Rapport de l'année 2013 sur la citoyenneté de l'Union, « Citoyens de l'Union: vos droits, votre avenir », COM (2013) 269 final du 08 mai 2013.

COMMUNICATIONS, CONSULTATIONS, ANALYSES LIVRES VERTS ET BLANCS :

Communication de la Commission sur le Programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, *JOCE C* 092 du 25 avril 1975 p. 2 - 16.

Etude comparative des dispositions régissant les conditions de travail dans les Etats membres de la Communauté, SEC (89) 1137 du 30 juin 1989.

Communication de la Commission sur la proposition de directive au Conseil relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM (91) 230 final du 1^{er} août 1991, *JOCE C* 225 du 30.8.1991, p. 6-9.

Communication de la Commission - Mettre le marché unique au service des consommateurs européens, Politique des consommateurs, 2^{ème} plan d'action triennal de la Commission, 1993-1995, COM (93) 378 final du 28 juillet 1993.

Communication de la Commission concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale présentée par la Commission au Conseil et au Parlement européen, COM (1993) 600 final du 14 décembre 1993.

Communication de la Commission sur les priorités pour la politique des consommateurs, 1996-1998, COM (1995) 519 final du 31 octobre 1995.

Communication de la Commission sur le développement du dialogue social au niveau communautaire, COM (1996) 448 final du 18 septembre 1996.

Livre vert - Partenariat pour une nouvelle organisation du travail, COM (1997) 128 final du 16 avril 1997.

Communication de la Commission - Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire, COM (1998) 332 final du 18 mai 1998, *JOCE C* 203 du 30.6.1998, p. 12.

Communication de la Commission relative à la proposition de directive du Conseil concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES, COM (1999) 203 final du 28 avril 1999.

Communication de la Commission relative à la proposition de lignes directrices pour les politiques de l'emploi des Etats membres en 2000, COM (1999) 441 final du 8 septembre 1999.

Communication de la Commission concernant le droit européen des contrats, COM (2001) 398 final du 11 juillet 2001.

Gouvernance européenne - Un livre blanc, COM (2001) 428 final du 25 juillet 2001, *JOCE C 287* du 12.10.2001, p. 1-29.

Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, COM (2001) 531 final du 2 octobre 2001.

Communication de la Commission - Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006, COM (2002) 208 final du 7 mai 2002, *JOCE C 137* du 8.6.2002, p. 2-23.

Communication de la Commission - Gouvernance européenne - mieux légiférer, COM (2002) 275 final du 5 juin 2002.

Communication de la Commission sur l'analyse d'impact, COM(2002)276 final, du 5 juin 2002.

Communication de la Commission - Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement, COM (2002) 341 final du 26 juin 2002.

Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions - Bilan de cinq années de stratégie européenne pour l'emploi, COM (2002) 416 final du 17 juillet 2002.

Communication de la Commission - Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action», COM (2003) 68 final du 12 février 2003, *JOCE C 63* du 15.3.2003, p. 1-44.

Communication de la Commission - Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire, COM (2003) 71 final du 11 février 2003.

Communication de la Commission - Stratégie pour le marché intérieur - Priorités 2003 - 2006, COM (2003) 238 final du 7 mai 2003.

Communication de la Commission - Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre, COM (2004) 0651 final du 11 octobre 2004.

Rapport de la Commission - Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis, COM (2005) 456 final du 23 septembre 2005.

Livre vert - Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2005) 672 final du 19 décembre 2005.

Livre vert - Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle, COM (2006) 708 final du 22 novembre 2006.

Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs, COM (96) 274 final du 08 février 2007.

Communication de la Commission - Vers des principes communs de flexicurité : des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité, COM (2007) 359 final du 27 juin 2007.

Communication de la Commission - Deuxième Rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence, COM (2007) 447 final du 25 juillet 2007.

Comité d'analyses d'impact - Rapport pour l'année 2007 - Document de travail des services de la Commission - Document accompagnant la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Deuxième examen stratégique du programme «Mieux légiférer» dans l'Union européenne, SEC (2008) 120 du 30 janvier 2008.

Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante, COM (2008) 165 final du 2 avril 2008.

Commission européenne, DG SANCO, *Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union, final report*, 28 août 2008.

Commission staff working document accompanying the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights - Impact assessment report SEC (2008) 2544 final du 8 octobre 2008.

Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, COM (2008) 794 final du 27 novembre 2008.

Document de travail des services de la Commission - Rapport pour l'année 2008 du comité d'analyses d'impact accompagnant la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Troisième examen stratégique du programme «Mieux légiférer» dans l'Union européenne, Rapport pour l'année 2008, SEC (2009) 55 final du 28 janvier 2009.

Livre vert de la Commission européenne relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, COM (2010) 348 du 1^{er} juillet 2010.

Communication de la Commission «Réaffirmer la libre circulation des travailleurs: droits et principales avancées », COM (2010) 0373 final du 13 juillet 2010.

Consultation publique de la Commission, « Vers une approche cohérente en matière de recours collectif », SEC (2011) 173 final du 4 février 2011.

Communication de la Commission « Protection de la vie privée dans un monde en réseau. Un cadre européen relatif à la protection des données, adapté aux défis du 21^{ème} siècle », COM (2012) 9 final du 25 janvier 2012.

Communication de la Commission, « Vers un cadre horizontal européen pour les recours collectifs », COM (2013) 401 final du 11 juin 2013.

Communication de la Commission « Libre circulation des citoyens de l'Union et des membres de leur famille: cinq actions pour faire la différence », COM(2013) 837 final du 25 novembre 2013.

RECOMMANDATIONS :

Recommandation de la Commission 92/48/CEE, du 18 décembre 1991, sur les intermédiaires d'assurances, *JOCE* L 19/32 du 28.1.1992.

Recommandation de la Commission 92/295/CEE du 7 avril 1992 concernant des codes de conduite pour la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance, *JOCE* L 156/21 du 10.6.1992.

Recommandation de la Commission du 1er mars 2001 relative à l'information précontractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement, *JOCE* L 69/ 25 du 10.3.2001.

Recommandation de la Commission du 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les États membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union (2013/396/UE), *JOUE* L 201 du 26.7.2013.

CONSEIL EUROPEEN

GROUPES DE NEGOCIATIONS, COREPER :

Opinions exprimées par les représentants des organisations des partenaires sociaux au cours de l'échange de vues du Comité permanent de l'emploi du 26 octobre 1972, Conseil européen, *Addendum* au document du 2 novembre 1972R/2329/72 (SOC 237).

Note de transmission au Conseil du 28 novembre 1961, Conseil 1515/61, SOC 136.

Note des travaux au Conseil, réunion du 5 mai 1972, Conseil 1275/72, SOC 148.

Note d'information au Conseil concernant les licenciements collectifs, SEC (72) 2435 final du 12 juillet 1972.

Note transmise au Conseil par la Représentation Permanente de la France relative aux règles françaises applicables en matière de licenciement collectif, transmise au Conseil le 28 septembre 1972, R/1995/72, SOC 198.

Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales, réunion du 3 avril 1974, Conseil 754/74 SOC 78.

Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales, réunion du 24 avril 1974, Conseil 860/74 SOC 87.

Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales au Conseil, réunion du 25 septembre 1974, Conseil 1621/74 SOC 193.

Négociations sur la proposition de directive relative aux licenciements collectifs, , du 03 octobre 1974 portant sur la réunion qui a eu lieu le 25 septembre 1974, Conseil 1621/75 SOC 193.

Groupe protection et information des consommateurs, réunions des 13 et 14 février 1978, Conseil R/450/78 CONSOM.

Groupe protection et information des consommateurs, réunions des 13 et 14 novembre 1978, Conseil R/3317/78 CONSOM 34.

Résumé travaux du Groupe protection et information des consommateurs du Conseil, réunions des 5 et 6 mars 1979, Conseil 5340/79 CONSOM 9.

Rapport du Coreper sur le texte simplifié de compromis proposé par la présidence, réunion du 3 mars 1980, Conseil 5461/80 CONSOM 16.

Note de la présidence grecque du 5 décembre 1983, à l'attention du président du Conseil « Protection des consommateurs », 892^{ème} réunion, 12 décembre 1984.

Note de la présidence française du 8 juin 1984 à l'attention du président du Conseil «Affaires Générales», Conseil 7412/84 CONSOM 40.

Résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs, réunion du 15 avril 1991, Conseil 5818/91 CONSOM 7.

Résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs, réunion du 16 juillet 1991, Conseil 7603/91 CONSOM 15.

Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales du 1^{er} octobre 1991, Conseil 4165/92 SOC 18.

Résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs, réunion du 10 mars 1992, Conseil 5259/92 CONSOM 10.

Note introductive au Coreper, Compromis présenté par la présidence, 9 juin 1992 Conseil 7065/92.

Rapport du Coreper, réunion du 24 juin 1992, Conseil 7503/92 CONSOM 34.

Résumé des travaux du Groupe des questions sociales du 24 septembre 1992, Conseil 8255/92 SOC 265.

Conclusions du Conseil européen de Birmingham du 16 octobre 1992, annexe I «Déclaration de Birmingham, une Communauté proche de ses citoyens», Doc/92/6 du 16 octobre 1992.

Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales du 15 novembre 1994, Conseil 10899/94 SOC 319.

Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales du 20 mars 1996, Conseil 5682/96 SOC 69.

Conclusions de la présidence – Göteborg, 15 et 16 juin 2001, SN 200/1/01 REV 1 et les Conclusions présidence - Laeken, 14 et 15 décembre 2001, SN 300/1/01 REV 1.

Note introductive de préparation de la session du Conseil «Consommateurs» du 15 octobre 1991, Conseil 14901/05 du 14 novembre 2005.

DECLARATIONS, DECISIONS, RESOLUTIONS :

Résolution du 21 janvier 1974 concernant un programme d'action sociale, *JOCE C 13* du 12.2.1974, p. 1-4.

Résolution du Conseil du 14 avril 1975 concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs, Journal officiel des Communautés européennes, *JOCE C 092* du 25.4.1975 p. 2 - 16.

Déclaration du Conseil au procès-verbal lors de l'adoption de la directive concernant les clauses abusives, cf. COM (95) 520 final du 18 juin 1996, *JOCE C 307* du 16.10.1996.

Décision du Conseil du 13 mars 2000 sur les lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres en 2000, 2000/228/CE, *JOCE L 72* du 21.3.2000, p. 15-20.

Rapport de la mission pour la flexicurité, établi sous l'autorité de M. Vladimír Špidla et M. Gérard Larcher, co-présidents de la mission pour la flexicurité, 17047/08, SOC 776 du 9 décembre 2008.

RAPPORTS, NOTES ET INTERVENTIONS:

Avant projet de rapport de la Commission des affaires sociales et de la santé publique du Parlement, rapporteur: M. L. Delia Briotta, doc. 200/72, 21 décembre 1972.

Rapport du Parlement européen fait au nom de la commission des affaires sociales et du travail sur la proposition de la Commission des Communautés européennes au Conseil (doc. 149/74), rapporteur M. Michael B. Yeats, PE 37.832/déf, 11 février 1975.

Rapport du Parlement européen sur la proposition de directive concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, rapporteur M. James Spicer, doc. 227/77, 29 août 1977.

Rapport du Parlement européen sur la proposition concernant une directive relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, Commission juridique, rapporteur M. Willy G. J. Calewaert, doc. 246/78, PE 51.378/déf., 10 août 1978.

Rapport du Parlement européen sur la proposition relative à une directive concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur, Commission des affaires sociales, de l'emploi et de l'éducation, rapporteur M. Erling Dinesen, doc. 552/78, PE 54.777/déf., 12 janvier 1979.

Rapport du Parlement européen sur les clauses abusives dans les contrats (Commission juridique et des droits des citoyens, rapporteur M. Geoffrey W. Hoon Doc. A 2-194/85, PE 100.391/déf., 13 janvier 1986.

Rapport fait au nom de la Commission de l'environnement, de la santé publique et de la protection des consommateurs sur la proposition de la Commission des Communautés Européennes au Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation, rapporteur Mme Annemarie Kuhn, PE 224.596/déf., 26 janvier 1998.

Rapport du Parlement européen sur la proposition de la Commission relative à une directive du Conseil concernant l'accord-cadre CES-UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, Commission de l'emploi et des affaires sociales, rapporteur Karin Jöns, A4-0261/99, PE 230.208 déf, 30 avril 1999.

Note d'intervention de Vitorino Antonio, Commissaire européen responsable de la Justice et des Affaires intérieures, Parlement européen, SPEECH/02/160, 16 avril 2002.

Rapport du Parlement européen sur les problèmes et perspectives liés à la citoyenneté de l'Union A6-0182/2009, 20 mars 2009.

Note de Martine BEHAR-TOUCHAIS sur la «Relation d'un instrument optionnel avec les lois nationales » rédigée pour la Direction générale des Politiques internes (affaires juridiques) du Parlement européen, PE 425.645, octobre 2010.

RESOLUTIONS :

Résolution du 26 mai 1989 sur un effort de rapprochement du droit privé des Etats membres, *JOCE C 158* du 26.06.1989, p. 400.

Résolution du 6 mai 1994 sur l'harmonisation de certains secteurs du droit privé des Etats membres, *JOCE C 205* du 25.07.1994, p. 518.

Résolution concernant le programme législatif de la Commission pour l'année 2000, *JOCE C 377* du 29.12.2000, p. 323-329.

Résolution sur la recommandation de la Commission relative à l'information précontractuelle devant être fournie aux consommateurs par les prêteurs offrant des prêts au logement, A5-0290/2001 déf., 28 août 2001.

Résolution du 15 novembre 2001 sur le rapprochement du droit civil et commercial des Etats membres, *JOCE C 140 E* du 13.06.2002, p. 538.

Résolution concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres, A5-0384/2001, 6 novembre 2001.

Résolution du 2 septembre 2003 sur la Communication de la Commission - Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action», *JOCE C 76 E* du 25.03.2004, p. 95.

Résolution du 23 mars 2006 sur le droit européen des contrats et révision de l'acquis: la voie à suivre, *JOCE C 292 E* du 1.3.2006, p. 109.

Résolution du 7 septembre 2006 sur le droit européen des contrats, *JOCE C 305 E* du 14.12.2006, p. 247.

Résolution du 12 décembre 2007 sur le droit européen des contrats, *JOCE C 323 E* du 18.12.2007, p. 364.

Résolution sur la stratégie communautaire en matière de politique des consommateurs pour la période 2007-2013, A6-0155/2008, 20 mai 2008.

Résolution du 3 septembre 2008 sur le cadre commun de référence pour le droit européen des contrats, *JOUE C 295 E* du 4.12.2009, p. 31.

Résolution «Donner un marché unique aux consommateurs et aux citoyens», A7-0132/2010, 20 mai 2010.

Résolution sur les actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, 2011/2013(INI), 8 juin 2011.

Résolution du sur l'examen à mi-parcours de la stratégie européenne 2007-2012 pour la santé et la sécurité au travail, 2011/2147 (INI), 15 décembre 2011.

COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN (CES)

Avis du Comité économique et social (section de l'environnement, de la santé publique et de la consommation) sur la proposition de directive, rapporteur M. Hilkens, ENVI/289, 9 avril 1991.

Avis du Comité économique et social sur la proposition de directive concernant la protection des acquéreurs dans les contrats portant sur l'utilisation d'objets immobiliers en régime de jouissance à temps partagé, CES 206/93 – SYN 419 PO-VN/RD/cf., 24 février 1993.

Avis du Comité Economique et Social : « Marché unique et protection des consommateurs : opportunités et obstacles », *JOCE* C 039 du 12.12.1996, p. 55.

Avis du Comité économique et social sur la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la vente et les garanties des biens de consommation», CES 1387/96 – 96/0161 COD E-LA/jd., 27 novembre 1997.

Avis du Comité économique et social européen : « Le 28^e régime : une option pour moins légiférer au niveau communautaire », rapporteur M. Pegado Liz, INT/499, 27 mai 2010.

JURISPRUDENCE

Jurisprudence européenne (par ordre d'enregistrement) :

Tribunal de l'Union européenne :

TPI, 10 juillet 1990, *Tetra Pak Rausing SA c/ Commission Européenne*, Aff. T- 51/89, Rec. II-00309.

TPI, 13 décembre 1990, *Nederlandse Associatie van de Farmaceutische Industrie "Nefarma" et Bond van Groothandelaren in het Farmaceutische Bedrijf c/ Commission*, Aff. T-113/89, Rec., 1990, II, 797.

TPI, 17 juin 1998, *UEAMPE e.a. c/ Conseil*, Aff. T-135/96, Rec. II-2335.

TPI, 22 octobre 2002, *Schneider Electric SA c/ Commission des Communautés européennes*, Aff. T-77/02, Rec. II-04201.

Cour de Justice de l'Union européenne :

CJCE, 19 mars 1964, *M.K.H. Unger, épouse R. Hoekstra c/Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht*, Aff. 75/63, Rec. 00347.

CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ E.N.E.L.*, Aff. 6/64, Rec. 01141.

CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville*, Aff. 8/74, Rec. 00837.

CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Aff. 43/75, Rec. p. 45

CJCE, 14 juillet 1976, *Gaetano Donà c/ Mario Mantero*, Aff. 13/76, Rec. 1333.

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG c/ Landwirtschaftskammer für das Saarland*, Aff. 33/76, Rec. 01989.

CJCE, 16 décembre 1976, *Comet BV c/ Produktschap voor Siergewassen*, Aff. 45/76, Rec. 02043.

CJCE, 15 juin 1978, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Aff. 149/77, Rec. 01365.

CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, Aff. 120/78, Rec. 00649.

CJCE, 14 juillet 1981, *Sergius Oebel*, Aff. C-155/80, Rec. 01993.

CJCE, 23 mars 1982, *D.M. Levin c/ Secrétaire d'État à la justice*, Aff. 53/81, Rec. 01035.

CJCE, 26 mai 1982, *Roger Ivenel c/ Helmut Schwab*, Aff. 133/81, Rec. 01891.

CJCE, 15 juillet 1982, *Commission c/ Royaume Uni*, Aff. 40/82, Rec. 2793

CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, Aff. C 14/83, Rec. 1891.

CJCE, 7 février 1985, *Wendelboe*, Aff. 19/83, Rec. 1985, 00462.

CJCE, 30 janvier 1985, *Commission c/Danemark*, 143/83, Rec. 00427.

CJCE, 10 janvier 1985, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc e.a c/ SARL "Au blé vert" e.a*, Aff. C-229/83, Rec. 00001.

CJCE, 15 janvier 1986, *Pinna c/ Caisse d'allocations familiales de la Savoie* 15 janvier 1986, Aff. C-41/84, Rec. 00001.

CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres c/ Fédération nationale des cinémas français*, Aff. jointes 60/84 et 61/84, Rec. 02605.

CJCE, 11 juillet 1985, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (Syndicat danois des cadres) c/ Société en faillite A/S Danmols Inventar* (affaire Mikkelsen), Aff. C-105/84, Rec. 02639.

CJCE, 26 février 1986, *M. H. Marshall c/ Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, Aff. 152/84, Rec. 00723.

CJCE, 13 mai 1986, *Bilka - Kaufhaus GmbH c/ Karin Weber von Hartz*, Aff. 170/84, Rec. 01607.

CJCE, 18 mars 1986, *Jozef Maria Antonius Spijkers c/ Gebroeders Benedik Abattoir CV et Alfred Benedik en Zonen BV*, Aff. C-24/85, Rec. 1119.

CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum c/ Land Baden-Württemberg*, Aff. 66/85, Rec. 02121.

CJCE, 23 février 1988, *Commission c/ France*, Aff. 216/84, Rec. 00793.

CJCE, 14 juill. 1988, *3 Glocken GmbH et Gertraud Kritzinger c/ USL Centro-Sud et Provincia autonoma di Bolzano*, Aff. 407/85, Rec. 04233.

CJCE, 25 octobre 1988, *Commission c/ France*, Aff. 312/86, Rec. I-6315

CJCE, 10 février 1988, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (Fédération danoise des contremaîtres et similaires) c/ Daddy's Dance Hall A/S* (affaire Tellerup), Aff. C-324/86, Rec. I-739.

CJCE, 14 juillet 1988, *Smanor SA*, Aff. 298/87, Rec. 04489.

CJCE, 16 mai 1989, *R. Buet et SARL Educational Business Services (EBS) c/ Ministère public*, Aff. 382/87, Rec. 01235.

CJCE, 15 février 1989, *Six Constructions Ltd c/ Paul Humbert*, Aff. 32/88, Rec. 00341

CJCE, 17 octobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, Aff. 109/88, Rec. 3199.

CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen Borough Council c/ B & Q plc*, Aff. C-145/88, Rec. 03851.

CJCE, 26 janvier 1990, *Falciola Angelo SpA c/ Comune di Pavia*, Aff. C-286/88, Rec. I-191.

CJCE, 27 juin 1990, *Maria Kowalska c/ Freie und Hansestadt Hamburg*, Aff. C-33/89, Rec. I-02591.

CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing SA c/La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Aff. C-106/89, Rec. I-04135.

CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Lda contre Office national d'immigration*, Aff. C-113/89, Rec. I-01417.

CJCE, 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi c/ Etat belge*, Aff. C-297/88 et C-197/89, Rec. I-03763.

CJCE, 28 février 1991, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c/ SIDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, Aff. C-312/89, Rec. I-00997,

CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel*, Aff. C-345/89, Rec. I-4047.

CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, Aff. C-361/89, Rec. I-01189.

CJCE, 19 novembre 1991, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci e.a. c/ République italienne*, Aff. C-6/90 et C-9/90, Rec. I-05357.

CJCE, 2 août 1993, *Ministère public et Direction du travail et de l'emploi c/ Jean-Claude Levy*, Aff. C-158/91, Rec. I-04287.

CJCE, 24 novembre 1993, *Bernard Keck et Daniel Mithouard*, Aff. C-267/91 et C-268/91, Rec. I-06097.

CJCE, 13 janvier 1993, *Commission c/ France*, Aff. C-293/91, Rec. I-00001.

CJCE, 14 juillet 1994, *Paola Faccini Dori c/ Recreb Srl*, Aff. C-91/92, Rec. I-03325.

CJCE, 13 juillet 1993, *Mulox IBC Ltd c/ Hendrick Geels*, Aff. C-125/92, Rec. I-04075.

CJCE, 27 octobre 1993, *Dr. Pamela Mary Enderby c/ Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*, Aff. C-127/92, Rec. I-05535.

CJCE, 16 décembre 1993, *Wagner Miret*, Aff. C-334/92, Rec. I-6911.

CJCE, 14 avril 1994, *Christel Schmidt c/ Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, Aff. C-392/92, Rec. I-2435.

CJCE, 28 septembre 1994, *Bestuur van het Algemeen burgerlijk pensioenfonds c/ G. A. Beune*, Aff. C-7/93, Rec. I-04471

CJCE, 13 juillet 1995, *Royaume d'Espagne c/ Conseil de l'Union européenne*, Aff. C-350/92, Rec. I-1985.

CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c/ Etat belge*, Aff. C-312/93, Rec. I-04599.

CJCE, 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke c/ Freie Hansestadt Bremen*, Aff. C-450/93, Rec. I-3051.

CJCE, 11 mars 1997, *Ayse Sützen c/ Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, Aff. C-13/95, Rec. I-01259.

CJCE, 17 juillet 1997, *A. Leur-Bloem c/ Inspecteur der Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam 2*, Aff. C-25/95, Rec. I-04161.

CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, Rec. I-06363.

CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Telekom c/ Lilli Schröder*, Aff. C-50/96, Rec., I-00743.

CJCE, 12 mai 1998, *María Martínez Sala c/ Freistaat Bayern*, Aff. C-85/96, Rec. I-02691.

CJCE, 17 sept. 1997, *Mosbeack*, Aff. C-117/96, Rec. I-05017.

CJCE, 10 décembre 1998, *Francisco Hernández Vidal SA c/ Prudencia Gómez Pérez, María Gómez Pérez et Contratas y Limpiezas SL, Friedrich Santner c/ Hoechst AG, et Mercedes Gómez Montaña c/ Claro Sol SA et Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Renfe)*, Aff. C-127/96, C-229/96 et C-74/97, Rec. I-08179.

CJCE, 10 décembre 1998, *Fransisca Sanchez Hidalgo e.a. c/ Asociación de Servicios Aser et Sociedad Cooperativa Minerva, et Horst Ziemann c/ Ziemann Sicherheit GmbH et Horst Bohn Sicherheitsdienst*, Aff. C-173/96 et C-247/96, Rec. I-8237.

CJCE, 13 mars 1997, *Commission c/ France*, Aff. C-197/96, Rec. I-1489.

CJCE, 4 décembre 1997, *Helmut Kampelmann e.a. contre Landschaftsverband Westfalen-Lippe (C-253/96 à C-256/96), Stadtwerke Witten GmbH contre Andreas Schade (C-257/96) et Klaus Haseley contre Stadtwerke Altena GmbH (C-258/96)*, Rec., I-06907.

CJCE, 28 mars 2000, *Georg Badeck e.a., en présence de Hessische Ministerpräsident et Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen*, Aff. C-158/97, Rec. I-01875.

CJCE, 30 mars 2000, *Barry Banks e.a. c/ Theatre royal de la Monnaie*, Aff. C-178/97, Rec. I-02005.

CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c/ Erhvervsog Selskabsstyrelsen*, Aff. C-212/97, Rec. I-01459.

CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac c/ Manuel José Sanchis*, Aff. C-423/97, Rec. I-02195.

CJCE, 28 octobre 1999, *Commission c/Grèce*, C-197/98, Rec. I-07713.

CJCE, 16 Décembre 1999, *G. Everson et T. J. Barrass*, Aff. C-198/98, Rec. I-8903.

CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA c/ Rocío Murciano Quintero et Salvat Editores SA c/ José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane et Emilio Viñas Feliú*, Aff. C-240/98 à C-244/98, Rec. I-4941.

CJCE, 9 octobre 2001, *Pays-Bas c/ Parlement et Conseil*, Aff. C-377/98, Rec. I-7079.

CJCE, 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Parlement et Conseil*, Aff. C-376/98, Rec. I-8419.

CJCE, 21 mars 2001, *Betriebsrat der bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG c/ Bofrost Josef H. Boquoi Deutschland West GmbH & Co. KG*, Aff. C-62/99, Rec. I-02579.

CJCE, 26 juin 2001, *The Queen contre Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, Aff. C-173/99, Rec. I-04881.

CJCE, 26 septembre 2000, *Didier Mayeur c/ Association Promotion de l'information messine (APIM)*, Aff. C-175/99, Rec. I-07755.

CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Aff. C-184/99, Rec. I-06193.

CJCE, 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c/ Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie et Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'Etat et de la Décentralisation*, Aff. C-366/99, Rec. I-09383.

CJCE, 24 janvier 2002, *Commission c/ Italie*, Aff. C-372/99, Rec. I-00819.

CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast et R c/ Secretary of State for the Home Department*, Aff. C-413/99, Rec. I-07091.

CJCE, 19 mars 2002, *H. Lommers c/ Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, Aff. C-476/99, Rec. I-6363.

CJCE, 13 décembre 2001, *Georg Heininger et Helga Heininger c/ Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG.*, Aff. C-481/99, Rec. I-9965.

CJCE, 22 novembre 2001, *Cape Snc c/ Idealservice Srl (et Idealservice MN RE Sas c/ OMAI Srl*, Aff. C-541/99 et C-542/99, Rec. I-09049.

CJCE, 24 janvier 2002, *Temco Service Industries SA c/ Samir Imzilyen e.a.*, Aff. C-51/00, Rec. I-00969.

CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France* Aff. C-52/00 Rec. I-03827.

CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c/ Republik Österreich*, Aff. C-112/00, Rec. I-05659.

CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ Grèce* Aff. C-154/00, Rec. I-03879.

CJCE, 25 avril 2002, *Gonzalez Sanchez c/ Medicina Asturiana SA*, Aff. C-183/00, Rec. I-03901.

CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis SA c/ Jean-Louis Fredout*, Aff. C-473/00, Rec. I-10875.

CJCE, 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband eV c/ 0800 DocMorris NV et Jacques Waterval.*, C-322/01, Rec. I-14887.

CJCE, 18 mars 2004, *María Paz Merino Gómez c/ Continental Industrias del Caucho SA.*, Aff. C-342/01, Rec. I-02605.

CJCE, 10 décembre 2002, *The Queen c/ Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd*, Aff. C-491/01, Rec. I-11453.

CJCE, 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH contre Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Aff. C- 036/02, Rec. I-09609.

CJCE, 5 octobre 2004, *CaixaBank France c/Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, Aff. C-442/02, Rec. I-08961.

CJCE, 1^{er} juillet 2004, *Commission c/ France*, Aff. C-311/03.

CJCE, 30 septembre 2004, *Serge Briheche c/ Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*, Aff. C-319/03, Rec. I-08807.

CJCE, 12 juillet 2005, *Egon Schempp c/ Finanzamt München V*, Aff. 403/03, Rec. I-06421.

CJCE, 16 mars 2006, *Poseidon Chartering BV c/ Marianne Zeeschip VOF et autres*, Aff. C-3/04, Rec. I-02505.

CJCE, 22 novembre 2005, *Werner Mangold c/ Rüdiger Helm*, Aff. 144/04, Rec. I-09981.

CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd c/ Commissioners of Inland Revenue*, Aff. C-196/04, Rec. I-07995.

CJCE, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler e.a. c/ Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Aff. C-212/04, Rec. I-06057.

CJCE, 6 avril 2006, *Federatie Nederlandse Vakbeweging c/ Staat der Nederlanden*, Aff. C-124/05, Rec. I-03423.

CJCE, 26 octobre 2006, *Elisa María Mostaza Claro c/ Centro Móvil Milenium SL*, Aff. C-168/05, Rec. I-10421.

CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, Aff. C-341/05, Rec. I-11767.

CJCE, 16 octobre 2007, *Félix Palacios de la Villa c/ Cortefiel Servicios SA*, Aff. C-411/05, Rec. I-08531.

CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c/ Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, Aff. C-438/05, Rec. I-10779.

CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Aff. C-210/06, Rec. I-09641.

CJCE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement flamand*, Aff. C-212/06, Rec. I-1683.

CJCE, 20 janvier 2009, *Gerhard Schultz-Hoff c/ Deutsche Rentenversicherung Bund et Stringer e.a. c/ Her Majesty's Revenue and Customsaff*, Aff. C-350/06 et C/520-06, Rec. I- 00179.

CJCE, 27 sept. 2007, *Commission c/ France*, Aff. C-9/07, Rec. I-00121.

CJCE, 23 avril 2009, *Kiriaki Angelidaki et e.a. c/ Organismos Nomarchiakis Autodioikisis, Charikleia Giannoudi c/ Dimos Geropotamou et Georgios Karabousanos et Sofoklis Michopoulos c/ Dimos Geropotamou*, Aff. C-378/07 à 380/07, Rec. I-03071.

CJUE, 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c/ Swedex GmbH & Co. KG*, Aff. C-555/07, Rec. I-00365.

CJCE, 16 juillet 2009, *Mono Car Styling SA, en liquidation c/ Dervis Odemis e.a.*, Aff. C-12/08, Rec. I-06653.

CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c/ Cristina Rodriguez Nogueira*, Aff. C-40/08, Rec. I-9579.

CJUE, 15 avril 2010, *E. Friz GmbH c/ Carsten von der Heyden*, aff. C-215/08, Rec. I-02947.

CJCE, 10 septembre 2009, *Francisco Vicente Pereda c/ Madrid Movilidad SA*, Aff. 277/08, Rec. I-08405.

CJUE, 2 mars 2010, *Janko Rottmann c/ Freistaat Bayern*, Aff. C-135/08, Rec. I-01449.

CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. c/ Erzsébet Sustikné Gyórfi*, Aff. C-243/08, Rec. I-4713.

CJCE, 4 juin 2009, *Moteurs Leroy Somer c/Dalkia France et Ace Europe*, Aff. C-285/08, Rec. 2009 I-04733.

CJUE, 10 juin 2010, *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c/ Tiziana Bruno et Massimo Pettini et Daniela Lotti et Clara Matteucci*, Aff. C-395/08 et C-396/08, Rec. I-05119.

CJUE, 11 février 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening*, Aff. C-405/08, Rec. I-00985.

CJUE, 22 avril 2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c/ Land Tirol*, Aff. C-486/08, Rec. I- 03527.

CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi (ONEm)*, Aff. C-34/09, Rec. I-01177.

CJUE, 5 mai 2011, *Shirley McCarthy c/ Secretary of State for the Home Department*, Aff. C-434/09, Rec. I-03375.

CJUE, 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez c/ Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et Préfet de la région Centre*, Aff. C-282/10.

CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési kft.*, Aff. C-378/10.

CJUE, 26 avril 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ Invitel Távközlési Zrt*, Aff. C-472/10.

CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito SA c/ Joaquín Calderón Camino*, Aff. C-618/10.

CJUE, 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT et autres*, Aff. C-176/12.

CJUE, 17 juillet 2014, *Maurice Leone et Blandine Leone c/ Garde des Sceaux, ministre de la Justice et Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales*, Aff. C-173/13 ; RTD 2014, p. 513, note Antoine LYON-CAEN.

Conclusions des avocats généraux :

BOT Yves, Conclusions présentées le 20 septembre 2007 dans le cadre de l'affaire *Dirk Rüffert c/ Land Niedersachsen*, C-346/06, Rec. I-01993

BOT Yves, Conclusions présentées le 24 mai 2007, dans le cadre de l'affaire *Staat der Nederlanden contre Antroposana, Patiëntenvereniging voor Antroposofische Gezondheidszorg e.a.*, C-84/06, Rec. I-7611.

CRUZ VILLALON Pedro, Conclusions présentées le 19 décembre 2012, dans le cadre de l'affaire C-216/11, *Commission Européenne c/ République française*.

CRUZ VILLALON Pedro, Conclusions présentées le 18 juillet 2013 dans le cadre de l'affaire *Association de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT et autres*, C-176/12.

DARMON Marco, Conclusions présentées le 14 novembre 1989 dans le cadre de l'affaire *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker c/ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, C-177/88, Rec. I- 03941.

KOKOTT Juliane, Conclusions présentées le 18 mai 2004 dans le cadre de l'affaire *Nicole Wippel c/ Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, C-313/02, Rec. I-09483.

KOKOTT Juliane, Conclusions présentées le 25 octobre 2005, dans le cadre de l'affaire *Konstantinos Adeneler e.a. c/ Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, C-212/04, Rec. I-06057.

MADURO Poiares, Conclusions présentées le 29 juin 2004, dans le cadre de l'affaire *Serge Briheche c/ Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*, C-319/03, Rec. I-08807.

MENGOZZI Paolo, Conclusions présentées le 18 janvier 2007, dans le cadre de l'affaire *Commission c/ Royaume Uni*, C-127/05, Rec. I-4619.

OTTO LENZ Carl, Conclusions présentées le 31 mai 1989 dans le cadre de l'affaire *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, C-109/88, Rec. 3199.

SAGGIO Antonio, Conclusions présentées le 16 décembre 1999 dans le cadre des affaires *Océano Grupo Editorial SA c/ Rocío Murciano Quintero et Salvat Editores SA c/ José M. Sánchez Alcón Prades, José Luis Copano Badillo, Mohammed Berroane et Emilio Viñas Feliú*, C-240/98 à C-244/98, Rec. I-04941.

TESAURO Giuseppe, Conclusions présentées le 24 janvier 1991 dans le cadre de l'affaire *Procédure pénale contre X*, C-373/90, Rec. I-00140.

TIZZANO Antonio, Conclusions présentées le 18 avril 2002 dans le cadre de l'affaire *Cofidis SA c/ Jean-Louis Fredout*, C-473/00, Rec. I-10875.

TRSTENJAK Verica, Conclusions présentées le 21 octobre 2008 dans le cadre des affaires jointes *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma MagazinesBelgium NV*, C-261/07 et C-299/07, Rec. I-02949.

TRSTENJAK Verica, Conclusions présentées le 6 septembre 2012, dans le cadre de l'affaire *Georg Köck c/ Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*, C-206/11.

VAN GERVEN Walter, Conclusions présentées le 22 novembre 1990 dans le cadre de l'affaire *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c/ SIDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, C-312/89, Rec. I-1007.

Jurisprudence française :

Conseil constitutionnel :

Conseil Constitutionnel, 06 novembre 1996, n° 96-383 DC.

Conseil Constitutionnel, 20 mars 1997, n° 97-388 DC.

Conseil Constitutionnel, 10 juin 1998, n° 98-401 DC.

Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC.

Conseil Constitutionnel, 30 mars 2006, n° 2006-535 DC.

Cour de cassation :

ARRETS :

Cass. civ., 28 juin 1841, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, t. XLIII, n°85, p. 255.

Cass. civ., 4 août 1879, *D.* 1880, I, p. 272.

Cass. civ., 10 novembre 1884, *D.P.* 1885, I, p. 433.

Cass. civ., 5 février 1896, *D.P.* 1896, I, p. 578.

Cass. civ., 16 juin 1896, *D.P.* 1897, I, p. 433, note Raymond SALEILLES.

Cass. crim., 15 juin 1900, *D.* 1905, I, p. 22.

Cass. crim., 26 février 1904, *D.* 1905, I, p. 22.

Cass. crim., 17 novembre 1905, *Leroy c/ Ministère public*, *D.* 1906, II, p. 53.

Cass. ch. réunies, 8 janvier 1908, *D.P.* 1908, I, p. 185-191, note P. DUPUICH.

Cass. civ., 21 novembre 1911, *D.P.* 1913, I, p. 249, note Louis SARRUT.

Cass. crim., 14 juin 1913, *Favre c/ Ministère public*, *Bull. crim.*, Tome CXVIII, n°297, p. 586-588.

Cass. crim., 13 janvier 1922, *D.P.* 1923, I, p. 5, note René SAVATIER.

Cass. crim., 16 décembre 1926, *D.H.* 1927, p. 100.

Cass. crim., 25 octobre 1928, *D.H.* 1928, p. 529.

Cass. civ., 18 mars 1930 ; *D.P.* 1930, I, p. 71, note André ROUAST.

Cass. crim., 9 janvier 1931, *D.P.* 1931, I, p. 171.

Cass. civ., 6 juillet 1931, *D.P.* 1931, 1, p. 121-123, note Paul PIC ; Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD & Emmanuel DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 1-5.

Cass. crim., 28 juin 1934, *D.H.* 1934, p. 431

Cass. crim., 6 août 1935, *Gaz. Pal.* 1935, II, p. 663.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1954, *Bull. civ.* I, n° 338.

Cass. soc., 31 mai 1956, *JCP* 1956, 9397, note Paul ESMEIN ; *D.* 1958, p. 21, note G. LEVASSEUR.

Cass. soc., 19 mai 1958, *Bull. civ.* IV, n° 612 et 613 ; *D.* 1959, 1, p. 20, note R. LINDON.

Cass. soc., 27 novembre 1958, (inédit), *Sté des Forges Stéphanoises c/ Blanchard et autres*, *JCP G* 1959, II, 11143, note Jean BRETHER DE LA GRESSAYE.

Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1965, *Bull. civ.* I, n°52 ; *D.* 1965, *Jur.*, p. 389.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1965, *Bull. civ.* I, n° 324.

Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 1968, *Bull. civ.* III, n° 273.

Cass. crim., 7 novembre 1968, *Bull. crim.* 1968, n° 291.

Cass. soc., 5 mars 1969, *Bull.*, *civ.* IV, n° 155.

Cass. soc., 15 décembre 1971, *Bull. civ.* IV, n°735.

Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, *Bull. Ch. Mixte* n° 4 ; *RTD eur.* 1975, p. 337, concl. Adolphe TOUFFAIT.

Ass. Plén., 18 juin 1976, *Bull. AP.*, n° 9 ; *D.* 1977, p. 173, note Antoine JEAMMAUD ; *JCP G* 1977, II, 18659, note Yves SAINT-JOURS.

Cass. soc., 30 mai 1979, *Bull. civ.* V, n° 476.

Cass. soc., 23 octobre 1980, *Bull. civ.* V, n° 763.

Cass. crim., 14 janvier 1980, *Bull. crim.*, n° 20.

Ass. Plén., 4 mars 1983, *Bull. AP* n°3.

Cass. crim., 16 juin 1983, *Bull. crim.*, n° 187.

Cass. civ. 1^{ère}, 23 avril 1985, *Bull. civ. I*, n° 125.

Cass. soc. 27 février 1986, *Bull. civ. V*, n° 50.

Cass. soc., 12 juin 1986, *Bull. Civ. V*, p. 229; *Dr. soc.* 1986, p. 1, note Gérard COUTURIER.

Cass. com, 5 mai 1987, pourvoi n° 85-17.516, *JCP E* 1987, 16531.

Ass. Plén., 18 mars 1988, *Bull. AP.*, n°3; *D.* 1989, p. 221, note Jean-Pierre CHAUCHARD.

Ass. Plén., 19 mai 1988, *Bull AP.* n° 5 ; *D.* 1988, p. 513, note Christian LARROUMET ; *RTD civ.* 1989, p. 89, obs. Patrice JOURDAIN.

Cass. soc., 13 octobre 1988, *Bull. civ. V*, n° 494; *D.* 1989, p. 122, note Yves SERRA; *JCP E* 1989, II, 15474, p. 271-276, note Jacqueline AMIEL-DONAT.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 137; *RTD civ.* 1989, p. 756, obs. Patrice JOURDAIN ; *D.* 1989, p. 381, note Philippe MALAURIE.

Cass. Soc., 7 novembre 1989, pourvoi n° 85-40636 ; 23 octobre 1980, *Bull. Civ. V*, n° 763, 30 mai 1979, *Bull. Civ. V*, n° 476.

Ass. Plén., 16 mars 1990, *Bull AP.* n° 4 ; *RJS* 1990, n° 281, conclusions Henri DONTENWILLE, p. 206 ; *RJS* 1990, n° 281, p. 199-205 chron. Jean DEPREZ.

Ass. Plén., 6 juillet 1990, *Bull. AP.*, n° 10 ; *Dr. soc.* 1990, p. 867, note Henri DONTENWILLE.

Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *Bull. civ. I*, n° 153 ; *D.* 1991, *Jur.*, p. 449, note Jacques GHESTIN ; *RTD civ.* 1991, p. 526, obs. Jacques MESTRE.

Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 201 ; *CCC* 1991, *comm.* n° 219, obs. Laurent LEVENEUR ; *JCP G* 1992, I. 3572, obs. Geneviève VINEY.

Cass. soc. 13 mai 1992, *Dr. soc.* 1992, p. 703.

Cass. com., 3 novembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 338; *JCP* 1993, II, 22614, note Georges VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. Jacques MESTRE.

Cass. soc., 16 décembre 1992, *Bull. civ. V*, n° 593.

Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1993, *Bull. civ. I*, n° 44; *D.* 1994, *Somm.*, p. 238, obs. Olivier TOURNAFOND.

Cass. soc., 1er juin 1994, *Bull. civ. V*, n° 186 ; *Dr. soc.* 1994, p. 715, obs. Antoine LYON-CAEN.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *D.* 1995, p. 350, note Patrice JOURDAIN.

Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n°54 ; *D.* 1995, *Jur.*, p. 327, note Gilles PAISANT ; somm. p. 229, obs. Philippe DELEBECQUE ; p. 310, obs. Jean-Pierre PIZZIO ; *RTD civ.* 1995, p. 360, obs. Jacques MESTRE.

Cass. civ. 1^{ère}, 21 février 1995, pourvoi n° 93-14.041 ; *JCP E* 1995, II, 728, note Giles PAISANT.

Cass. soc., 28 février 1996, *Bull. civ. V*, n°75.

Cass. soc., 17 juillet 1996, *Bull. civ. V*, n° 296 et 297.

Cass. com., 22 octobre 1996, *Bull. civ. IV*, n° 261 ; *D.* 1997, p. 145, *Chron.* Christian LARROUMET ; *D.* 1997, p. 121, obs. Alain SERIAUX LARROUMET ; *JCP* 1997, I, 4002, obs. Muriel FABRE-MAGNAN ; *RTD CIV.* 1997, p. 418, obs. Jacques MESTRE.

Cass. soc., 13 novembre 1996, *Bull. civ. V*, n° 386 ; *Dr. soc.* 1996, p. 1067, note Jean-Jacques DUPEYROUX ; Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD & Emmanuel DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 1-5.

Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 1996, *Bull. civ. I*, n° 399.

Cass. soc., 4 décembre 1996, *Bull. civ. V*, n° 420.

Cass. soc., 12 février 1997, *Bull. civ. V*, n° 58 ; *Dr. soc.* 1997, p. 526, obs. Marie-Thérèse LANQUETIN.

Cass. soc., 19 février 1997, *Bull. civ. V*, n° 70 ; *Dr. soc.* 1997, p. 432, obs. Gérard COUTURIER.

Cass. soc., 20 janvier 1998, *Bull. civ. V*, n° 25 ; *D.* 1998, *Jur.* p. 350.

Cass. soc., 18 février 1998, *Bull. civ. V*, n° 90.

Cass. civ., 1^{ère}, 3 mars 1998, *Bull. civ. I*, n° 95.

Cass. soc., 18 novembre 1998, *Bull. civ. V*, n° 499.

Cass. soc., 12 janvier 1999, *Bull. civ. V*, n° 7 ; *Dr. soc.* 1999, p. 287, obs. Jean-Emmanuel RAY.

Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1999, *Bull. civ. I*, n° 174.

Cass. soc., 26 octobre 1999, *Dr. soc.* 2000, p. 381, note Christophe RADE.

Cass. soc., 23 novembre 1999, *Bull. civ. V*, n° 447.

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2000, pourvoi n° 97-16707.

Ass. Plén., 25 février 2000, *Bull. AP*, n° 2 ; *RTD civ.* 2000, p. 582, obs. Patrice JOURDAIN ; *D.* 2000, p. 673, note Philippe BRUN ; *JCP G* 2000, I, p. 241, obs. Geneviève VINEY.

Cass. soc., 28 mars 2000, *Bull. civ. V*, n° 126.

Cass. soc., 11 juillet 2000, *Bull. civ. V*, n° 276.

Cass. soc. 18 juillet 2000, pourvoi n° 97 - 45.043.

Cass. soc., 10 octobre 2000, *Bull. civ. V*, n° 317.

Cass. soc., 19 décembre 2000, *Bull. civ. V*, n° 437 ; Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD & Emmanuel DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail, Les grands arrêts du droit du travail*, 4^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 1-5.

Cass. soc., 3 avril 2001, *Bull. civ. V*, n° 115.

Cass. soc., 7 mai 2002, *Bull. civ. V*, n° 154.

Cass. soc., 11 juin 2002, *RJS* 2002, 947.

Cass. soc., 10 juillet 2002, *Bull. civ. V*, n° 239 ; *D.* 2002, p. 2491, note Yves SERRA ; *Dr. soc.* 2002, p. 949, note Raymonde VATINET.

Cass. soc., 22 janvier 2003, *Bull. civ. V*, n° 15 ; *Dr. soc.* 2003, p. 433, obs. Jean SAVATIER.

Cass. soc., 29 avril 2003, *Bull. civ. V*, n° 143.

Cass. soc., 26 novembre 2003, *Bull. civ. V*, n° 298.

Cass. soc., 17 décembre 2003, *Bull. civ. V*, n° 318.

Cass. soc., 2 juin 2004, *Bull. civ. V*, n° 161.

Cass. soc., 7 juillet 2004, *Bull. civ. IV*, n° 193.

Cass. soc., 14 décembre 2004, *Bull. civ. V*, n° 331 ; *Dr. soc.* 2005, p. 229, obs. Antoine MAZEAUD.

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, *Bull. civ. I*, n° 59.

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, *Bull. civ. I*, n° 61 ; *D.* 2005, p. 487, obs. Céline RONDEY ; *D.* 2005, p. 2836, obs. Soraya AMRANI-MEKKI, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON ; *RTD com.* 2005, p. 825, obs. Bernard BOULOC ; *JCP G* 2005, I, 141, p. 15, obs. Judith ROCHFELD.

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2005, *Bull. civ. I*, n° 62.

Cass. Civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *Bull. civ. I*, n° 135 ; *JCP G* 2005 II, 10114, p. 1573, note Giles PAISANT ; *RTD civ.* 2005, p. 393, obs. Jacques MESTRE et Bertrand FAGES ; *CCC* 2005, n° 100, obs. Guy RAYMOND.

Cass. soc., 13 avril 2005, *Bull. civ. V*, n° 878; *D.* 2005 p. 1248.

Cass. soc., 23 novembre 2005, *Bull. civ. V*, n° 339.

Cass. com., 24 janvier 2006, *Bull. civ. IV*, n° 14; *RTD civ.* 2006, p. 327, obs. Patrice JOURDAIN.

Cass. civ 2^{ème}, 7 mars 2006, *Bull. civ. II* 2006, n° 63.

Cass. soc., 26 avril 2006, *Bull. civ. V*, n° 144, *D.* 2006, p. 1335.

Cass. soc., 20 septembre 2006, *Bull. civ. V*, n° 278.

Cass. soc., 27 septembre 2007, *Bull. civ. V*, n° 147.

Cass. soc., 15 novembre 2007, *Bull. civ. V*, n° 191.

Cass. soc., 16 janvier 2008, *Bull. civ. V*, n° 6.

Cass. soc., 16 janvier 2008, pourvoi n° 06-43.030.

Cass. soc., 23 janvier 2008, *Bull. civ. V*, n° 298.

Cass. soc., 14 octobre 2008, *Bull. civ. V*, n°192.

Cass. Civ 1^{ère}, 11 décembre 2008, pourvoi n°07-18128.

Cass. soc., 17 décembre 2008, pourvoi n°07-42960.

Cass. soc., 11 février 2009, *Bull. civ. V*, n° 40.

Cass. soc., 24 février 2009, *Bull. civ. V*, n° 49.

Cass. soc. 3 juin 2009, *Bull. civ. V*, n° 141; *D.* 2009, p. 2517, note Bernard EDELMAN ; *RDT* 2009, p. 507, obs. Gilles AUZERO; *Dr. soc.* 2009, p. 930 obs. Christophe RADE ; *Dr.soc.* 2009, p. 780 obs. Jean-Jacques DUPEYROUX.

Cass. soc., 17 février 2010, *Bull. civ. V*, n° 47 ; *Dr. soc.* 2010, p. 581, obs. Philippe FLORES, Sabine MARIETTE.

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, *Bull. civ. I*, n° 76; *D.* 2010, p. 1842, note X. DELPECH ; *RTD com.* 2010, p. 599, note Bernard BOULOC; *CCC* 2010., comm. 169, Guy RAYMOND.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2011, *Bull. civ. I*, n° 23 ; *D.* 2011, p. 1659, note Gaël CHANTEPIE.

Cass. soc., 3 novembre 2011, *Bull. civ. V*, n° 247 ; *JCP S* 2012, 1054, note Grégoire LOISEAU.

Cass. soc., 16 février 2012, *Bull. civ. V*, n° 75.

Cass. soc., 26 septembre 2012, *Bull. civ. V*, n° 205 ; *D.* 2013, *Chron.*, p. 114, note Fanélie DUCLOZ, Philippe FLORES, Laurence PECAUT-RIVOLIER, Pierre BAILLY, Emmanuelle WURTZ ; *D.* 2013, p. 1026, note Pascal LOKIEC, Jérôme PORTA.

Cass. soc., 19 mars 2013, *Bull. civ. V*, n° 76 ; *D.* 2013, p. 1026, obs. Pascal LOKIEC, Jérôme PORTA ; *Dr. soc.* 2013, p. 388, étude Emmanuel DOCKES ; *RDT* 2013, p. 385, étude Patrice ADAM.

Ass. Plén., 25 juin 2014, *Bull. AP* n° 612; *ALD* 27 juin 2014, note Marie PEYRONNET.

AVIS DES AVOCATS GÉNÉRAUX :

LYON-CAEN Pierre, « "Faillite" ouverte à l'étranger : un salarié travaillant en France peut-il obtenir la garantie de l'AGS ? » ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre Sociale de la Cour de Cassation en date du 3 juin 2003, *Bull. civ. V*, n° 184.

Conseil d'État :

CE, avis n° 310.108 du 22 mars 1973 ; *Dr. soc.* 1973, p. 514.

CE, Assemblée Plénière, 22 décembre 1978, *Ministère de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, *Rec. Lebon* 1978, p. 524 ; *D.* 1979, *Jur.*, p. 161, note Bernard PACTEAU.

CE, 12 juin 1987, n° 72388, *Rec. Lebon* 1987, p. 208.

CE, 3 octobre 1997, n° 144006 ; *Rec. Lebon* 1999, p. 1099.

CE, 8 juillet 1998, n° 71484, *Rec. Lebon* 1998, p. 1043.

CE, 25 juin 2007, n° 294557 ; *AJDA* 2007, p. 1951.

Juridictions inférieures :

CA Grenoble, 23 janvier 1893, *D.P.*, 1893, 2, p. 377.

CA Lyon, 20 décembre 1948, *D.* 1949, *Jur.*, p. 593, note Henri LALOU.

CA Paris, 25 juin 1935, *D.P.* 1936, II, p. 15, note Henri LALOU.

CA Paris, 3 juin 1953, *D.* 1953, *Jur.*, p. 464.

CA Riom, 16 janvier 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 441.

CA Paris, 21 janv. 1997, *CCC*, 1997, n° 105, obs. Guy RAYMOND.

TGI Nanterre, 4 avril 1997, ordonnance en référé n° 97/00992 ; *Dr. soc.* 1997, note MOREAU Marie-Ange, LYON-CAEN Antoine.

CA Versailles, 7 mai 1997, arrêt n° 308, *Dr. soc.* 1997, p. 506, note LYON-CAEN Antoine.

CA Grenoble (Ch. Sociale), 18 octobre 1999, *D.* 2000, Jur. p. 237.

SITES INTERNET

Sur les terminologies du droit européen :

http://europa.eu/abc/eurojargon/index_fr.htm (consulté le 11.10.14)

http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/green_paper_fr.htm (consulté le 11.10.14)

http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/white_paper_fr.htm (consulté le 11.10.14)

Sur le Sommet tripartite européen :

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&langId=fr&newsId=2051&furtherNews=yes> (consulté le 17.03.2014).

Sur la protection des consommateurs en droit européen :

Site officiel de la Direction générale Santé et Consommateurs, présentation générale, http://ec.europa.eu/dgs/health_consumer/about_us/who_we_are_fr.htm (consulté le 17.10.2014).

Sur la protection des travailleurs en droit européen :

Site officiel de la Direction générale Emploi, présentation générale :

<http://ec.europa.eu/social/home.jsp?langId=fr> (consulté le 28.10.2014).

Sur les analyses d'impact effectuées par la Commission européenne :

Site officiel de la Commission européenne :

http://ec.europa.eu/smart-regulation/impact/index_fr.htm (consulté le 28.10.2014).

Sur la Conférence des organes parlementaires spécialisés dans les affaires de l'Union des Parlements de l'Union européenne (COSAC) :

Site officiel : <http://www.cosac.eu/fr/> (consulté le 28.10.2014).

Sur le sous-groupe « Indicateurs » du Comité de protection sociale :

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=830&langId=fr> (consulté le 19.10.14)

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

A

Acquis communautaire 91, 258, 270 et s.
Acte unique européen 165 et s., 170, 219
Action en cessation, 388 et s.
Actions collectives 143
 Des consommateurs 96, 299
 Des travailleurs 300
 v. action en cessation
Anticipation des règles européennes
 Par le juge national 363
 Par le législateur national 294, 295
Associations de défense des consommateurs
 Européennes 104, 115, 143
 Nationales 107
 v. actions collectives
 v. actions en cessation
Autonomie de la volonté des parties 14, 18, 240

B

Base juridique 220
 Art. 100 TCEE 165, 170 et s., 182, 220, 260
 Art. 100A TCEE 165, 170, 225
 Art. 117 TCEE 165, 170 et s., 172
 Art. 118A TCEE 166, 203
 Art. 129A TCEE 174, 176
 Art. 136 TCEE 180
 Art. 235 TCEE 165

C

Cadre commun de référence 242
Circulation des modèles juridiques 9, 76
Citoyen du marché 185, 187

Citoyenneté européenne 185 et s., 190 et s.
 Citoyenneté sociale européenne 192
Clauses abusives 70, 99, 140, 141, 182, 200, 202, 209, 229, 253, 296, 388, 390
 Rôle du juge 71, 315, 322
 v. Directives
Clauses de faveur 254
Comité d'entreprise européen (CEE) 383, 384, 385
Compétences
 Compétence d'attribution 175, 177
 Compétence par préemption 169, 175
 Répartition des compétences 231, 254, 261, 317, 342
Concurrence entre les systèmes juridiques 240, 244, 301
Confiance
 Définition 272 et s.
 En droit européen 193 et s.
 En droit national 276 et s.
Congés payés 58,
Conseil européen
 Conseil des ministres 96, 118, 153, 172, 215
 Coreper 96, 122, 151, 152
 Délégations nationales 96 et s., 118, 137, 153
 Groupes de travail 95, 96, 123
 Présidence du Conseil 97
 Notes à l'attention du président du Conseil 153
 Technique des notes de bas de page 99
Consommateur
 Définition, 145, 230, 321
 Personne morale 322, 323
 Quasi-consommateur 209
 v. Directives
 v. Non-professionnel

Contraintes juridiques 77, 79
 Contrat d'adhésion 35, 36, 353
 Contrat de consommation : 12, 13
 Contrat de travail
 Dénomination 12, 13, 14, , 16, 17 et s.,
 20, 22 et s.
 Durée déterminée 55, 114, 118, 202,
 229, 291, 333
 Répartition des risques 45, 46,
 Responsabilité de l'employeur 45
 v. Directives
 v. Subordination
 v. Travailleur
 COSAC (Conférence interparlementaire
 des organes spécialisés dans les affaires
 communautaires) 92
 Crédit à la consommation 291, 315
 v. Directives
 v. Subordination

D

Déficit démocratique de l'UE 92, 109
 Dépendance économique 23, 28
 Déséquilibre significatif 70, 71, 142, 151,
 301
 Dialogue civil 104, 105, 106, 115
 Dialogue des juges 309
 Dialogue social 104, 107, 110, 111, 112,
 117, 118, 180, 201, 235, 377, 378, 379,
 380, 381
 Directives
 Directive 2000/31/CE sur le commerce
 électronique 201, 288
 Directive 2002/14/CE sur la
 consultation et l'information du travailleur
 201, 372
 Directive 2011/83/UE sur les droits
 des consommateurs 91, 191, 200, 201,
 263, 278, 279, 297
 Directive 2014/54/UE sur l'exercice
 des droits des travailleurs 110, 186, 191
 Directive 75/117/CEE sur l'égalité des
 rémunérations 223, 318

Directive 75/129/CEE sur les
 licenciements collectifs 117, 125, 135, 170,
 255, 288
 Directive 77/187/CEE sur le transfert
 d'entreprises 170, 223, 230, 282, 288, 330
 Directive 80/987/CEE sur
 l'insolvabilité de l'employeur 113, 170,
 255, 283
 Directive 84/450/CEE sur la publicité
 trompeuse 170, 259, 295
 Directive 85/374/CEE sur les produits
 défectueux 170, 184, 223, 260, 261, 366
 Directive 85/577/CEE sur les contrats
 conclus hors établissements commerciaux
 91, 144, 152, 153, 155, 170, 223, 230, 252,
 279, 297, 323
 Directive 91/533/CEE sur l'obligation
 d'information du travailleur 129, 134, 182,
 201, 280, 324
 Directive 93/13/CEE sur les clauses
 abusives 70, 140 et s., 148 et s., 182, 186,
 200, 202, 209, 223, 226, 229, 230, 253,
 296, 315, 322, 388
 Directive 96/71/CE sur le détachement
 des travailleurs 124, 132, 252, 324, 351
 Directive 97/7/CEE sur les contrats à
 distance 91, 176, 238, 279
 Directive 99/44/CE sur la vente 91,
 182, 200, 223, 255, 296
 Directive 99/70/CE sur le travail à
 durée déterminée 114, 202, 333
 Directive 94/47/CE sur le *timeshare* 87,
 147, 202, 230, 252, 279
 Directive 76/207/CEE sur l'égalité de
 traitement 223, 290, 338, 359
 En tant qu'instrument d'intégration 246
 et s.
 Discrimination 166, 300
 Discrimination en fonction de l'âge 335
 et s.
 Discrimination syndicale 371 et s.
 Travail de nuit des femmes 290
 Avantage de retraite 339
 v. Directives
 Droit commun des contrats 8 et s., 14 et s.,
 21, 30 et s., 45, 75, 159.

Réformes 301
Droit comparé/ études comparatives 80 et s., 299, 301, 303 et s., 328
Droits fondamentaux 49, 191 et s.
Articulation avec les libertés économiques 190, 351 et s.
Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 191, 280, 336, 352, 362

E

Egalité de traitement
v. Discrimination
Encadrement du droit national 311 et s., 345 et s.
Equilibre
v. Déséquilibre significatif
v. Confiance
Experts gouvernementaux/nationaux 87, 91, 96, 120, 140, 242, 295

F

Fléxibilité 204, 302
Fonctionnalité / Approche fonctionnelle 168

G

Garantie des vices cachés 367

H

Hard law 216, 232, 239

I

Implication du travailleur 127, 200, 280, 288, 382 et s.
Inégalité / contrat inégalitaire 9, 14, 18 et s., 35 et s., 56, 72 et s., 149, 193, 286, 396.

Information du consommateur / travailleur
En cours d'exécution du contrat 129, 201, 205, 280
Précontractuelle 62, et s., 201, 276 et s., 278, 279
Insolvabilité de l'employeur
Intégration
Négative / positive 217
Normative 232 et s., 263

L

Liberté d'établissement 244, 349, 351 et s.
Libre circulation des marchandises 163, 167, 343, 350
Libre circulation des travailleurs 6, 110, 186
Libre prestation des services 351 et s.
Louage de service 17 et s., 45,

M

Marché intérieur / Marché commun 5, 8, 83, 91, 100, 138, 155, 160, 163 et s., 168 et s., 173 et s., 182 et s., 186 et s., 207 et s., 225 et s., 251 et s., 270, 343
Méthode communautaire 215 et s.
Méthode ouverte de coordination : 232 et s.
Stratégie européenne pour l'emploi : Indicateurs / Evaluation 233 et s.

N

Non-papers 101, 122
Non-professionnel, 296, 321, 322, 323
v. consommateur

O

Obligation d'information du consommateur, 36, 61 et s., 278
v. Information

Obligation d'interprétation conforme 359 et s.

Obligation de sécurité à la charge du vendeur 367

Obligation de sécurité à la charge de l'employeur 297

Office du juge 312, 316, 389

v. Clauses abusives

Ordre public 18

Absolu 53

De direction 56

De protection 56, 59, 279, 282

Social 52 et s., 57 et s., 380

P

Parlement européen / Parlements nationaux 92 et s.

Partenaires sociaux européens 104 et s., 110, 117 et s., 333

Accords volontaires/autonomes 235

Rôle consultatif 113

Rôle normatif 114

Partie faible (protection de la) 52 et s., 74, 139, 151, 196 et s., 278 et s., 287 et s.

Principe de faveur 57 et s., 283

Appréciation de l'avantage 58

Principe de non-régression 250 et s., 297

Principe de subsidiarité 81, 85, 94, 234, 375

Processus décisionnel européen 77 et s., 92 et s., 103 et s., 111 et s., 158

Progrès économique et social 180, 185, 188 et s., 195 et s., 253 et s., 263

Proportionnalité (contrôle / principe de) 93, 228, 256, 337 et s.

Protection nationale renforcée 255 et s., 265, 297

Publicité trompeuse 64

v. Directive

R

Rapprochement des législations nationales 165 et s., 174, 222, 225, 227

Réalisation du droit européen

Coordination 212 et s., 231

Harmonisation

Exhaustive 246 et s., 254, 260

Maximale / Totale 246 et s., 253, 255, 259 et s.

Minimale 176, 213, 230 et s., 245 et s., 255 et s., 297

Partielle 213, 247, 253, 297

Unification 212 et s., 226, 246, 253

Recommandation 237

Règlement (UE) 910/2014 sur l'identification électronique et les services de confiance 66, 146, 152 et s., 277, 297, 323

Réflexion (droit de) 66, 146, 152 et s., 277, 297, 323

Rétractation (droit de) 67, 279, 323

Rupture conventionnelle du contrat de travail 302

S

Sécurisation du droit contractuel 281 et s., 366

Sécurité du travailleur :

Economique 200, 203

Physique 45 et s., 328

Société civile européenne

Parties prenantes (*stakeholders*) 104, 116, 119 et s.

Société civile organisée 104, 107, 116 et s.

Soft law

Recommandation 237

Codes de conduite 238

Subordination

Faisceau d'indices 25 et s.

Frontières avec travailleur indépendant 27 et s.

Parasubordination 28

v. Dépendance économique

T

Technique législative

Analyse d'impact 84, 89

Livres blancs, livres verts 83, 93

Option de politique législative 90

Scénario de référence 86

Temps de travail 51, , 284 et s.

v. Directive

Transfert d'entreprises

v. Directive

Transparence du lien contractuel 276, 280
et s.

Transposition

A maxima 296 et s.

A minima 301

Travailleur

Définition

En droit national

v. Contrat de travail

v. Subordination

En droit européen 324 et s.

Information et consultation 177, 191,
201, 205, 280, 383 et s., 391

Restriction aux libertés du travailleur

Justification 50

Proportionnalité 51

Travailleur indépendant 27

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	5
TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS	7
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	13
PARTIE I : LA PARTICIPATION DU DROIT NATIONAL A L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN	35
TITRE I: RETOUR SUR LA CONCEPTION DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR EN DROIT NATIONAL	37
CHAPITRE I : LA PROTECTION DES CONTRACTANTS FAIBLES	41
SECTION 1 : LE TRAVAILLEUR PARTIE FAIBLE SUBORDONNÉE	45
Paragraphe I : L'émancipation du contrat de travail du Code civil	47
Paragraphe II : La subordination critère distinctif du contrat de travail justifiant la protection de la partie faible.....	55
SECTION 2 : LE CONSOMMATEUR PARTIE FAIBLE PROFANE	67
Paragraphe I : La prise de conscience des insuffisances du droit commun	69
Paragraphe II : La consécration d'un régime protecteur du consommateur.....	73
CONCLUSION DU CHAPITRE I	83
CHAPITRE II : L'ELABORATION DE MECANISMES DIFFERENTS DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE	85
SECTION 1 : DES MECANISMES DE PROTECTION DU TRAVAILLEUR EN COURS D'EXECUTION DU CONTRAT	87
Paragraphe I : L'encadrement du pouvoir de l'employeur	89
1. L'encadrement du pouvoir de l'employeur et la répartition des risques	89
2. L'encadrement du pouvoir de l'employeur par la prise en compte des libertés du salarié	93
Paragraphe II : L'ordonnancement des sources du droit du travail	99
1. L'ordre public.....	99
2. Le principe de faveur.....	103
SECTION 2 : DES MECANISMES DE PROTECTION DU CONSOMMATEUR AXES NOTAMMENT SUR LA FORMATION DU CONSENTEMENT	107
Paragraphe I : Des mesures visant à garantir au consommateur un consentement libre et éclairé.....	109
Paragraphe II : Des mesures visant à garantir au consommateur la liberté de ne pas contracter	115
Paragraphe III : La révision des clauses du contrat.....	119
CONCLUSION DU CHAPITRE II	125
CONCLUSION DU TITRE I	127
TITRE II: L'INFLUENCE NATIONALE SUR L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN	131
CHAPITRE I : LES MODES D'INFLUENCE NATIONALE : UN PROCESSUS INHERENT AU SYSTEME DECISIONNEL EUROPÉEN	135
SECTION 1 : LA PARTICIPATION DU DROIT NATIONAL À L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN PAR LE BIAIS D'ACTEURS INSTITUTIONNELS	137
Paragraphe I : La voie comparative	139
1. Le recours au droit comparé pour déterminer la pertinence de l'intervention européenne.....	139
2. Le recours au droit comparé pour déterminer le contenu des normes européennes.....	146
Paragraphe II : La voie étatique	155
1. Le rôle significatif des parlements nationaux.....	155
2. Les négociations au sein du Conseil.....	161
SECTION 2 : LA PRISE EN COMPTE DU DROIT NATIONAL PAR LE BIAIS DE LA PARTICIPATION DES ACTEURS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE	169

Paragraphe I : Le rôle privilégié accordé à la société civile au sein du processus décisionnel européen	173
1. La participation de la société civile à la création du droit européen: une source de légitimité européenne d'origine nationale.....	173
2. Le rôle institutionnalisé des acteurs de la société civile européenne.....	179
Paragraphe II : Les acteurs de la société civile, porteurs de droits nationaux ?	189
1. Les acteurs de la société civile organisée	189
2. Les autres « parties prenantes » (<i>stakeholders</i>)	194
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	197
CHAPITRE II : LES MARQUES DE LA PARTICIPATION DU DROIT NATIONAL À L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN.....	199
SECTION 1 : LES MARQUES NATIONALES SUR LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE DU CONTRAT CONCLU PAR LE TRAVAILLEUR.....	201
Paragraphe I : Les influences nationales avant la publication de la proposition législative européenne	203
Paragraphe II : Les influences nationales après la publication de la proposition législative européenne	213
SECTION 2 : LES MARQUES NATIONALES SUR LA RÉGLEMENTATION EUROPÉENNE DU CONTRAT DE CONSOMMATION.....	219
Paragraphe I : Les influences nationales avant la publication de la proposition législative	221
Paragraphe II : Les influences nationales après la publication de la proposition législative européenne	229
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	237
CONCLUSION DU TITRE II	239
CONCLUSION DE LA PARTIE I.....	241
PARTIE II : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT EUROPÉEN DANS LE CONTEXTE NATIONAL.....	243
TITRE I : L'ÉMERGENCE DU MODÈLE EUROPÉEN DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR	245
CHAPITRE I : L'ÉLABORATION D'UN MODÈLE DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR PROPRE AU DROIT EUROPÉEN	249
SECTION 1 : LE CONSOMMATEUR ET LE TRAVAILLEUR EUROPÉENS EN TANT QU'ACTEURS DU MARCHÉ INTÉRIEUR.....	251
Paragraphe I : L'établissement du marché intérieur, fondement initialement exclusif de l'intervention européenne ponctuelle	253
1. Une approche non systémique.....	253
2. Une approche fonctionnelle	262
Paragraphe II : L'établissement du marché intérieur, fondement omniprésent de l'intervention européenne	269
1. L'« autonomisation » des compétences de l'Union après le Traité de Maastricht	269
2. L'hypertrophie du fondement relatif au fonctionnement du marché au détriment des fondements de protection autonomes.....	277
SECTION 2 : LE CONSOMMATEUR ET LE TRAVAILLEUR EUROPÉENS EN TANT QUE CITOYENS	283
Paragraphe I : La citoyenneté en tant que vecteur de rapprochement.....	287
1. Protéger les « citoyens du marché ».....	287
2. Vers une « socialisation » des priorités européennes ?	291
Paragraphe II : L'établissement de la confiance comme objectif de l'intervention européenne	297
1. La confiance du citoyen consommateur ou travailleur dans le marché en tant que dénominateur commun des interventions européennes.....	297
2. Les conséquences de la similarité de protection des deux acteurs	312
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	317
CHAPITRE II : LES MÉCANISMES DE RÉALISATION DU MODÈLE EUROPÉEN	319
SECTION 1 : L'ÉVENTAIL DES MÉTHODES DE RÉALISATION DU DROIT EUROPÉEN	321

Paragraphe I : Les méthodes contraignantes	323
1. L'harmonisation en tant que voie de prédilection.....	323
2. Les limites des méthodes contraignantes	333
Paragraphe II : Le recours à des formes de normativité graduée.....	339
1. Le renouvellement des méthodes contraignantes : l'utilisation des instruments normatifs souples	339
2. Des propositions de remplacement des méthodes contraignantes par des voies alternatives.....	350
SECTION 2 : LE ROLE CONFÉRÉ PAR LE DROIT EUROPÉEN AU DROIT NATIONAL.....	359
Paragraphe I : Une harmonisation garantissant une protection minimale	361
1. Le caractère minimal de l'harmonisation laissant une liberté au droit national	361
2. La marge accordée au droit national garantissant une protection minimale	369
Paragraphe II : Des ambitions maximales sans garantie d'une protection maximale	375
1. La recherche d'une intensification du degré d'harmonisation	375
2. Le risque d'un nivellement par le bas.....	382
CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	387
CONCLUSION DU TITRE I	389
TITRE II: LA RECEPTION DU MODELE EUROPEEN DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL	391
CHAPITRE I : LES INFLUENCES EUROPEENNES SUR LE MODELE NATIONAL	395
SECTION 1: LES MODIFICATIONS DU DROIT NATIONAL PAR DES VOIES INSTITUTIONNELLES : LA RECEPTION DE LA NOTION DE CONFIANCE EN DROIT NATIONAL	399
Paragraphe I : Le renforcement de la confiance contractuelle	403
1. La confiance par la transparence du lien contractuel	403
2. La confiance par la sécurisation du lien contractuel	414
Paragraphe II : Au-delà de la confiance contractuelle : la protection des acteurs	421
1. Du droit des contrats au droit des personnes, ou la dé-contractualisation de la protection.....	422
2. Une régression de la protection accordée en droit national ?.....	426
SECTION 2: LES MODIFICATIONS DU DROIT NATIONAL PAR DES VOIES NON INSTITUTIONNELLES.....	433
Paragraphe I : Les modifications motivées par la réception du droit européen	435
1. L'anticipation des normes européennes.....	435
2. Les transpositions <i>a maxima</i> des normes européennes.....	438
Paragraphe II : Les modifications motivées par le contexte européen.....	445
1. Le contexte européen, source d'inspiration des réformes du droit national	445
2. Le recours au droit comparé.....	456
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	461
CHAPITRE II : LES ACTEURS DE LA RECEPTION DU DROIT EUROPEEN	463
SECTION 1: LE ROLE DES JUGES : L'ARTICULATION DES FONCTIONS ECONOMIQUE ET SOCIALE DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR	465
Paragraphe I : L'encadrement du droit national par le juge européen	467
1. L'intervention du juge européen fondée sur le droit dérivé	469
a. L'encadrement des compétences réservées : l'exemple de l'autonomie procédurale des Etats membres	470
b. L'encadrement des compétences partagées : la précision des notions	477
c. L'encadrement des compétences partagées : les autres formes de contrôle ...	490
2. L'intervention du juge européen fondée sur le droit primaire : la protection du consommateur et du travailleur et les libertés de circulation	501
Paragraphe II : La réception du droit européen par le juge national	513
1. L'interprétation du droit national à la lumière du droit européen	514
2. L'influence du droit européen sur la jurisprudence nationale.....	524
SECTION 2 : LE RENFORCEMENT DU ROLE DES PARTENAIRES SOCIAUX ET DES ACTEURS DE LA SOCIETE CIVILE AU NIVEAU NATIONAL	531
Paragraphe I : La promotion de la norme négociée	533
1. Au niveau interprofessionnel	533
2. Au niveau de l'entreprise	538
Paragraphe II : La promotion de l'action collective en justice	545

CONCLUSION DU CHAPITRE II.....	551
CONCLUSION DU TITRE II	553
CONCLUSION DE LA PARTIE II	555
CONCLUSION GENERALE.....	557
BIBLIOGRAPHIE.....	561
INDEX.....	641
TABLE DES MATIERES.....	647