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 BERGÉ (directeur de thèse)

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon III)

Monsieur Pascal LOCIEK

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'Ecole 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.

Résumé

Le processus d'européanisation du droit national se réalise à travers les interactions entre le droit européen et les droits nationaux. Il comprend deux volets tout aussi importants : d'une part, les interactions au moment de l'élaboration des normes européennes, dans la mesure où le droit national constitue le point de départ et la source d'inspiration du droit de l'Union. D'autre part, les interactions s'effectuent au moment de l'application du droit européen dans les ordres juridiques nationaux.

Les contrats conclus par le consommateur et le travailleur constituent un terrain d'observation pertinent du processus d'européanisation du droit national. Traités par le droit national en tant que parties faibles des contrats imprégnés de finalités différentes, le consommateur et le travailleur sont soumis par le droit européen à des réglementations similaires, en tant qu'acteurs du marché et citoyens de l'Union. Le droit européen cherche alors à renforcer leur confiance dans le fonctionnement du marché. Il s'agit d'une vision axée sur la protection de la personne en tant qu'acteur plutôt que sur la relation contractuelle. Ce modèle du consommateur et du travailleur propre au droit de l'Union exerce ensuite une influence sur le droit national en faisant évoluer, directement ou indirectement, le droit national.

Centrée sur le processus décisionnel européen, et basée tant sur une bibliographie abondante en la matière que sur des archives des institutions européennes, cette étude montre la nécessité de repenser tant le droit national que le droit européen. Tiraillé entre une réglementation fragmentaire et des ambitions parfois démesurées, celui-ci est toujours en quête de cohérence.

Mots clés : européanisation, interactions, consommateur, travailleur, droit national, droit européen.

Abstract

The Europeanisation of national law. The case of consumer and employment contracts.

The Europeanization of national law is realized through the interactions between European law and national legal orders. It consists of two equally important components: on the one hand, interactions during the creation of European standards, as national law is the starting point and inspiration of EU law. On the other hand, interactions take place when EU law is enforced in to national legal systems.

Consumer and employment contracts are a relevant field for monitoring the process of the Europeanization of national law. French law is dealing with the consumer and the worker as weak part of two contracts the purposes of which are different. However, European law regulates the consumer and the worker in a similar way, i.e. as internal market players and EU citizens. Therefore, European law seeks to strengthen their confidence in the functioning of the internal market. The focus is on the protection of the individual as an actor rather than the contractual relationship vision. This European concept of the consumer and the worker has an impact on national law by changing it directly or indirectly.

Focused on EU decision-making process, and based both on an extensive bibliography and on the EU institutions records, this study shows the need to rethink national and European law. As it is torn between a fragmented regulatory and ambitions sometimes exaggerated, EU law is still in search of consistency.

Keywords : Europeanization, interactions, consumer, worker, national law, European law.

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 neuf ans 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 les membres de l'Institut suisse de droit comparé à Lausanne ainsi que des Archives historiques du Conseil et de la Commission européens à Bruxelles, et notamment de la DG Transparence, qui 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, 22 octobre 2014

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

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

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

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS **6**
TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS **7**
SOMMAIRE **9**
INTRODUCTION **11**

PARTIE I : L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN PAR LE DROIT NATIONAL **32**

TITRE I: LA CONCEPTION DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR EN DROIT NATIONAL **33**

CHAPITRE I : LA SUBORDINATION, ELEMENT ESSENTIEL DE LA CONCEPTION DU CONTRAT DE TRAVAIL 35
CHAPITRE II : LE REEQUILIBRE CONTRACTUEL, ELEMENT ESSENTIEL DE LA CONCEPTION DU CONTRAT DE CONSOMMATION 88

TITRE II: L'INFLUENCE NATIONALE SUR L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN **132**

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 191

PARTIE II : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT EUROPÉEN DANS LE CADRE DU CONTEXTE NATIONAL **226**

TITRE I: L'EMERGENCE DU MODELE EUROPEEN DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR **227**

CHAPITRE I : L'ELABORATION D'UN MODELE DU TRAVAILLEUR ET DU CONSOMMATEUR PROPRE AU DROIT EUROPEEN 231
CHAPITRE II : LES MECANISMES DE REALISATION DU MODELE EUROPEEN 293

TITRE II: LA RECEPTION DU MODELE EUROPEEN DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL **357**

CHAPITRE I : LES INFLUENCES EUROPEENNES SUR LE MODELE NATIONAL 360
CHAPITRE II : LES ACTEURS DE LA RECEPTION DE L'INFLUENCE EUROPEENNE SUR LE DROIT NATIONAL 414

CONCLUSION GENERALE **500**
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE **505**
TABLE DES MATIERES **568**

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

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, méconnaitre le droit communautaire revient à mal connaître son droit national »[1]. Se pencher sur le processus d'européanisation 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 alors à mieux comprendre, voire à revoir son propre droit. Loin d'être démesurément ambitieuse ou de prétendre à l'exhaustivité, cette entreprise a pour principal objectif de donner des pistes de réflexion et une proposition de lecture du droit français à travers le rôle que celui-ci joue dans la grande aventure européenne.

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

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

1. L'européanisation 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 Européenne[2], 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 membres à repenser leurs droits nationaux. « A la différence des traités internationaux ordinaires, le Traité de la Communauté Economique Européenne a

[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.

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 »[3]. L'affirmation de la Cour de Justice dans le célèbre arrêt *Costa c/ Enel* reflète bien 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 antérieure 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 protéiforme[5] 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 juridiques[7] qui conduit à des altérations beaucoup plus profondes : elle imprègne le raisonnement juridique,

---

[3] CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c/ E.N.E.L.*, Aff. 6/64, *Rec.* p. 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.

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. Il se voit obligé de repenser son droit, à travers des notions qui reçoivent un sens propre au droit européen, 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 elles[9]. Une distinction est souvent opérée par les auteurs entre européanisation directe, lorsque l'intervention du droit européen se réalise par la voie législative, et européanisation indirecte lorsque l'influence européenne a lieu par d'autres biais, tels que les principes généraux[10].

En même temps, la doctrine tente de cerner les impacts directs et indirects, tant en termes de théorie et de méthodologie du droit plus généralement que d'influences sur des branches spécifiques du droit national[11]. 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. pp. 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-1er février 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 17-38, not. pp. 21 et 28. Nous maintiendrons, ne serait-ce qu'en partie, cette distinction pour aborder la réception du droit européen dans les ordres juridiques nationaux. V. *supra*, sous Partie II, Titre II, Chapitre I.

[11] Outre les ouvrages déjà cités, v. à titre indicatif 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 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*

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 administratif[12] ou le droit pénal[13].

2. Le rôle des interactions dans le processus d'européanisation du droit national– En dépit de l'importance des mutations du droit national suite à la réception du droit européen, cantonner l'étude au processus de l'application du droit de l'Union, comme c'est souvent le cas dans les travaux doctrinaux[14], n'offre qu'une vision elliptique de l'européanisation 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 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

---

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 Partie II.

[12] V. par exemple Jürgen SCHWARZE, *Le droit administratif européen,* 2e éd., 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, & Urhich 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, 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'européanisation du droit aux effets du processus de l'intégration du droit européen dans les ordres juridiques nationaux. Il remarque ainsi que «in adressing 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 effets of European integration?» («en traitant la question de l'européanisation 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 intégration*, op.cit., pp. 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, pp. 33-49, not. p. 33. V. également Brian BERCUSSON, « Le concept de droit du travail » *in* Alain SUPIOT (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 ».

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 des nouveaux échanges.

C'est pour mettre l'accent sur cette dimension pluridirectionnelle des échanges entre les deux ordres juridiques que nous aborderons l'européanisation du droit national à travers ses interactions avec le droit européen. Notion emportée, initialement employée par les sociologues américains[16], l'interaction a su obtenir une dimension pluridisciplinaire. Elle se trouve ainsi au cœur de la communication verbale[17] 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]. Retranscrites 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, il existe un dialogue permanent entre les deux ordres juridiques, qui, à l'instar de la communication verbale, implique des échanges mutuels et, partant, des changements réciproques[19].

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 préfèrera 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

---

[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., p. 1-12, not. p. 3.

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 hiérarchisée[20] : « 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 national[22] ? 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 que, comme nous avons déjà exposé, les règles européennes n'ont pas nécessairement vocation à remplacer les dispositions nationales existantes, elles 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 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'Union[23]. Il s'agit plutôt, pour

---

[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 dernière 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.

[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 des 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

reprendre les termes du président de la Cour de Justice M. Mertens de Wilmars[24], 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'européanisation du droit national s'avère plus adéquat pour aborder les problématiques du présent travail.

4. La définition retenue de l'européanisation du droit national– Au vu de ces réflexions, nous aborderons l'européanisation 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 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 limiterons 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 d'articulation et une comparaison supplémentaires, et nuirait, par conséquent, à la démonstration. Néanmoins, certaines références aux droits d'autres pays de l'Union

---

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, 1er 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 comptétent 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.

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

seront apportées à titre d'illustration, lorsque cela sera jugé pertinent. Quant au champ matériel du droit national et du droit européen, il sera 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'européanisation du droit national, une étude de ce phénomène sans délimitation du champ matériel s'avère mission impossible. Il nous a ainsi fallu choisir un domaine d'étude qui constituera notre terrain d'observation du processus de l'européanisation.

Le domaine des relations entre personnes privées, correspondant à ce que certains droits nationaux qualifient de « droit privé »[26], constitue, depuis les 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. Si 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, elles ont au fur et à mesure

[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 fondamentales du juriste habitué aux droits dits de la famille romano-germanique, elle dépayse, en revanche, le juriste de *common law*. L'appelation «droit privé européen» serait ainsi une projection sur le droit européen des 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 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.

soulevé des problématiques plus globales, notamment avec les initiatives, émanant de la doctrine dans un premier temps[27], puis de des instances européennes[28], concernant la mise en place d'un droit harmonisé des contrats. Les initiatives autour d'un droit européen des contrats ont suscité des réactions parfois très virulentes dans les Etats membres, notamment au sein de la doctrine française qui les a perçues comme une sorte d'invasion brutale dans un domaine portant une forte empreinte nationale[29]. « Un code civil européen [...] serait comme un acte de spoliation, un

[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, SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, *Terminologie contractuelle commune*, Paris, Société de législation comparée, 2008 ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, *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 réflextion 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 1er 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 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

empiètement, 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 national[30]. 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 qu'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 matière contractuelle prévu par la proposition de Règlement sur le droit européen de la vente[31].

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, il se construit –le plus souvent de manière parcellaire– plutôt sur la base des objectifs poursuivis que sur la base 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

---

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.

[31] Proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final du 11 octobre 2011. Nous examinerons, néanmoins, 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.

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[33]. Nous décidons ainsi d'en faire notre terrain d'observation de l'européanisation 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 travail[34] et au contrat de consommation[35]. 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).

En revanche, le droit européen ne possède pas de passé civiliste qui pourrait constituer le point de départ de son intervention. Pire encore, 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,

---

[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-1er 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 ».

[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*, 3e éd., Paris, PUF, Droit Fondamental, 1996, not. p. 101-102, n° 44-3. Plus récemment, la doctrine emploi 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.

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. Le droit européen s'intéresse alors au consommateur et au travailleur en tant qu'acteurs : acteurs du marché dans un premier temps, susceptibles d'en constituer à la fois des moteurs et des entraves ; puis, dans un second temps, acteurs en tant que citoyens de l'Union[36]. 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 travail[37]. Il n'en demeure pas moins que cette démarche 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

---

[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 caractèristique 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, droit et consommation, 1999; Daniel FASCQUELLE & Partick 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, *Traité de droit social de l'Union Européenne*, 2e éd., Paris, LGDJ, 2014 ; Sylvie HENNION, Muriel LE BARBIER-LE BRIS & Marion DEL SOL, *Droit social européen et international*, 2ème édition, Paris, PUF, 2013 ; Jean-Michel SERVAIS, *Droit social de l'Union Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011; Medhi HAJI-CAUSSANEL, *Cour de Justice des Communautés Européennes, droit social communautaire, droit social français : le jeu d'influence*, thèse, Université Montpellier I,

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 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 contractuelles[42].

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, où le droit national suit traditionnellement la séparation entre les relations individuelles et les relations collectives de travail[43]. 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 de 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

---

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, Université Paris X Nanterre, 1996 ; Ismaël OMARJEE, *L'outre-mer français et le droit social communautaire*, Paris, LGDJ, 2000.

[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 contracuelles, 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'intermediaire de ses représentants» Pascal LOKIEC, *Droit du travail, t. II, Les relations collectives de travail*, Paris, PUF, Thémis 2011, not. p. 1 ,n° 1.

exclus de la compétence du législateur européen[44]. 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 représentatives des deux acteurs jouent un rôle important tant au moment de l'élaboration qu'au moment de l'application du droit de l'Union. Elles 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. Par conséquent, ces aspects seront 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.

Seront, 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 nationaux[46].

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 européen[47]. Bien qu'il s'agisse d'une étude transversale du droit européen dont les

---

[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.

[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

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 international privé européen seront faites, à titre complémentaire, lorsque cela sera 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 règlementations 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 hasardeux[48]. L'idée serait 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.

---

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, Université Paris II, 2013.

[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.

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. Elle s'explique, d'une part, par la nature des interventions européennes, dépourvues d'une vision d'ensemble et motivées par des objectifs à atteindre –qui semblent, d'ailleurs, souvent antinomiques[49]– 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 classifie 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 répère 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, elle a, pourtant, atteint ses limites, appelant alors à des réflexions transversales. Monsieur Jean-Sylverstre 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 révèlerait une troisième raison de légitimité de 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

[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 BERGE, « 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.

présent travail, à l'élaboration d'une « doctrine d'ensemble »[51] de la protection des acteurs du 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 exposés[52] 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 pourrait 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 se réunissent éventuellement, il serait pertinent de repenser l'acquis européen déjà existant qui n'a pas, à notre sens, épuisé 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 pourrait être perçue 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,

---

[51] Le terme est emprunté à Monsieur Ludovic Bernardeau qui l'emploi à propos de la démarche de la Cour de Justice en matière du droit de rétractation: « la décision du 13 décembre dernier participe 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° 6.

voire choquant pour le juriste national. La première objection se situe dans la 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 justifiant un régime contractuel aménagé, en d'autres termes une relation contractuelle inégalitaire[53], le juriste national considère que les aspirations sont différentes. Cette différence exclurait 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 commencent progressivement à remettre en question de 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 droit[55]. « 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-Roche[56]. Si les liens entre le droit civil et les régimes contractuels spéciaux, dont il est la terre natale et le socle communs, sont

[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.

plus facilement perceptibles[57], on peut également constater une dialectique entre les différents contrats spéciaux, dont le contrat de travail et le contrat de consommation. Madame Juliette Robichez remarque bien 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 doit de la concurrence ou au droit du travail »[59]. Par conséquent, il convient de constater une certaine perméabilité des deux matières, permettant ainsi la comparaison[60], 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. Elle pourrait, en effet, être perçue comme une complexification inutile d'une dogmatique juridique bien ordonnée. Néanmoins, la piste réflexion 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 travailleur[61]. Sans perdre de vue le contexte contractuel, la comparaison des deux domaines de protection permettrait, alors, de raisonner plutôt en 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,

---

[57] V. parmi d'autres Denis MAZEAUD, «L'imbrication du droit commun et des drois 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, 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 et s.

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 lui[62]?

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 ? Quel est l'impact de ce processus d'européanisation 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 de deux niveaux de lecture, l'un d'articulation de systèmes juridiques, l'autre d'articulation de champs matériels, nous avons opté pour un axe de répartition chronologique, dans l'objectif de faciliter la démonstration. Elle traite les deux facettes de l'européanisation 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'européanisation 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. Une fois ces modèles nationaux esquissés, nous pourrons 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.

Dans un second temps, nous nous pencherons sur l'autre facette de l'européanisation du droit national, à savoir l'influence exercée au moment 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

[62] Sur cette question v. *infra* sous Partie II, Titre II, Chapitre II.

stade de la réflexion implique une interrogation tant sur l'ampleur que sur les acteurs de l'influence européenne.

Partie I : L'élaboration du droit européen par le droit national

Partie II : L'application du droit européen dans le contexte national

PARTIE I : L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN PAR LE DROIT NATIONAL

11. La participation du droit national à l'élaboration du droit de l'Union, une étape méconnue du processus d'européanisation 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'européanisation 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'européanisation (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: LA CONCEPTION DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR EN DROIT NATIONAL

12. Dresser les modèles nationaux, une étape nécessaire à l'étude de l'européanisation 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'européanisation du droit national, à savoir son rôle en tant que source du droit de l'Union. 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 le contrat de consommation, en tant que contrat spécial, distinct du contrat de vente prévu par le Code civil, a une histoire relativement courte, le contrat de travail plonge ses racines, ne serait-ce que sous un vocable différent[63], au moins dans le Code civil de

[63] On pense notamment au terme « louage de service », V. *infra, sous* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I, Paragraphe I.

1804[64]. 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 19ème 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 subordination[65]. Malgré son histoire relativement récente, le contrat de consommation a également fait l'objet d'une doctrine abondante[66].

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.

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 juge[67], reconnaît comme élément primordial de chaque contrat et, partant, de chacun des deux contractants. Les travaux doctrinaux viendront peaufiner le portrait esquissé. On se penchera ainsi dans un premier temps sur la conception du contrat de travail (*Chapitre I*) avant de faire de même pour le contrat de consommation (*Chapitre II*).

---

[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* Partie I, Titre I, Chapitre I, Section I, Paragraphe I.

[66] V. *infra*, *sous* Partie I, Titre I, Chapitre II, Section I, Paragraphe I.

[67] On ne saurait, cependant, négliger la place prépondérante accordée en droit de 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 un *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.

CHAPITRE I : LA SUBORDINATION, ELEMENT ESSENTIEL DE LA CONCEPTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

14. Le contrat de travail en tant que convention– 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]. S'il est avant tout une convention, il est *a priori* soumis au principe de la liberté contractuelle, exprimé dans l'art. 1134 al. 1 du Code civil[69]. 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 volonté[70], 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 volonté[71]. Une question se pose pourtant : le contrat de travail constitue-t-il une convention au sens classique du terme, axée sur la liberté contractuelle et la volonté des parties ? Ne présente-t-il pas plutôt des particularités qui conduiraient à l'altération de la conception traditionnelle du contrat ?

15. Le contrat de travail ordonné autour du lien de subordination– Un regard sur l'histoire du contrat de travail s'impose pour comprendre la conception que le législateur français fait de cette convention. Il ne s'agit pas ici de faire une étude historique détaillée avec une quelconque prétention à l'exhaustivité. Notre objectif est de tracer les grandes lignes de l'évolution de la conception du contrat de travail, à partir desquelles il est possible de comprendre le modèle français de la relation de travail.

---

[68] Guillaume Henri CAMERLYNCK, *Traité du droit du travail, t. 1, Contrat de travail*, 1re 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*, 2ème 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 19ème siècle. V. sur ce point, Jean-Louis HALPERIN, *idem,* p. 144 s.

La naissance du contrat de travail est, en effet, intimement liée avec le développement du lien de subordination qui constitue son élément caractéristique (*Section I*). A cause de la subordination, le contrat de travail est par nature inégalitaire[72]. Le droit national cherche alors à encadrer le pouvoir de l'employeur, en protégeant le salarié. C'est en ce sens que la relation de travail est ordonnée autour de la subordination (*Section II*).

[72] Gérard LYON-CAEN, « Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail », *Dr. Ouv*. 1951, p. 1 (réédité *Dr. Ouv*. 2004, p. 52)

SECTION 1 : LA NAISSANCE DU CONTRAT DE TRAVAIL ET LA CONSTRUCTION DU LIEN DE SUBORDINATION

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 employeur[73].

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 l'omniprésence du lien de subordination, même lorsque celui-ci n'est pas expressément prévu (*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*).

---

[73] 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*, 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 : Du louage de service à la reconnaissance du contrat de travail

Le Code civil constitue le premier texte qui regroupe, ne serait-ce que de manière très laconique, des normes régissant la relation de travail. Le droit du travail ne constituant pas encore une branche autonome de droit, la réglementation de la relation de travail était plutôt symptomatique, dans la mesure où elle était principalement laissée au principe de l'autonomie de la volonté des parties. Le lien de subordination était pourtant présent, bien que sous-entendu (*1*). Il ressort plus clairement après l'émancipation du contrat de travail de l'emprise du droit civil (*2*).

1. La subordination à l'époque du royaume de la liberté contractuelle

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 choses[74], 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 »[75].

Cette disposition s'inscrit dans la lignée de la Révolution de 1789 qui proclame la liberté individuelle et la liberté de l'industrie et du commerce. La relation de travail

---

[74] 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 SUPIOT, *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 SUPIOT, *Critique du droit du travail*, 2ème édition « Quadrige », Paris, PUF, 2007.

[75] 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° 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).

est 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 » était ainsi laissé à la liberté contractuelle[76]. En effet, le travail industriel étant quasiment inexistant en 1804, le groupe des travailleurs visé par le législateur est plutôt celui « des petits travailleurs indépendants et non pas celui du travail subordonné, contraire aux idéaux de liberté et d'égalité, défendus par la Révolution »[77]. Ainsi, aucune limite concernant la durée[78], 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 »[79]. D'ailleurs, l'étude des relations industrielles ne relevait pas de manière certaine du droit privé et certains estimaient qu'elle relevait du droit public[80].

18. L'existence de la subordination du salarié en dépit du dogme de l'autonomie de la volonté contractuelle– En effet, les deux parties au contrat, employeur et salarié, sont *a priori* considérées comme égales. Ainsi, à partir du moment où 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 Fouillée[81] ; les parties au contrat

---

[76] V. en ce sens, Emmanuel DOCKES & Gilles AUZERO, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, Précis, 29ème édition, 2014, p. 10.

[77] V. Alain SUPIOT, *Droit du travail*, *op.cit.*, p. 16.

[78] 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.

[79] Cité par Georges BRY, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 5ème édition, 1912, p. 65.

[80] V. sur ce point Paul PIC, *Traité élémentaire de législation ouvrière. Les lois ouvrières*, Paris, éd. A. Rousseau, 1912, not. note 13 : « en tant qu'elle organise une sorte de tutelle administrative des travailleurs, la législation ouvrière ressortit au droit public mais elle se rattache au contraire au droit privé lorsqu'elle légifère sur les contrats industriels. Si donc il peut y avoir un avantage à inscrire dans un code ouvrier, distinct du Code civil, une réglementation complète et détaillée du contrat de travail, du moins convient-il de poser dans le Code civil les principes directeurs dont le législateur du XXè siècle entend désormais s'inspirer ».

[81] Alfred FOUILLEE, *L'idée moderne du droit*, 3ème édition, Paris, Hachette, 1890, p. 187.

sont les meilleurs défendeurs 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 notions[82].

Cependant, même en l'absence d'encadrement législatif du rapport de travail, on peut déjà détecter une subordination du salarié à l'autorité de l'employeur. Cette constatation pourrait paraître de prime abord contradictoire : si les parties sont égales, comment expliquer le lien de subordination ? Les deux notions ne sont-elles pas antinomiques ? Même à l'époque du « royaume de la liberté » et de l'égalité contractuelle, la relation de travail est construite sur un rapport fondamentalement inégalitaire. Cette caractéristique apparaît d'ailleurs dans la façon dont le législateur régit la relation de travail subordonné.

Le modèle du rapport de travail visé par le Code civil de 1804 perçoit 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 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.

Il convient certainement d'évoquer ici l'institution du livret ouvrier. Rétabli par la loi du 12 avril 1803, le livret ouvrier devient obligatoire pour tout ouvrier. Sans lui, il est impossible à ce dernier d'être embauché. Transparaît à travers lui la dépendance dans laquelle se trouve alors l'ouvrier par rapport au patron qui l'emploie. Inversement, le livret ouvrier constituait pour le patron une sorte de

[82] 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.

garantie de l'exécution du contrat[83]. L'employeur conservait ainsi le livret ouvrier de ses employés, sur lequel il mentionnait la nature et la durée du travail, le salaire ou les jours de congé. Le salarié perdait ainsi la liberté de changer de travail tant que son ancien patron ne confirmait pas l'accomplissement de ses engagements contractuels[84], notamment le remboursement des avances consenties par l'employeur, pratique qui fût très répandue à l'époque[85].

19. La subordination dans les premiers encadrements juridiques de la relation de travail– L'encadrement juridique du rapport de travail commence à voir le jour à partir des années 1840. La révolution industrielle et les débuts du mouvement ouvrier[86] soulèvent la question sociale. La nécessité de protéger les ouvriers les plus vulnérables suscitera, quoique de manière encore très limitée, l'intervention du législateur. La loi du 22 mars 1841, ayant comme objectif de protéger les enfants de moins de seize ans travaillant dans les manufactures[87], fut ainsi la première loi sociale française. Elle a été accompagnée en 1848 par le décret du 26 février par lequel le gouvernement s'engageait « à garantir du travail à tous les citoyens »[88].

Sous le second Empire, et surtout tout au long de la troisième République, les interventions étatiques sur la relation de travail se multiplient, sous l'influence de

---

[83] V. le rapport Salmon sur le projet de la loi de 1851, qui caractérise le livret ouvrier comme « gage de la fidèle exécution des conventions arrêtées », *Dalloz*, 1851 p. 67.

[84] Sur le livret ouvrier v. notamment Jacques LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours*, 3ème édition Paris, éd. Calligrames, 1989, p. 41 ; Gérard AUBIN & Jacques BOUVERESSE, *op. cit*., p. 106 ainsi que Norbert OLSZAK, *Histoire du droit du travail*, Collection, « Que sais-je ? » n° 3450, Paris, PUF, 1999, p. 29-33. Pour une analyse approfondie du sujet, v. la thèse de Henri BERNARD, *Le livret ouvrier*, thèse soutenue à l'Université de Lyon, éditions A. Rousseau, Paris, 1903. V. également Patrick FRIDENSON, « Approche historique de la notion de subordination » *in* 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*, Rapport de recherche, Nantes, Maison des Sciences de l'Homme Ange Guépin, 2002, p. 41-51.

[85] V. sur ce point, Edouard DOLLEANS & Gérard DEHOVE, *Histoire du travail en France des origines à 1919*, Paris, éd. Domat Montchrestien, 1953, p. 156.

[86] Sur le mouvement ouvrier, v. parmi d'autres, Edouard DOLLEANS & Gérard DEHOVE, *Histoire du travail en France des origines à 1919, op. cit*., p. 185-253 et 293-330.

[87] La loi était applicable aux fabriques occupant plus de vingt ouvriers ou utilisant des moteurs mécaniques. http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/loi_22_mars_1841-2.pdf (consulté le 20.09.2014).

[88] Le décret du 26 février 1948 disposait que « le Gouvernement de la République française s'engage à garantir l'existence de l'ouvrier par le travail. Il s'engage à garantir du travail à tous les citoyens ». Il convient, toutefois, de préciser que ce décret, qui s'est traduit par la création des ateliers nationaux, a été dès la fin 1848 amendé. Les ateliers nationaux ont été supprimés. De plus, si l'Etat garantissait toujours le droit à l'emploi, il imposait une obligation de travailler à toute personne en capacité de le faire.

l'école du droit objectif[89] ainsi que du courant « solidariste »[90]; le régime juridique du travail n'est plus totalement abandonné à la liberté contractuelle et à la théorie générale des contrats du droit civil. Le droit social, en tant que branche spéciale, fait lentement, mais sûrement, ses premiers pas.

Les réglementations concernent principalement la durée du contrat de travail[91], le travail des femmes[92] ou encore l'établissement du repos hebdomadaire[93]. L'intervention étatique se donne comme objectifs de « limiter les abus les plus flagrants »[94], de préserver la paix sociale, mais aussi « d'empêcher l'épuisement de la force ouvrière par des conditions de travail extrêmement dures ». « Loin de gêner la liberté, la loi protège contre les abus et les excès qui la font haïr », précise le rapport Collet sur le projet de loi de mars 1851[95].

20. Une subordination librement consentie– Cela étant, la subordination demeure le trait caractéristique du rapport de travail. Il s'agit d'une subordination de fait[96], existante dans la réalité quotidienne de la relation du patron et de l'employé mais qui n'est pas expressément reconnue, cachée derrière le dogme de la liberté

---

[89] Dans la théorie du droit objectif, c'est l'utilité sociale des droits, tant des individus que de l'Etat qui constitue le fondement de leur légitimité. De ce point de vue, elle s'oppose aux doctrines allemandes exprimées par exemple par G. Jellinet, C. von Gerber ou P. Laband. En effet, ces dernières ont subjectivisé le pouvoir public , V. Léon DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, éd. Fontemoing, Paris, 1901 (réimprimé avec une préface Franck MODERNE, éditions Paris, Dalloz, 2003) ; *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris, éd. F. Alcan, 1908 et aussi la thèse de Emmanuel GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse soutenue à l'Université de Dijon, Paris, éd. A. Rousseau, 1912 comp. à Maurice HAURIOU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté,* éd Paris, Blond & Gay, 1933.

[90] Sur la théorie de la solidarité V. notamment Emile DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, éd. F. Alcan, 1893, réédité par les éditons PUF, Paris, 2007 ainsi que Léon BOURGEOIS, *Solidarité*, 7ème éd., Paris, éd. A. Colin, 1912, nouvelle édition, Lormont, éd. Le Bord de l'Eau, 2008 et plus tard, Georges GURVICH, *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.

[91] V. par exemple le décret-loi du 9 septembre 1948 prévoyant un horaire effectif de 12 heures par journée pour les employés travaillant dans les manufactures et les usines, durée qui a été modifiée un demi-siècle plus tard par la loi du 30 mars 1900, puis par celle du 29 juin 1905, cette dernière portant uniquement sur les ouvriers qui s'occupaient de l'abattage dans l'intérieur de la mine.

[92] V. la loi du 2 novembre 1892 concernant la durée de travail des femmes, qui était fixée à 11 heures par journée ainsi que l'interdiction du travail de nuit http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Loi_du_2_novembre_1892.pdf (consulté le 20.09.2014).

[93] V. la loi du 13 juillet 1906 qui, après des longues années de débat sur la question, rétablit le repos dominical, qui a été aboli après la séparation de l'Etat de l'Eglise http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Loi_du_13_juillet_1906.pdf (consulté le 20.09.2014).

[94] Phrase appartenant à P. Leroy-Beaulieu, citée par Jacques LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours, op. cit.,* p. 49. Il convient, toutefois, de noter que les règles adoptées en droit du travail ne sont pas nécessairement univoques, dans le sens où elles n'ont pas qu'une seule finalité. Sur ce caractère « réversible », v. not. Gérard LYON-CAEN, *Le droit du travail, une technique réversible*, Paris, Dalloz, 1995.

[95] Projet de loi portant sur l'apprentissage, *Dalloz*, 1851, IV, p. 48.

[96] Emmanuel DOCKES, « Notion de contrat de travail », *op. cit.,* not. p. 546.

contractuelle. La subordination est intimement liée au louage de service, qui, comme remarque Monsieur Thierry Revet, est une «variété de louage de choses. Elle inscrit la force de travail dans le mécanisme de location : elle la transforme en chose louée »[97]. Certes la Constitution du 4 novembre 1848 a pu affirmer que la société favorisait « *l'égalité de rapports entre le patron et l'ouvrier* »[98] . Il n'en reste pas moins que le principe de la liberté contractuelle autorise le salarié, au moment de la conclusion de son contrat, à aliéner contractuellement sa force de travail en faveur de son employeur. L'employeur quant à lui demeure le maître du jeu : il est le seul habilité à édicter des règles de fonctionnement de son établissement et, par conséquent, du rapport de travail[99], de telle sorte que certains auteurs utilisent le terme « le patron législateur »[100] ou « le patron seul juge »[101]. Comme le remarque à juste titre Madame Muriel Fabre-Magnan, la subordination inhérente à la location de la force de travail constitue « un substitut de la dépossession, la compensation trouvée à l'absence de dépossession »[102]. Cette notion de dépossession, caractéristique du louage, est très révélatrice de la conception que le Code civil de 1804 réserve à la relation de travail. Une subordination « librement consentie »: c'est

---

[97] Thierry REVET, « L'objet du contrat de travail », *Dr soc*, 1999, p. 859-870, not. p. 867.

[98] V. l'art. 13 de la Constitution de 1848, qui disposait que « La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie. La société favorise et encourage le développement du travail par l'enseignement primaire gratuit, l'éducation professionnelle, *l'égalité de rapports, entre le patron et l'ouvrier*, les institutions de prévoyance et de crédit, les institutions agricoles, les associations volontaires, et l'établissement, par l'Etat, les départements et les communes, de travaux publics propres à employer les bras inoccupés ; elle fournit l'assistance aux enfants abandonnés, aux infirmes et aux vieillards sans ressources, et que leurs familles ne peuvent secourir ».

[99] Plus largement, sur le rapport entre contrat (et subordination) et pouvoir de l'employeur, il existe un débat doctrinal entre les auteurs qui prétendent que le pouvoir de l'employeur est fondé sur le contrat de travail caractérisé par l'existence d'un lien de subordination et ceux qui, percevant l'entreprise comme une institution, considèrent au contraire que l'employeur tire son pouvoir de sa fonction de chef d'entreprise. Sur ces questions v. Emmanuel DOCKES, « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », in *Analyses juridiques et valeurs en droit social. Etudes offertes à Jean Pélissier*, Dalloz, 2004, p. 203-211; Pascal LOKIEC, *Contrat et pouvoir, Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, *op. cit.* ; Thomas PASQUIER, *L'économie du contrat de travail*, *op. cit.* ; Alexandre FABRE, *Le régime du pouvoir de l'employeur*, *op. cit.*

[100] La théorie du patron législateur naturel s'inscrit dans la pensée dite institutionnelle construite par Paul DURAND, *Traité de droit du travail*, Dalloz, Tome 1, 1947, n° 119, p. 151 : « le chef d'entreprise est le législateur naturel de la société professionnelle, parce qu'il a pour fonction d'en coordonner les éléments et d'assurer le bien commun du groupement ».

[101] La théorie de l'employeur seul juge est issue notamment de l'arrêt *Brinon* de la Cour de cassation : Cass. Soc, 31 mai 1956, *Brinon, JCP* 1956, 9397, note Paul Esmein ; *D.* 1958, p. 21-24, note G. Levasseur. La Cour de cassation a énoncé, à l'occasion de cet arrêt que « l'employeur qui porte la responsabilité de l'entreprise est seul juge des circonstances qui la détermine à cesser son exploitation et aucune disposition légale ne lui fait l'obligation de maintenir son activité à seule fin d'assurer à son personnel la stabilité de son emploi, pourvu qu'il observe, à l'égard de ceux qu'il emploie, les règles édictées par le Code du travail». V. également, Jacques LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours, op.cit.,* p. 35 et 36.

[102] Muriel FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », *in* Alain SUPIOT (dir.), *Le travail en perspectives*, Paris, LGDJ, 1998, p. 101-124, not. p. 119.

l'expression qui résume la conception juridique du rapport de travail, et ce au moins jusqu'à la fin des années 1870.

2. La subordination à l'époque de l'essor du droit social

21. 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.

22. 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 19ème 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 significatifs[103]. Néanmoins, influencée par l'essor du travail industriel, la doctrine revendiquera ensuite l'utilisation d'un terme plus approprié, celui de « contrat de travail »[104].

---

[103] 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. Briere, 1892 ; Georges BRY, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, Lerose, 1895 ; Louis COURCELLE, *Traité de législation ouvrière*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1902.

[104] Dans sa thèse intitulé *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, 1987. De son coté, 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

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 »[105] consacre pour la première fois[106] le terme « contrat de travail »[107]. Il en va de même des premiers congrès internationaux réunissant les spécialistes en la matière[108]. 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 contrat[109]. 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

---

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.

[105] Il s'agit 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.

[106] Le terme avait été utilisé pour la première fois par la loi du 18 juin 1901.

[107] Le terme est en effet utilisé comme le titre II du 1er livre du Code de Travail.

[108] 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.

[109] Jacques LE GOFF, *Du silence à la parole, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours*, *op. cit.*, p. 276.

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 »[110].

En effet, à l'origine, ce sont les économistes et non les juristes qui ont employé la dénomination de « contrat de travail »[111]. Celle-ci ne se répandra que plus tard dans le milieu doctrinal et dans le milieu parlementaire. « Nous tenons pour acquise la dénomination de contrat de travail qui tend de plus en plus à passer dans le langage courant » remarque Paul Pic en 1900[112]. 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 »[113].

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 Bry[114]. 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 »[115].

23. 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

---

110 Rapport Charbon, présenté le 27 décembre 2007 à la commission de travail de la Chambre, cité par Francis HORDERN, « 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, not. p. note 25.

111 C'est, en tout cas, ce que les auteurs de la fin du 19ème siècle soutiennent. V. sur ce point, v. Francis HORDERN, « Du louage de service au contrat de travail ou de la police au droit (XVIIIe- XXe siècle) », *op. cit.*, not. p. 77, note 2.

112 Paul PIC, *Les lois ouvrières*, cité par Francis HORDERN, « Du louage de service au contrat de travail ou de la police au droit (XVIIIe- XXe siècle) », *op. cit*., p. 78, note 1.

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

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

115 Cité par Francis HORDERN, « Du louage de service au contrat de travail ou de la police au droit (XVIIIe- XXe siècle) », *op. cit*., p. 79, note 4.

autres conventions ? Il s'agit d'une question dont les aspects sont assez complexes. 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 sociales[116] qui fleurissent en Europe entre la fin du 19ème siècle et la première moitié du 20ème siècle, une grande partie des auteurs français conçoit le Code Napoléon comme un instrument de la bourgeoisie peu adapté à la réalité sociale. 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 »[117].

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 Thaller[118]. D'autres auteurs comme François Larnaude[119] ou Eustache Pilon[120] 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 du 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.

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

---

[116] 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.

[117] Paul VIRTON, *Histoire et politique du droit du travail*, *op. cit.*, p. 24.

[118] *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.

[119] 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.

[120] 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.

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 travail[121] ».

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 ouvrières[122] 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 travail[123]. Certains commençaient même à parler de droit social[124]. 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 but[125].

[121] 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.
[122] 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.
[123] 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.
[124] V. par exemple, Etienne VACHEROT, *La Démocratie*, Bruxelles, A. Lacroix, Van Meenen et cie, Imprimeurs-Editeurs, 2ème édition, 1860.
[125] 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 définition du lien de subordination

Si le lien de subordination en tant qu'élément-clé du contrat de travail est désormais considéré comme acquis, sa qualification s'avère plus délicate. Si la loi reste muette en la matière, la jurisprudence a recours à un faisceau d'indices (*1*). Toutefois, les contours de cette notion ne sont pas toujours clairement tracés (*2*).

1. Le recours au faisceau d'indices pour qualifier le lien de subordination

24. La reconnaissance du lien de subordination, en tant que critère décisif– 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 »[126]. Ils reconnaissent l'existence d'un lien de subordination du salarié vis-à-vis de l'employeur comme « véritable critère » du rapport de travail[127], qui, bien évidemment, doit être complété par deux autres éléments, à savoir la prestation personnelle de travail et la rémunération[128]. 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 ».

---

[126] 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. 381; 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.

[127] V. également Guillaume BREDON, *L'évolution de la notion de subordination comme critère du contrat de travail*, Paris, thèse soutenue à l'Université Paris II, 1998, not. p. 12 et s.

[128] 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. 231, qui estime que « le critère de la qualification réside dans la réunion (la co-présence) de trois éléments ».

25. Des propositions de critères alternatifs– 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[129]. 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 »[130]. En-dehors de l'intérêt théorique, ce critère présente aussi un intérêt pratique. Il pourrait, en effet, mieux expliquer le statut des personnes traitées par le droit positif en tant que salariés, comme le médecin ou l'avocat salarié, qui préservent malgré tout une certaine autonomie dans l'exercice de leurs fonctions[131]. Cette position très pertinente ne saurait pour autant mettre en question l'essence du lien de subordination. Il s'agit plutôt d'ajouter un indice supplémentaire à ceux déjà utilisés par la jurisprudence et, comme le remarque d'ailleurs l'auteur elle-même, d'examiner la subordination « à la lumière de l'objet du contrat de travail »[132].

Sans remettre totalement en cause le critère de la subordination, Monsieur Christophe Radé considère que « si la subordination juridique est en effet 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»[133]. Il propose alors de prendre en considération l'intégration du salarié dans l'activité économique de son employeur comme critère distinctif[134]. 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[135].

---

129 Muriel FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », *op.cit*, not. p. 118-124.
130 *Idem*, p. 120.
131 Sur ces questions portant sur les contours de la notion de subordination, v. *supra*, sous 2.
132 Muriel FABRE-MAGNAN, « Le contrat de travail défini par son objet », *op.cit*, p. 120.
133 Christophe RADÉ, « Des critères du contrat de travail », *Dr. soc.* 2013, p. 202-209, not. p. 203.
134 *Idem*, not. §§ 17-22.
135 L'auteur se réfère notamment aux arrêts *Ile de la tentation*, rendus par la Cour de cassation à propos des joueurs aux émissions de téléréalité. 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,

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[136], 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 »[137]. Il s'agit d'une conception intéressante qui tend de repenser l'ordonnancement de la relation de travail et de faire rattacher à l'exercice du pouvoir une obligation de « prévenir la réalisation des risques »[138]. 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[139]. 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 »[140]. 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

« Tenter sa chance ou travailler : qualifications, télé-réalité et contrats spéciaux », *D.* 2009, chron., p. 2116-2120.

[136] Sur cette question v. *infra* sous Paragraphe II 2.

[137] Thomas PASQUIER, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, *op. cit.*, not. p. 10.

[138] *Idem*, p. 356.

[139] V. par exemple Guillaume BREDON, *L'évolution de la notion de subordination comme critère du contrat de travail, op. cit.,* notamment la 1ère partie de la thèse, p. 54-277.

[140] *Idem*, p. 54.

remettre en cause dans le secteur privé l'unité de direction et de décision dans l'entreprise»[141].

En effet, on ne peut contester que la notion de subordination soit 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.

26. 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 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 » [142], 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

---

[141] 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, P.U.R., 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 ».

[142] 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.

l'existence d'un lien juridique de subordination du travailleur à la personne qui l'emploie »[143]. 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 contemporaine[144].

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 discutée[145]. Elle peut être considérée comme un indice de la 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 »[146]. 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'inverse[147]. 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 caractérisé[148].

27. 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

---

[143] 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*, *op.cit*., n° 1-5.

[144] V. à ce titre la thèse de Georges VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, thèse soutenue à l'Université de Paris I, 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. 1ère partie : la tentation de la dépendance économique », *RTD* 2010, p. 83-90 ; Alain SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, p. 131-145.

[145] 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 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).

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

[147] *Idem*, not. §§ 19-26.

[148] Sur cette question v. *infra* sous §2.

devenir une notion à géométrie variable. C'est justement cette souplesse qui a permis au lien de subordination de subsister[149]. Il serait, comme le remarque à juste titre Monsieur Antoine Jeammaud[150], « 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.

28. Le recours par la jurisprudence 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 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 cassation[151] 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 subordination.

Avant le revirement opéré par l'arrêt *Société Générale*[152], 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 1976[153] 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-Presse, qui les employait dans le cadre d'un

[149] V. Thérèse AUBERT-MONTPEYSSEN, *Subordination juridique et relation de travail*, *op. cit.*, p. 82.
[150] Antoine JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt *Labbane* », *op.cit.*, p. 237.
[151] Cass. Crim., 7 novembre 1968, *Bull. Crim.*, 1968, n° 291.
[152] 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*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 1-5.
[153] Ass. Pl., 18 juin 1976, Bulletin des arrêts Cour de cassation Assemblée plénière, n° 9, p.13, D. 1977, 173, note Antoine JEAMMAUD ; *JCP* 1977, éd. G, II ; 18659, note Yves SAINT-JOURS.

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 travailleurs bénéficiant d'une certaine autonomie dans l'exercice de leurs fonctions[154].

L'arrêt *Société Générale* du 13 novembre 1996[155] 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. 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 »[156] pris en considération par la Haute Juridiction, dont témoigne notamment l'arrêt *Labanne* du 19 décembre 2000[157]. 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

---

154 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.
155 Cass. soc.13 novembre 1996, *op. cit.*
156 Terme emprunté à Antoine JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt *Labbane* », *op.cit.,* p. 237. V. également Benoît GENIAUT, « Le contrat de travail et la réalité », *RTD* 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.
157 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.

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 contrat et les conditions générales y annexées ». Selon la Cour de cassation, les conditions réelles d'exécution du contrat « plaçai[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 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 juridiques[158].

29. 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 téléréalité[159]. 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

[158] V. sur ce point Benoît GENIAUT, « Le contrat de travail et la réalité », *op.cit*., not. p.
[159] Cass. Soc., 3 juin 2009, *op. cit*. ainsi que Cass. Soc., 4 avr. 2012, pourvoi n° 10-28.818, *RDT* 2012, p. 297-, obs. Geneviève PIGNARRE et L.-F. Pignarre.

par jour, l'obligation de vivre sur le site et l'impossibilité de se livrer à des 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 leurs avaient été retirés, que la prestation des participants à l'émission avait pour finalité la production d'un bien ayant valeur économique»[160]. On retrouve ainsi le triptyque direction-contrôle-sanction[161] 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.

2. Les contours de la subordination en quête de précision

30. Les frontières floues entre le travail subordonné et les autres formes de travail– 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 »[162].

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

---

[160] 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 ».

[161] Emmanuel DOCKES, « Notion de contrat de travail », *op. cit.,* not. p. 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.

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

services ont été au cœur de débats doctrinaux[163] et demeurent d'actualité[164]. 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 pas[165]. 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.

31. 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 1994[166], 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 travail[167]. Ils établissent une présomption simple de non salariat au bénéficie 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 présomption peut être renversée par la preuve de l'existence d'un lien de

---

[163] V. notamment Thérèse AUBERT-MONTPEYSSEN, *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 SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, p. 131-145 ; Elsa PESKINE, *Réseaux d'entreprises et droit du travail*, Paris, LGDJ, 2008.

[164] 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- ; Jean-Pierre CHAUCHARD, « Les avatars du travail indépendant », *Dr. soc.* 2009, p. 1065-1075.

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

[166] 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.

[167] Devenu l'article L. 8221-6 du Code du travail.

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 significative[168].

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'impose[169].

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 succursale[170]. La loi énonce alors des conditions qui, une fois réunies, entrainent 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 subordination[171]. 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 »[172].

Dans les deux cas de figure, la notion de dépendance économique en tant que corollaire de la subordination réapparait 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 dans l'exercice de leur travail »[173]. 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.

---

168 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.

169 V. la 7ème 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.

170 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.

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

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

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

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 classifier ces travailleurs dans l'une de ces deux catégories, une autre solution consisterait à créer, à l'instar d'autres systèmes juridiques[174], 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 travail[175].

Si aucune n'est exempte de défaut, ces techniques constituent des tentatives de cerner la notion de 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 »[176].

[174] 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).

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

[176] 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, 3ème partie, « Subordonner le travail indépendant ou libérer le travail subordonné ? », p. 327-331, not. p. 331.

SECTION 2 : LES RELATIONS DU TRAVAIL ORDONNEES AUTOUR DE LA SUBORDINATION

32. 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'ordonnancement juridique des relations du travail[177]. 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 collectifs[178].

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, « l'inégalité économique, mais aussi juridique (inhérente à la subordination), qui caractérise le contrat individuel de travail, a conduit à rechercher au plan collectif des moyens de restaurer un certain équilibre entre employeurs et salariés »[179]. 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 travail[180].

---

[177] V. Antoine JEAMMAUD, Martine LE FRIANT & Antoine LYON-CAEN, «L'ordonnancement des relations du travail», *D.* chron. 1998, p. 359-368.

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

[179] Emmanuel DOCKES & Gilles AUZERO, *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 1195.

[180] 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, Université Paris X Nanterre, 2012 (à paraître aux éditions LGDJ en décembre 2014).

Sur le plan de la relation individuelle, la prise en considération de la subordination entraîne des interventions du législateur sur les obligations qui pèsent sur les parties au contrat. 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 pourvoir de l'employeur et la répartition des risques

33. 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 travail[181], 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. 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.

34. 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 CC.

[181] 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 Section I, Paragraphe II 1.

Pendant la première moitié du 19ème siècle, les tribunaux refusaient systématiquement de réparer le préjudice du salarié sur le fondement de la responsabilité contractuelle, en estimant que le contrat liant le patron et le salarié « se résumait dans le seul échange d'un salaire contre un service »[182]. Par conséquent, aucune obligation d'indemnisation ne pesait sur l'employeur.

La jurisprudence opta pour le fondement de la responsabilité délictuelle après un arrêt rendu par la Cour de cassation le 28 juin 1841[183]. Sur la base de l'article 1382 du Code civil, le salarié put ainsi invoquer la responsabilité de son patron, débiteur d'une obligation de sécurité. Cependant, il appartenait au salarié de prouver la faute commise par l'employeur, ce qui privait de toute indemnité les salariés victimes d'un accident du travail à la suite d'un cas fortuit ou d'un cas de force majeure, ou ceux qui ne parvenaient pas à prouver le délit ou le quasi-délit.

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*[184], 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 1898[185]. Cette loi reconnaît une responsabilité de principe

---

182 V. Patrick BARRAU & Francis HORDERN, « Histoire du droit du travail par les textes, t. 1 De la Révolution à la Première Guerre Mondiale (1791-1914) », *op. cit*., p. 134.

183 Cass. Civ., 28 juin 1841, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, t. XLIII, n°85, p. 255. La Cour avait en espèce énoncé que « *les dispositions du deuxième paragraphe de l'article 1384 du Code civil sont générales, que l'action en responsabilité contre les maîtres, à raison des faits dommageables causés par les domestiques dans les fonctions auxquelles ils sont employés, est admise sans distinction…* ».

184 Cass. Civ., 16 juin 1896, *D.P.* 1897, 1, p. 433, note Raymond SALEILLES. . En l'espèce, la Cour de cassation maintien 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§ 1 CC (responsabilité du fait des choses), étant donné que l'application de l'art. 1382 CC était exclue en absence de faute de la part de l'employeur.

185 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 fait 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*, thèse soutenue à l'Université de Montpellier, 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*, thèse soutenue à l'Université de Montpellier, Montpellier, Imprimerie d'Hamelin frères 1901 ; Georges TROLET, *L'assurance accidents du travail dans la loi du 9 avril 1898*, thèse soutenue à l'Université de Paris, Paris, éd. P. Vitet, 1917. En ce qui concerne la doctrine contemporaine V. Gérard AUBIN, « La loi du 9 avril

de l'employeur en cas d'accident du travail. En effet, l'article 1er de la loi[186] 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. 1er 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. 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'époque[187]. 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 des précautions à prendre afin d'augmenter ou diminuer les risques du travail que l'employeur est considéré responsable[188].

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 »[189]. 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.

1898, rupture ou continuité ? », *Droit social*, 1998, p. 635-637 ainsi que Philippe-Jean HESSE, « La genèse d'une loi : de la révolution industrielle à la révolution juridique », *Droit social*, 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.

[186] Cet article dispose en effet 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* ».

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

[188] 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.*

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

Le raisonnement de la jurisprudence est allé plus loin. La question des accidents survenus sur le lieu de travail constituera l'occasion de consacrer la notion de subordination comme critère distinctif du contrat de travail. La jurisprudence accepte l'existence de la subordination lorsque l'employé travaille sous la direction du patron, en reprenant la position doctrinale, exprimée notamment par Paul Pic, selon laquelle « seule la dépendance juridique fait le salarié ». La subordination justifie ainsi l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur et qui engage sa responsabilité en cas d'accident.

35. 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 travail. 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 20ème siècle.

Ainsi, un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 27 novembre 1958[190] a affirmé le principe exprimé par les juges du fond, selon lequel « l'ouvrier ne 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. Ce principe est la conséquence du lien de subordination et le corolaire 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

[190] Cass. Soc., 27 novembre 1958, (inédit), *Sté des Forges Stéphanoises c/ Blanchard et autres*, *JCP* G 1959, II, 11143, note Jean BRETHE 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 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.

l'être, d'autant que ce dernier dispose d'un pouvoir disciplinaire qui lui permet de sanctionner directement le salarié qu'il juge fautif[191].

36. 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 auteurs[192] ont pu y voir un « contournement du principe » de l'irresponsabilité du salarié ainsi qu'une mise en cause de la subordination[193].

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 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

---

[191] 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. IV*, 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.

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

[193] Sur la question des frontières entre le travail subordonné et le travail indépendant v. *supra* sous Section I, Paragraphe II 2.

durée du travail ne sont pas applicables aux cadres dirigeants disposant d'un niveau de responsabilité plus élevé, tel qu'attesté par une rémunération importante[194].

37. La répartition des risques et l'irresponsabilité du salarié à l'égard des tiers– Le second volet de la répartition des responsabilités entre les parties concerne la responsabilité à l'égard des tiers, au cas où ces derniers subissent un préjudice lié au comportement du salarié agissant dans le cadre de ses fonctions. En effet, l'article 1384 alinéa 5 Code civil dispose que « les maîtres et les commettants (sont responsables) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». Cette disposition pourrait paraître de prime abord assez surprenante, notamment à cause des termes employés, dans la mesure où les vocables « maîtres » et « domestiques » font penser à la disposition de l'article 1781 du Code de 1804. En effet, cette disposition figurait déjà dans le Code civil de 1804 (alinéa 3 de l'article 1384), ce qui pourrait expliquer le choix du vocabulaire utilisé. Quant à la distinction entre commettant et préposé d'une part et maître et domestique de l'autre, il faut noter que si le lien de domesticité (faisant référence au travail à la maison) résulte d'un contrat de travail le lien de préposition ne suppose pas nécessairement l'existence d'un contrat.

Ces remarques terminologiques mises à part, l'important est de relever que la disposition de l'art. 1384 du Code civil met en place un système de responsabilité du fait d'autrui basé sur le lien de préposition qui découle de la subordination. « C'est parce que le commettant commande ou du moins use d'une autorité à la fois légitime et raisonnable qu'il a la responsabilité des actes de son préposé » remarquent les commentateurs dudit article[195]. Un autre auteur ajoutait dans le même sens que « le contrat de travail confère toujours au salarié la qualité de préposé »[196]. Autrement dit, la responsabilité du commettant envers les tiers est engagée dès lors que le préposé agit sous ses ordres et est donc soumis à son autorité. Le lien de subordination, au sens de la dépendance juridique, est d'ailleurs le critère qui permet de définir la notion de préposé au sens de l'art. 1384 al. 5 Code civil. Sont ainsi exclus du champ d'application de cet article l'entrepreneur[197], le mandataire[198] ou les associés[199], dans

[194] Cass. Soc., 15 décembre 1971, *Bull. civ. IV*, n°735. V. également l'article L. 3111-2 du Code du travail.
[195] V. notamment, François TERRE, Philippe SIMLER & Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 11e éd., 2013, p. 875, not. n° 829.
[196] Jean CARBONNIER, *Droit Civil, t. 4, Les Obligations*, Paris, PUF, 22ème édition, 2000, p. 441.
[197] V. par exemple Cass. crim., 28 juin 1934, *D.H.*, 1934, p. 431.
[198] V. en ce sens, Cass. crim., 9 janvier 1931, *D.P.*, 1931, I, p. 171.

la mesure où ils bénéficient d'une certaine indépendance dans l'exercice de leurs missions et où par conséquent le lien de subordination ne peut être caractérisé[200].

Certes, la protection et l'intérêt de la victime auraient pu encourager la mise en jeu de la responsabilité du plus grand nombre, aussi bien du commettant que du préposé. Toutefois, les préposés sont souvent peu solvables. Par ailleurs, ce serait ignorer que le pouvoir du commettant joue également un rôle significatif. Ainsi, la doctrine justifie aujourd'hui l'engagement de la responsabilité de l'art. 1384 al. 5 du Code civil par la théorie des risques[201] (celui qui a le pouvoir et qui tire profit de l'activité doit assumer la responsabilité), ayant ainsi abandonné la théorie de la présomption de faute.

38. La question de l'abus de fonctions commis par le préposé– La question qui a pendant longtemps préoccupé la doctrine et la jurisprudence concerne la responsabilité en cas d'abus de fonctions commis par le préposé. Après près de 40 ans de divergences entre la position de la Chambre Criminelle et celle des Chambres civiles de la Cour de cassation, l'Assemblée Plénière est intervenue pour la troisième fois le 19 mai 1988[202] en acceptant que le commettant puisse être exonéré de sa responsabilité lorsque le préposé « a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions ».

Finalement, le célèbre arrêt *Costedoat*[203] de l'Assemblée plénière a encore décalé l'axe qui trace la répartition de la responsabilité en énonçant que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant ». Même si la position adoptée par la Haute juridiction n'améliore pas le sort de la victime, notamment en cas d'insolvabilité du commettant[204], elle met en valeur l'importance du lien de préposition dans l'engagement de la responsabilité. En effet, lorsque le préposé agit dans les limites de sa mission, la responsabilité du commettant est justifiée par la

---

[199] V. en ce sens, Cass. crim., 6 août 1935, *Gaz. Pal.*, 1935, II, p. 663.

[200] V. aussi un arrêt du 24 janvier 2006, qui a jugé que confier un voilier à un barreur n'emporte pas le pouvoir de lui donner des ordres et par conséquent le lien de préposition. La Haute Juridiction a ainsi cassé et annulé l'arrêt attaqué en estimant que les juges du fond auraient du rechercher si le barreur avait reçu des instructions particulières sur la manière de naviguer. Cass. com., 24 janv. 2006, *RTD civ.*, 2006, p. 327, obs. Patrice JOURDAIN.

[201] V. par exemple Jean CARBONNIER, *Droit Civil, t. 4, Les Obligations*, *op. cit.,* p. 440.

[202] Cass. Ass. Plén., 19 mai 1988, *D.*, 1988, p. 513, note Christian LARROUMET ; *Gaz.Pal.*, 1988, 2, p. 640 ; *RTD civ.*, 1989, p. 89, observation Patrice JOURDAIN.

[203] Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, *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.

[204] V. François TERRE, Philippe SIMLER & Yves LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* p. 797.

subordination du travailleur à l'autorité de l'employeur alors que dans le cas contraire la responsabilité du commettant n'est pas engagée parce que le lien de préposition, dont la subordination constitue l'élément le plus important, « cesse de produire ses effets »[205].

Enfin, l'avant-projet de réforme du droit des obligations présenté par la commission présidée par Monsieur Pierre Catala[206] semble revenir sur la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Costedoat*, tout en essayant d'améliorer la protection réservée à la victime. Ainsi l'article 1359 du projet dispose que « le commettant est responsable des dommages causés par son préposé. Est commettant celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé. Le commettant n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions» alors que l'article 1359-1 offre la possibilité à la victime d'engager la responsabilité du préposé « qui, sans commettre une faute intentionnelle, a agi dans le cadre de ses fonctions, à des fins conformes à ses attributions et sans enfreindre les ordres de son commettant » si elle prouve « qu'elle n'a pu obtenir du commettant ni de son assureur réparation de son dommage ». Toutefois, cet article n'est pas compris dans le projet de réforme du droit des obligations présenté par la Chancellerie en 2013[207].

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

39. 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

[205] *Idem*, p. 798.
[206] Avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, présenté le 22 septembre 2005, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf (consulté le 23.09.2014).
[207] Projet de reforme du régime des obligations et des quasi contrats http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf (consulté le 23.09.2014).

de travail, soit par le biais des conditions ou des directives imposées au salarié, soit pas des sanctions disciplinaires prononcées par l'employeur à l'occasion de l'exercice par le salarié d'une de ses libertés[208]. 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 article dispose que «nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché»[209].

40. L'encadrement des restrictions– Mise en place dans sa première version par les lois dites Auroux de 1982[210], cette disposition s'inscrit dans un mouvement de démocratisation, symbolisée par l'avènement des droits de l'homme dans l'entreprise[211]. Pourtant, elle ne remet pas en cause le pouvoir de l'employeur, dans la mesure où habilite celui-ci à restreindre les libertés du salarié sous conditions (justification et proportionnalité)[212]. 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

---

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

[209] 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.

[210] Il s'agit plus précisément de la 1ère 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 1er janvier 1993, p.19.

[211] Emmanuel DOCKES, « Pouvoir patronal et démocratie », *Semaine sociale Lamy* 2008, n°1340 (supplément du 11/02/2008), not. p.

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

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»[213] des circonstances qui n'a pas d'obligation de motiver ses décisions[214].

41. L'obligation de justification– En ce qui concerne les justifications qui peuvent valablement être invoquées par l'employeur afin de restreindre les libertés 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»[215].

C'est à propos des clauses de non concurrence que la jurisprudence a su élaborer ce critère[216]. 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 jurisprudence[217], 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 »[218]. 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'exclusivité[219], d'une clause

---

213 Sur cette question v. *supra*, sous Section I, Paragraphe I 2.
214 Sur l'obligation de motivation en matière de licenciement, v. *infra* sous Paragraphe II 1.
215 Corinne PIZZIO-DELAPORTE, « Libertés fondamentales et droits du salarié le rôle du juge », *Dr. soc.*, 2001 p. 404-412, not. § 5.
216 *Lamy Droit social 2014*, not. §§ 208.
217 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, note J. Amiel-Donat
218 Cass. Soc., 14 mai 1992, *Bull. civ. V*, n° 309; *D.* 1992, p. 350, note Yves SERRA.
219 Cass. Soc., 11 juillet 2000, n° 98-40.143, *Bull*. civ. V, n°276.

de mobilité[220], 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'affectation[221], de telle sorte que l'utilisation de ce motif obtienne une portée plus générale[222].

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 salarié[223]. 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 religion. 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[224], un récent arrêt de l'Assemblée Plénière[225] s'est prononcé, au contraire, en faveur de l'employeur. 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[226], 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

---

[220] 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).

[221] Dans cet arrêt la Cour de cassation se base sur l'article 8 de la CEDH en enonçant 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 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.

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

[223] Cass. Soc., 18 février 1998, *Bull. civ. V*, n° 90.

[224] Cass. soc.19 mars 2013, *Bull. civ. V*, n° 76 ; R. Schwartz, La laïcité paradoxalement consacrée, Sem. soc. Lamy 2013, n° 1577, p. 8 ; Isabelle DESBARATS, « Affaire *Baby Loup* : laïcité fragilisée ou liberté religieuse renforcée ? », *JCP S* 2013, n° 29, p. 1297 ; *D.* 2013, p. 1026, obs. Pascal LOKIEC et Jérôme PORTA ; *Dr. soc*. 2013, p. 388-, étude Emmanuel DOCKES ; RDT 2013, p. 385-, étude P. Adam.

[225] Ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369; *D.* 27 juin 2014, note Marie PEYRONNET.

[226] Marie PEYRONNET, note sous Ass. Plén., 25 juin 2014, *op. cit*.

nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché ».

42. L'obligation de respecter la proportionnalité– Le respect du contrôle de proportionnalité[227] 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 fondamentales[228], il vise à limiter les restrictions des libertés du salarié au strict nécessaire pour atteindre les motifs invoqués par l'employeur. 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 salarié[229]. Outre le motif de la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, déjà exposé, il faut que la lcause 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 »[230].

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 »[231]. 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

---

[227] V. not. Isabelle CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Paris, Litec, 2001, not. n° 232 et s.
[228] 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 ; CE, 8 juillet 1998, *SCI Comptoir Lyon*, *Rec. CE* 1998, p. 1043. V. Philippe WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *op.cit.*, not. p.; *Lamy Droit social 2014,* not. §§ 209.
[229] 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- ;
[230] 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 et s.
[231] Cass. soc., 3 novembre 2011, *Bull. civ. V*, n° 247 ; *JCP S* 2012, 1054, note LOISEAU.

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 »[232]. 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 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 »[233].

On constate ainsi que la subordination du travailleur justifie les interventions du législateur qui, sans remettre en cause le caractère inégalitaire du contrat, visent à canaliser le pouvoir de l'employeur. La centralité du lien de subordination est également visible au niveau de l'ordonnancement des sources du droit du travail, par le biais, notamment de l'ordre public social et du principe de faveur.

[232] Cass. soc., 3 avril 2001, *Bull. civ. V*, n° 115.
[233] 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.

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

L'ordonnancement des sources du droit du travail reflète également le caractère central du lien de subordination. 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 également l'omniprésence de la subordination et sont justifiés par cette dernière.

1. L'ordre public social

43. 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 déséquilibrées[234]. Considéré comme «l'antithèse de la liberté contractuelle»[235], 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 que nous examinerons par la suite – soit pour atténuer les effets causés par la grande disparité entre les parties – c'est le cas du contrat de travail[236]. En ce sens, la consécration de l'ordre public social est justifiée par le lien de subordination.

Si le contrat de travail est soumis au droit commun et au principe général énoncé par l'article 6 du Code civil[237], 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

---

[234] 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.
[235] Gérard FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1963.
[236] 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.
[237] Selon cet article, « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

«un ordre public au sens du droit du travail»[238]. « 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 1973[239]. 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».

44. 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[240], 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 intangible[241].

45. L'ordre public et la rupture unilatérale du contrat– 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 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,

---

[238] Michèle BONNECHERE, « L'ordre public au sens du droit du travail », *JCP* 1974, 11604, p. , not. p. 601.
[239] CE, avis n° 310.108 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, 2002, n° 8.
[240] V. *infra* sous 2.
[241] 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 XX*ème *siècle*, Dalloz, p. 43.; Florence CANUT, *L'ordre public en droit du travail,* LGDJ 2007, not. p. 87 ; François GAUDU, « 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.

d'ailleurs, un des premiers champs d'intervention législative dans le contrat de travail, bien avant son émancipation du droit civil.

Ainsi, certains auteurs[242] considèrent que les lois du 27 décembre 1890[243] et du 9 avril 1898[244] 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.

La première loi, celle du 27 décembre 1890[245], porte sur un sujet de prime abord assez anodin. Néanmoins, une disposition particulière peut attirer notre attention : il s'agit de l'article 1 de la loi qui reconnaît la possibilité d'allocation de dommages et intérêts en cas de résiliation unilatérale d'un contrat de « louage de service fait sans détermination de durée »[246]. C'est ce contrat qui deviendra plus tard le contrat de travail à durée indéterminée. Cette disposition pourrait alors être perçue comme une reconnaissance, certes indirecte mais existante, de l'inégalité des parties au contrat et, par conséquent, de la subordination du salarié à l'autorité de son patron. Le législateur intervient dans la sphère contractuelle, normalement régi de manière exclusive par la volonté des parties, afin d'indemniser le travailleur en cas de rupture unilatérale du contrat, imposée par l'employeur.

En effet, la rupture du contrat constituait pendant longtemps l'un des sujets les plus épineux et a suscité bon nombre des critiques. Elle laissait voir la soumission de l'employé à l'employeur dont l'autorité était alors pleinement discrétionnaire. Il n'est pas anodin de relever la référence au contrat de travail dans les dictionnaires

---

[242] 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.

[243] Il s'agit de la loi sur le contrat de louage et sur les rapports des agents de chemins de fer avec les compagnies.

[244] Il s'agit de la loi concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail.

[245] Pour une étude détaillée, V. Emile DESFORGES, *La loi du 27 décembre 1890 et son application aux employés des compagnies de chemins de fer*, Thèse soutenue à l'Université de Paris, éd. A. Rousseau, Paris, 1904.

[246] En effet, le 1er alinéa de l'article disposait que « *le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. Néanmoins, la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts* » alors que le 3ème alinéa franchissait encore un pas vers la protection des salariés en précisant que « *les parties ne peuvent renoncer à l'avance au droit éventuel de demander des dommages-intérêts en vertu des dispositions ci-dessus* ». Pour un exposé du texte de la loi suivi d'un commentaire v. 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, et notamment p. 102.

juridiques, même actuels, sous la rubrique « rupture »[247]. Or, précisément, une telle réglementation a été justifiée par la subordination dans laquelle le salarié est placé. En l'absence de précision dans la rédaction initiale de l'article 1780 du Code civil, la résiliation du contrat de louage de service était soumise au régime général du droit commun. Au nom de l'interdiction des engagements perpétuels, les parties pouvaient mettre fin au contrat à tout moment, sans motif et sans indemnité.

Progressivement, la jurisprudence tendit à remédier aux abus flagrants qu'une rupture brutale et injustifiée pouvait créer au détriment des salariés. Dès la deuxième moitié du 19ème siècle, les tribunaux acceptèrent d'indemniser dans certains cas les salariés injustement licenciés. Au début, il s'agissait des cas où la partie rompant le contrat ne respectait pas le délai d'usage[248]. Les hypothèses se sont par la suite multipliées, en particulier lorsque les juges constataient une faute du patron. [249]. Il s'agissait, cependant, d'un traitement du sujet assez casuistique et la position des tribunaux était loin d'être cohérente.

Le débat sur le sujet rebondit en 1871 à l'occasion des licenciements des agents de la Compagnie de chemin de fer. Ces derniers se trouvaient privés de toute indemnisation en cas de rupture de leur contrat, même dans le cas où l'employeur décidait de la mise à la retraite de l'employé. Après une pétition des employés de la Compagnie de chemin de fer et des propositions de loi longuement débattues, la loi du 27 décembre 1890 modifia l'article 1780 du Code civil, et reconnut à l'ensemble des travailleurs la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts à la suite de la rupture unilatérale de leur contrat[250].

L'apport de la jurisprudence ne se limita pas pour autant à la préparation du terrain pour l'adoption de la loi de 1890. Elle devait mettre en jeu une notion nouvelle, celle d'abus de droit[251]. Cette notion, intimement liée avec le pouvoir de

---

[247] D'ailleurs, dans le dictionnaire de Rémy Cabrillac, le terme « rupture » existe uniquement sous la rubrique « rupture du contrat de travail », Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, 3ème édition, Litec, 2008, p. 364.

[248] V. notamment, Cass. civ., 4 août 1879, *D.* 1880, 1, p. 272 où la Cour de cassation, même si elle casse et annule l'arrêt de la Cour d'Appel, rappelle que « *le louage de service sans détermination de durée peut toujours cesser par la libre volonté de l'un ou de l'autre des contractants, en observant toujours les délais commandés par l'usage* ». Grenoble, 23 janvier 1893, *D.P.*, 1893, 2, 377.

[249] V. sur ce sujet Louis GERMAIN, *La jurisprudence et la réglementation légale du contrat de travail*, thèse soutenue à l'Université de Paris, Paris, 1906.

[250] Sur le contenu de cette loi, v. *supra* sous 1B.

[251] Sur la notion d'abus de droit, d'inspiration allemande, qui a été présentée en France notamment par Raymond SALEILLES et Louis JOSSERAND, v. notamment Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé depuis 1804*, *op. cit.*, p. 195 mais surtout Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1939.

l'employeur, fut utilisée par la jurisprudence à l'occasion de la mise en œuvre de l'indemnisation des salariés. Dans la mesure où les motifs du licenciement n'étaient pas soumis à un contrôle par le juge, la notion d'abus de droit était l'unique moyen pour sanctionner l'employeur lorsqu'il licenciait injustement un salarié[252]. Il faudra attendre la loi de 1973 pour que naisse l'obligation à la charge de l'employeur d'énoncer un motif de licenciement et pour que soit reconnu au juge le pouvoir d'en contrôler la justesse et le sérieux.

Dans la lignée de cette position jurisprudentielle, la loi du 29 juillet 1928, établit le délai-congé, plus communément dénommé préavis, dont l'absence pouvait au même titre que la rupture abusive, donner droit à des dommages et intérêts. L'application de cette loi fut cependant longue et épineuse, d'autant plus que la jurisprudence[253] refusait alors de contrôler les motifs de l'employeur, considéré comme « seul juge » de la question[254].

Face à l'incertitude de l'emploi des années '70, le législateur tente de stabiliser le contrat de travail, en mettant notamment l'accent, d'une part, sur l'établissement du contrat à durée indéterminée et, d'autre part, sur la rupture du contrat. Ainsi la loi vient-elle tempérer le principe de la résiliation de plein droit des contrats à durée indéterminée. Le droit de l'employeur de licencier ses salariés se trouve encadré par des nouvelles règles, comme celles fixées par la loi du 13 juillet 1973[255]. La notion de cause réelle et sérieuse du licenciement va alors être utilisée comme garde-fou en faveur de l'employé.

46. 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

---

[252] V. Cass. civ., 5 février 1896, *D.P.* 1896, 1, p. 578.

[253] V. par exemple l'arrêt de la Chambre Civile de la Cour de cassation du 18 mars 1930 où la Haute Juridiction a cassé et annulé l'arrêt attaqué, en estimant que « *l'employeur est le seul juge de la question de savoir si les services que lui rendait son voyageur [employé] étaient satisfaisants et [...] qu'il n'en résulte pas que ce dernier ait rapporté la preuve [...] d'une faute commise par l'employeur dans l'exercice de son droit de congédiement* », *D.P.* 1930, 1, p. 71, note André ROUAST.

[254] V. sur ce point Francis HORDERN, « Du louage de service au contrat de travail ou de la police au droit (XVIIIe- XXe siècle) », *op. cit*., p. 94. Sur cette question v. *supra*, sous Section I, Paragraphe II A.

[255] L'article 1 de cette loi a également consacré formellement la dénomination « contrat de travail », en substituant dans le Code du travail l'expression « contrat de louage de service » par celle du « contrat de travail ».

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 »[256]. 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.

47. 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 de la loi du 11 février 1950[257]. Celle-ci restitue la liberté des salaires à travers la possibilité de négociations collectives[258]. Parallèlement, elle institue le SMIG qui sert de seuil minimal garantissant un montant minimum de salaire qui ne saurait être abaissé.[259]. 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 semaines[260] tandis

---

[256] Xavier LAGARDE, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, p. 217-224, not. p. 217.
[257] 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.
[258] 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 à la sortie de la Seconde Guerre Mondiale.
[259] 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.
[260] V. ordonnance du 16 janvier 1982.

que se multiplieront les conditions exigées pour conclure un contrat à durée déterminée ou de travail temporaire[261]. La durée du travail sera encore diminuée par les lois connues sous l'appellation « lois des 35 heures »[262], sous réserve des nombreuses facultés de dérogations conventionnelles ouvertes par la loi.

48. 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 protection[263]. 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 de la « direction » dans l'ordre public social, au moins autant d'ailleurs que de la « protection »[264]. 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

49. 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 »[265] d'un «principe fondamental du droit du travail, selon lequel il est toujours possible de déroger à une règle hiérarchiquement supérieure, pourvu que ce

[261] V. ordonnance du 5 février 1982.
[262] Lois du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000.
[263] 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.
[264] 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.*
[265] Sylvaine LAULOM & Nathalie MERLEY, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219-227, not. p. 219.

soit dans un sens favorable au travailleur »[266]. 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 application[267].

S'il est reflété dans certaines dispositions législatives, notamment l'article L.2251-1 du Code du travail susmentionné[268], ce sont les juges qui l'ont reconnu en tant que «principe général du droit du travail»[269]. Pour reprendre les propos de Monsieur Antoine Jeammaud, la jurisprudence «consacre et applique *une règle de conflit entre règles*, qu'elle « découvre » visiblement *au-delà de la lettre du code* »[270]. 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 constitutionnelle[271].

50. 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 »[272]. 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 classifier thématiquement les avantages pour les travailleurs et à les comparer de manière groupée. L'objectif de cette

---

[266] Pierre-Dominique OLLIER, *Le droit du travail*, Paris, éd. Armand Colin, 1972, p. 46.
[267] Alain CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », *Dr. soc.* 1993, p. 363-375, not. p. 383.
[268] V. également les articles L. 2252-1, L. 2253-1 ou L. 2254-1 du Code du travail.
[269] 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 jullet 1996, *Bull. V*, n° 296 et 297) où la Haute juridiction reconnait, 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 ».
[270] Antoine JEAMMAUD, « Le principe de faveur. En quête sur une règle émergente », *Dr. soc.* 1999, p. 115-124, not. § 7.
[271] Conseil Constitutionnel, arrêts 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
[272] Nikitas ALIPRANTIS, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, Paris, LGDJ, 1980, not. p. 56.

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 1988[273]. Au visa de l'ancien article L. 132-1 du Code du travail[274], 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, en raison des limitations imposées par l'ordre public social qui ne supporte pas de dérogations aux seuils minimaux légaux[275].

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 »[276]. 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 cassation[277] 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 collective.

---

[273] Ass. Plén., 18 mars 1988, *Bull. AP*, n°3; *D.* 1989, p. 221, note Jean-Pierre CHAUCHARD.
[274] Nouvel article L. 2221-2 du Code du travail.
[275] 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, note H. DOTENWILLE. Alain CHEVILLARD, « La notion de disposition plus favorable », *op.cit*., not. p. .
[276] Cass. Soc., 19 février 1997, *Bull. V*, n° 70; *Dr. soc.* 1997, p. 432, obs. Gérard COUTURIER.
[277] Cass. Soc., 5 mars 1969, *Bull.*, n° 155.

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 démontrer une tendance 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 1997[278]. 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 »[279]. En nuançant 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 »[280].

[278] Cass. Soc., 19 février 1997, *op.cit.*
[279] Gérard COUTURIER, obs. sous Cass. Soc., 19 février 1997, *op.cit*., not. p. 433.
[280] Christophe RADE, note sous Cass. soc., 26 octobre 1999, *Dr. soc.* 2000, p. 381, not. p.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

51. 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 travail. On pourrait même dire que la subordination transcrit en droit social une conception française selon laquelle le travail est opposé à la liberté[281].

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 »[282], et qui imprègne toute la conception du contrat de travail. C'est pourquoi la subordination est une notion chargée d'histoire[283], 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.

52. Protéger la partie faible en encadrant le pouvoir de l'employeur sans pour autant rééquilibrer le contrat– Les relations du travail sont ainsi ordonnées autour de cette notion-clé. Le législateur et le juge interviennent, notamment pour protéger la partie faible du contrat. Toutefois, ces interventions ne visent pas à rééquilibrer le contrat, qui demeure inégalitaire par nature, mais à canaliser le pouvoir de direction de l'employeur. C'est en particulier sur ce point que réside la

---

281 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 (*VIe siècle), qui signifie instrument de torture formé de trois pieux. Le mot a été utilisé pendant le XIIe siècle pour indiquer le tourment, la souffrance, pour être associé, à partir du XVIe 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 SUPIOT, *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.

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

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

différence de conception d'un autre contrat inégalitaire, le contrat de consommation, et, partant, d'une autre partie faible, le consommateur.

CHAPITRE II : LE REEQUILIBRE CONTRACTUEL, ELEMENT ESSENTIEL DE LA CONCEPTION DU CONTRAT DE CONSOMMATION

53. Le consommateur en tant que contractant– 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.

En effet, 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 intérêts[284].

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 jurisprudence[285]. D'ailleurs, un auteur le qualifie de « terme impropre », tout en le retenant[286]. On lui préfère souvent le terme « contrat conclu entre un professionnel et un consommateur »[287]. Toutefois, c'est un terme communément admis au sein de la

[284] 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.
[285] Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, (dirigé par) Jacques GHESTIN, *Les contrats de consommation. Règles communes*, Paris, LGDJ, 2013, p. 11-13.
[286] 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.
[287] 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.

doctrine pour désigner le « contrat conclu par un consommateur et soumis, de ce fait, aux dispositions spéciales du droit de la consommation »[288].

54. Le consommateur en tant que partie faible– Un ensemble de mécanismes juridiques est progressivement mis en place afin de pallier les injustices provoquées par le déséquilibre contractuel et de protéger la partie faible[289], à savoir le consommateur profane.

De même que pour le contrat de travail, il ne s'agit ni de présenter tout l'encadrement législatif du contrat de consommation ni de résumer toute son évolution historique. Cela serait d'ailleurs, une mission vouée à l'échec, dans la mesure où comme le remarque à juste titre un auteur, « 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»[290]. Il s'agit simplement de poursuivre cette démarche de modélisation qu'on a déjà entamée en ajoutant une autre pièce au puzzle de l'européanisation du droit national.

Le contrat de consommation est ainsi un contrat inégalitaire. Cette inégalité conduit à des déséquilibres contractuels (*Section 1*). L'intervention du législateur vise ainsi à rééquilibrer le contrat, en protégeant la partie faible (*Section 2*).

---

[288] Denise POMBIEILH, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats*, thèse, Université de Pau, 2002, n°20; Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, (dirigé par) Jacques GHESTIN, *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.

[289] 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, Université de Montpellier I, Montpellier, 2008 ; Marcel FONTAINE & Jacques GHESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996.

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

SECTION 1 : LE CONTRAT DE CONSOMMATION, UN CONTRAT DÉSÉQUILIBRÉ

55. Les premiers encadrements législatifs du contrat de consommation– Malgré un encadrement pratique du droit de la consommation, le Code civil de 1804 ne prévoit pas de statut spécial pour le consommateur, qui n'est pas encore considéré comme un acteur méritant un traitement particulier. Le régime général des obligations ainsi que les dispositions particulières concernant, par exemple, le contrat de vente sont ainsi 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 intéresse progressivement 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.

56. 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 remarque 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 »[291] 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 »[292] et qui provoque le déséquilibre.

Ces constatations ont justifié la création progressive d'un régime juridique spécial accordé au contrat de consommation qui, en passant par la remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté (*Paragraphe I*), a finalement abouti à l'émancipation, au moins partielle, du régime général des obligations. 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*).

[291] Victoire LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, thèse, Aix-Marseille, PUAM, 2000, p. 209.
[292] Philippe NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, thèse, Paris, LGDJ, 1998, p. 12.

Paragraphe I : La remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté

Etant donné que le droit de la consommation correspond avant tout à une réalité économique et sociale[293], la réglementation des rapports contractuels entre le professionnel et le consommateur a eu lieu en pratique avant l'adoption même du Code civil, en même temps que le développement du commerce (*1*). Lorsque le Code civil a été adopté, le contrat de consommation y a trouvé un encadrement juridique, par le biais du droit commun des obligations ainsi que des dispositions applicables au contrat de vente (*2*).

1. La protection du consommateur avant le Code civil

57. Les origines de la notion de consommateur– Même si le terme « consommateur » est devenu très courant pendant les dernières décennies du 20ème siècle, il existait et était utilisé bien avant les sociétés contemporaines de production de masse. Si ce terme désigne aujourd'hui celui qui utilise des marchandises, des richesses ou des services pour la satisfaction de ses besoins[294], il apparaît en latin ecclésiastique (*consummator*), dans le sens de la personne qui achève ou qui accomplit un acte[295]. Par un « glissement sémantique »[296] entre consommer et consumer, le mot se lia, à partir le 18ème siècle, à l'idée d'utilisation[297].

58. Pratiquer du droit de la consommation sans le savoir– Cependant, avant même l'utilisation de cette terminologie, on peut retrouver des traces de régimes de protection du consommateur, remontant à l'époque romaine ou médiévale. Comme le remarque Monsieur Jean Calais-Auloy « pendant des siècles, les

---

[293] Denise POMBIEILH, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats*, *op.cit.*, not. n° 20.
[294] *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, (ouvrage collectif), éd. 2008.
[295] V. par exemple la phrase de la Bible, « Jésus, le chef et le consommateur de la foi », *Hébreux*, 12 :2.
[296] Jean-Marie TUFFERY, *Ebauche d'un droit de la consommation. La protection du chaland sur les marchés toulousains au XVIIe et XVIIIe siècles,* thèse soutenue à l'Université de Montpellier, Paris, LGDJ, 1998, p. 20.
[297] Cependant, selon d'autres auteurs le terme «consommateur» vient du verbe *consummare* qui signifie achever, dans le sens où il est celui qui achève le processus économique, v. Jean CALAIS-AULOY & Henri TEMPLE, *Droit de la consommation,* Paris, Dalloz, coll. Précis, 8ème édition, 2010, p. 8.

juristes ont pratiqué le droit de la consommation, comme monsieur Jourdan faisait de la prose, sans le savoir »[298].

Dans un premier temps, la grande majorité des règles équitables en faveur du consommateur puisent leur source dans la réglementation des métiers[299]. Ainsi, à Rome ou à Constantinople[300], les prix de certains produits de base, comme la viande ou le vin, sont souvent plafonnés, la réglementation concernant les poids et les mesures est renforcée, afin d'éviter les fraudes, et certaines lois –ne serait-ce que sporadiques– concernant les rapports contractuels sont mises en place[301]. Certes, l'objectif de ces réglementations n'était pas la protection du consommateur en tant qu'acteur autonome mais la garantie de l'approvisionnement des grandes villes à des prix accessibles au grand public. La priorité était ainsi de satisfaire les besoins de la population urbaine qui ne cessait d'augmenter. Il s'agit alors plutôt des contraintes imposées par les autorités étatiques dans le cadre d'une politique économique que d'un mouvement consumériste.

Cependant, l'existence et le développement de ces régimes de protection des consommateurs met en valeur le caractère déséquilibré du contrat de consommation et l'état de faiblesse auquel se trouve souvent l'acheteur, tout en démontrant que notre « droit de la consommation a des origines [plus] nobles et lointaines »[302] que ce que l'on pourrait imaginer. Luc Bihl remarque, d'ailleurs, que ces pratiques, même officieuses, de protection du consommateur ont été « gravées dans l'inconscient populaire depuis le 13ème siècle »[303].

Le 17ème et le 18ème siècles furent les périodes d'une première ébauche de ce qu'on appelle actuellement « le droit de la consommation », à savoir la protection de la personne qui achète pour son propre usage, considérée comme étant en position de faiblesse par rapport au vendeur. Certes, ces règlementations ont un fort caractère local et sont loin d'être généralisées ; toutefois, elles n'en demeurent pas moins intéressantes.

---

[298] Jean CALAIS-AULOY, « Brève histoire du droit français de la consommation », *in* Pierre-Claude LAFOND (dir.), *En quête de justice et d'équité, Mélanges Claude Masse*, Québec, Yvon Blais, 2003, p. 260.

[299] Pour une analyse approfondie, V. Normand MARION, «Le droit de la consommation et la réglementation des métiers de l'empire romain et de l'époque médiévale», *in* Pierre-Claude LAFOND (dir.), *En quête de justice et d'équité, Mélanges Claude Masse*, *op. cit.*, p. 149 s.

[300] V. aussi sur ce point, Luc BIHL & Luc WILLETTE, *Une histoire du mouvement consommateur. Mille ans de luttes*, Paris, Aubier, coll. Dossiers Floréal, 1984, p. 8.

[301] Normand MARION, «Le droit de la consommation et la réglementation des métiers de l'empire romaine et de l'époque médiévale», *op. cit.*, not. p. 157.

[302] *Idem*, p. 177.

[303] Luc BIHL & Luc WILLETTE, *Une histoire du mouvement consommateur. Mille ans de luttes*, *op. cit.*, p. 8.

Ainsi, sur les marchés toulousains, le pouvoir politique a progressivement établi un système de protection du chaland : dans un premier temps, les conditions d'accès au métier du marchand sont définies, l'approvisionnement de la cité –en marchandises de première nécessité – est assuré et les monopoles sont limités[304]. Ensuite, les autorités locales vont aller jusqu'à la réglementation du contrat de vente des denrées alimentaires : information du chaland, répression des agissements frauduleux ou encore détermination des prix firent partie des mesures adoptées[305].

59. La protection de l'acheteur, vecteur de la paix civile et des valeurs chrétiennes – Deux principales raisons motivent ce traitement favorable à la personne qui achète : d'une part, la volonté d'assurer la paix civile et d'autre part une forte influence du droit canonique et des valeurs traditionnelles chrétiennes.

En effet, en assistant l'individu qui conclut un contrat de vente afin de subvenir à ses besoins élémentaires, le pouvoir public pourrait éviter les tensions dans les relations sociales, notamment en périodes de crise économique. « Pourquoi risquer voir naître des guerres civiles quand un accord solennel entre les souverains pour assurer cette nourriture des hommes devenue la première leur mériterait le titre si touchant de père des peuples ? » se demandent les capitouls[306] en 1723[307].

D'autre part, cette protection reflète une tendance à « moraliser » le commerce et transcrit ainsi des valeurs chrétiennes telles que la loyauté, l'honnêteté et la bonne foi lors de la conclusion ou l'exécution des contrats. Le fait, d'ailleurs, que l'Eglise a joué un rôle assez important à la protection des acheteurs tout au long du Moyen-âge est significatif à cet égard[308].

2. <u>La consécration de l'autonomie de la volonté et ses insuffisances</u>

60. Le consommateur, un contractant presque comme les autres– Malgré ces systèmes de protection, très avancés sur leur époque, la particularité du contrat

---

[304] Pour une analyse détaillée de ce système de protection, v. Jean-Marie TUFFERY, *Ebauche d'un droit de la consommation. La protection du chaland sur les marchés toulousains au XVIIe et XVIIIe siècles, op.cit.*, not. p. 29-58.
[305] *Idem*, not. p. 181-354.
[306] Les *capitouls* étaient pendant tout le Moyen Âge et jusqu'en 1789 les officiers municipaux de la ville de Toulouse.
[307] Archives Municipales de Toulouse, BB 282-1723, cité par Jean-Marie TUFFERY, *op.cit.*, p. 28.
[308] Pour une analyse détaillée du rôle de l'Eglise à la protection des consommateurs, v. Luc BIHL & Luc WILLETTE, *Une histoire du mouvement consommateur. Mille ans de luttes*, *op. cit.*, not. p. 26 et s.

de consommation n'est pas du tout prise en considération lors de la rédaction du Code civil. Aucun régime spécial n'est accordé 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 »[309].

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 à la fois 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 »[310], ou encore de délivrer la chose dans le temps convenu entre les parties[311]. 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.

61. 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 quotidienne. Il n'apparaissait donc pas nécessaire de réserver un traitement différent

[309] Philippe STOFFEL-MUNCK, « La codification du droit de la consommation », *in Mélanges Jean-Louis Baudoin*, Paris, éd. Y. Blais, 2012, p. 1269 et s., not. p. 1279.
[310] Art. 1602 du Code civil.
[311] Art. 1603 et 1610 s. du Code civil.

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 »[312].

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 18ème et 19ème 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 fraudeur[313].

62. L'insuffisance du droit commun des obligations– A la fin du 19ème 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[314]» et de l'invention des nouvelles pratiques commerciales, comme les soldes, qui visent à attirer la clientèle.

---

[312] Jean-Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, PUF, 1re éd.,1992, p. 191-192.

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

[314] 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.

63. Les premiers encadrements de la répression des fraudes : la protection du commerce plutôt que du consommateur– C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la loi pénale du 1er août 1905[315] visant à la répression des fraudes et des tromperies dans la vente des marchandises et des produits alimentaires, marquant un premier pas législatif vers la protection du consommateur. Dans son exposé des motifs du projet de loi, Jules Méline, alors ministre de l'Agriculture, invoque le fait que les fraudes « *compromettent le commerce honnête* [....] *et nuisent à la fois aux consommateurs et aux intérêts généraux du pays* »[316]. Même si elle n'utilise pas le terme « consommateur », la loi –qui « *a consolidé un échafaudage juridique hétérogène bâti au cours des cinquante années précédentes* »–[317] prévoyait, par exemple, des sanctions importantes en cas de tromperie du cocontractant sur la nature, les qualités substantielles, la composition ou la teneur du produit vendu[318] ou de falsification des denrées alimentaires[319].

Bien qu'elle soit importante pour la répression des fraudes commerciales, cette loi demeure un texte protégeant avant tout les commerçants honnêtes contre les fraudeurs et non les consommateurs en tant qu'acteurs autonomes. Ainsi, « la protection des consommateurs n'était en quelque sorte qu'un sous-produit de celle des concurrents »[320]. D'ailleurs, la formulation employée par les juges de la Cour de cassation dans un arrêt de 1900 est très révélatrice. A propos de l'application de la loi du 16 avril 1897 dans un cas de mélange de beurre avec de l'eau, les juges de la Haute Cour énoncent : « attendu que la loi du 16 avril 1897 [...] a eu pour *unique objet* de protéger le commerce du beurre vrai [...] contre la fraude »[321].

64. Les premières approches du contrat d'adhésion– En dépit de l'absence d'un encadrement législatif du consommateur, les répercussions des évolutions économico-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

---

315 Loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, *JO* du 5 août 1905, p. 4813.
316 Documents parlementaires, Sénat, 1898, Annexe 248, p. 406, reproduit dans *La loi du 1er août 1905. Cent ans de protection des consommateurs* (ouvrage collectif), Paris, La documentation française, 2007, p. 25.
317 *La loi du 1er août 1905. Cent ans de protection des consommateurs* (ouvrage collectif), *op. cit*, p. 15.
318 Art. 1er de la loi du 1er août 1905.
319 Art. 3 de la loi du 1er août 1905.
320 Jean CALAIS-AULOY, « Brève histoire du droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 261.
321 Cass. crim., 15 juin 1900, *D.* 1905, I, 1, p. 22 (nous soulignons). V. aussi dans le même sens, Cass. crim., 26 février 1904, *D.* 1905, I, 1, p. 22.

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 »[322]. Il distingue ainsi les contrats traditionnels des « prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom »[323]. 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 »[324], 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 20ème siècle[325], 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.

---

[322] 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.
[323] *Ibidem*.
[324] *Idem*, p. 230.
[325] V. Jean-Louis GAZZANIGA, *op. cit.*, p. 193.

Paragraphe II : Le régime spécial du contrat de consommation

Même à l'époque où le contrat de consommation était entièrement soumis au Code civil, le caractère inégalitaire de cette relation contractuelle a très vite fait l'objet d'interventions doctrinales et surtout jurisprudentielles, qui ont tenté de remédier à certains déséquilibres contractuels (*1*). Ce sont les précurseurs d'une consécration législative de la protection du consommateur dans un but de rééquilibrer le contrat qu'il conclut avec le professionnel (*2*).

1. Le régime « pré-consumériste »

65. La protection du consommateur par la jurisprudence– Les premiers pas dans le sens de la différenciation du consommateur de l'acheteur en général ont été –comme dans le cas du contrat de travail– effectués par la doctrine et les juges. « La matière des actes juridiques est de celles qui sont à peine du domaine de la loi. C'est à la doctrine de prendre la tête du mouvement ; la jurisprudence suivra », remarque Raymond Saleilles en 1901[326]. A partir de la fin du 19ème siècle les juridictions françaises commencent à accorder au consommateur une protection particulière, même si les juges n'utilisent pas souvent le terme. L'objectif est, en effet, de remédier à certaines injustices dues à la position d'infériorité du consommateur face au professionnel. On peut, en effet, retrouver des traces de ce régime jurisprudentiel protecteur tant en matière civile qu'en matière pénale.

En ce qui concerne la jurisprudence civile, il faut mentionner que pendant longtemps les juges ont voulu élargir le plus possible le domaine des actes juridiques « en écartant ou abaissant les barrières qui risqu[ai]ent de limiter l'autonomie de la volonté »[327]. La jurisprudence avait ainsi restreint, en interprétant de manière très stricte, tant la notion d'ordre public que l'application des textes législatifs limitant l'autonomie de la volonté. Il est évident qu'une telle position, basée sur le principe de l'autonomie de la volonté, était diamétralement opposée à un traitement favorable au consommateur. Cependant, les juges commencent progressivement à se montrer plus

[326] 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), op. cit.,* préface, p. IX.
[327] Étienne-Ernest-Hippolyte PERREAU, «Technique de la jurisprudence pour la transformation du droit privé», *RTD civ.*, 1912, p. 637.

sensibles à certaines questions relatives à la position de faiblesse d'un contractant, notamment en matière de contrats d'adhésion.

Cette jurisprudence civiliste « pré-consumériste » s'est développée autour de deux questions principales: l'obligation de sécurité et de renseignement pesant à la charge du professionnel d'une part, et la garantie des vices cachés d'autre part. Il est à noter que ces approches rappellent fortement les premiers encadrements jurisprudentiels du contrat du travail et de la protection du travailleur, qui ont été également axés autour de l'obligation de sécurité à la charge de l'employeur[328].

66. L'obligation de sécurité à la charge du vendeur professionnel– L'obligation de sécurité pesant, dans un premier temps, sur le transporteur, constitue chronologiquement la première expression de la protection du consommateur à l'égard du professionnel et commence à voir le jour après l'essor qu'a connu ladite obligation à la charge de l'employeur. Sur ce point encore, le parallèle entre l'évolution du contrat de travail et celui de consommation dans leur chemin d'autonomisation est intéressant et fait partie du passé commun de deux contrats. On doit ainsi mentionner, à titre de rappel[329], que, par un arrêt rendu le 21 novembre 1911[330], la Cour de cassation a pour la première fois reconnu qu'une obligation de sécurité –obligation de résultat[331]–pèse sur le transporteur de personnes par fer, par route ou par mer. La Cour a ainsi estimé que « la compagnie de chemin de fer [...] avait contracté [...] l'obligation d'amener ces agents, comme tous les autres voyageurs, sains et saufs à destination ». Par conséquent, si le résultat n'est pas atteint –le plus souvent dans le cas d'un accident– le transporteur est exposé à des dommages et intérêts pour inexécution du contrat (sur le fondement de l'art. 1147 du Code civil) à moins qu'il ne prouve une force majeure, un cas fortuit ou une faute du voyageur. Cet arrêt opère un revirement jurisprudentiel important, dans la mesure où

---

328 V. *supra* sous Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 2.

329 Sur cette question, qui a déjà occupé la doctrine, v. notamment Jean-Louis HALPERIN, « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal*., 1997, p. 1176-1183, not. p. 1176 ; Clémence MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, Paris, LGDJ, 2006.

330 Cass. civ., 21 novembre 1911, *D.P.* 1913, I, p. 249, note Louis SARRUT.

331 Cette obligation de résultat s'est par la suite transformée à l'égard de certains professionnels en obligation de moyens, autrement dit en une simple «obligation générale de prudence et de diligence». Dans ce cas, pour qu'il puisse obtenir des dommages et intérêts, le consommateur devrait prouver l'imprudence ou la négligence du professionnel. V. notamment, CA Lyon, 20 décembre 1948, *D.* 1949, Jur, p. 593, note Henri LALOU; V. aussi sur cette question les remarques de MM. Herni et Léon MAZEAUD, *RTD civ*. 1950, p. 53 ainsi que Jean BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Paris, LGDJ, 2001.

selon la jurisprudence antérieure[332], pour que le passager soit indemnisé il devait prouver la faute du professionnel et engager, dans ce cas-là, sa responsabilité délictuelle.

Au fil des années les juges ont amélioré le régime de protection accordé aux voyageurs, en précisant notamment l'étendue, la durée et les limites de l'obligation de sécurité. Ils ont par exemple estimé –en interprétant l'expression « à destination », contenue dans l'énoncé de l'arrêt de la Cour de cassation ci-dessus mentionné– que la responsabilité du transporteur par fer est engagée à partir du moment où le passager pénètre sur les quais et jusqu'à ce qu'il quitte les lieux après remise de son billet[333]. Dans un deuxième temps cette obligation de sécurité a été étendue à d'autres catégories de professionnels.

67. L'obligation d'information à la charge du vendeur professionnel– A cette obligation de sécurité est venue s'ajouter, à partir de la fin des années 1950, une obligation de renseignement pesant sur le professionnel. Le professionnel « reste encore soumis aux obligations accessoires qui lui sont imposées par la loi, l'usage et l'équité, parmi lesquelles figure indiscutablement celle de renseignement » : l'énoncé d'un arrêt de la Première Chambre Civile est très éloquent.

En se référant à l'usage et notamment à l'équité, la Cour fait allusion à l'article 1135 du Code civil[334], même s'il ne figure pas au visa de l'arrêt. En effet, l'article 1135 du Code civil a constitué pendant longtemps – et continue de le faire – le fondement tant théorique que légal d'un certain nombre d'obligations ayant comme but la restauration de l'équilibre contractuel, même s'il fait rarement l'objet de citations doctrinales[335] ou jurisprudentielles[336]. Henri Lalou l'avait d'ailleurs déjà remarqué en 1936 à propos de l'obligation de sécurité : l'article 1135 du Code civil constitue

---

[332] V. par exemple, Cass. Civ., 10 novembre 1884, *D.P.* 1985, I, p. 433.

[333] V. notamment CA Paris, 3 juin 1953, *D.* 1953, Jur., p. 464 où les juges ont estimé que «*l'expression «à destination» s'entend, non pas de l'arrêt du train à la gare mais de la sortie de cette gare, après remise du billet; qu'à bon droit les premiers juges ont estimé que cette remise du titre de transport ne suffit pas, à elle seule pour mettre fin au contrat de transport, qu'il faut encore que le voyageur ait quitté les enceintes contrôlées du chemin de fer*». V. aussi sur ce point, les notes de MM. Henri et Léon MAZEAUD, *RTD civ.* 1950, p. 53.

[334] Cet article dispose que «les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

[335] V. cependant deux thèses de doctorat dédiées à ce sujet, Clémence MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil. Une nouvelle source du contenu contractuel*, *op. cit.*, ainsi que Philippe JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005.

[336] En effet, l'article 1135 du Code civil n'est que rarement expressément visé par les arrêts de la Cour de cassation.

« l'unique fondement juridique qu'il soit possible de lui donner » et qui « confère aux tribunaux le pouvoir [...] si l'équité commande d'inclure une obligation tacite de sécurité »[337].

68. La garantie de vices cachés du bien vendu– Par ailleurs, la garantie de vices cachés a constitué le second grand axe autour duquel s'est développée la jurisprudence civiliste « pré-consumériste ». Basée à nouveau sur l'idée de l'ignorance, et en conséquence de la faiblesse, du consommateur, la jurisprudence considère que le vendeur professionnel doit connaître les vices de la chose vendue. Il convient, toutefois, de noter que le mécanisme de la garantie de vices cachés n'est pas propre à la relation entre consommateur et professionnel mais s'applique à tout contrat de vente. Toutefois, la jurisprudence se montre plus sévère à l'égard du vendeur professionnel. En effet, les juges, en considérant qu'« il convient d'assimiler [au vendeur qui connaît les vices] celui qui, par sa profession, ne pouvait les ignorer[338] » font peser sur le vendeur professionnel une présomption de mauvaise foi[339]. Par conséquent, le vendeur, qui ne peut prétendre ignorer le vice, doit indemniser le consommateur pour le dommage que ce dernier a subi et ne peut pas se prévaloir d'une clause de non garantie insérée dans le contrat. En effet, à plusieurs reprises, les juges refusent d'appliquer une clause supprimant ou réduisant la garantie du professionnel, en invoquant le « caractère dolosif » de la clause, lorsqu'ils estiment que ce dernier, « pleinement informé des choses de son art », ne pouvait ignorer l'existence des vices cachés et a, donc, agi de mauvaise foi[340]. Il s'agit, en effet, des premières interventions démontrant le caractère inégalitaire du contrat et visant un certain rééquilibre, soit par la suppression des clauses contractuelles provoquant ou accentuant le déséquilibre, soit par l'engagement de la responsabilité du professionnel.

---

337 Henri LALOU, note sous CA Paris, 25 juin 1935, *D.P.* 1936, II, p. 15.

338 Cass. civ.1re, 24 novembre 1954, *Bull. civ.* I, n° 338. Cette phrase a été constamment utilisée par la jurisprudence des années 1950 et 1960, v. par exemple Cass. civ.1re , 19 janvier 1965, *Bull. civ.* I, n°52 ; *D.* 1965, Jur., p. 389.

339 V. notamment Cass. civ.1re, 17 mai 1965, *Bull. civ. I*, n° 324, où les juges énoncent expressément que «la mauvaise foi du vendeur professionnel est toujours présumée».

340 V. par exemple Cass. civ. 3e, 12 juin 1968, *Bull. civ. III*, n° 273, qui a maintenu l'arrêt différé ayant jugé que «lorsque la clause de non garantie pour vices cachés a été incluse dans le contrat [...] au bénéfice de Fournier constructeur de l'immeuble cédé [...] ledit Fournier n'ignorait pas l'existence des vices cachés pour lesquels il avait stipulé la non garantie et que, pleinement informé des choses de son art, il avait agi de mauvaise foi ».

69. Les sanctions des tromperies et des falsifications de produits– Quant à la jurisprudence pénale, elle s'est concentrée sur des questions de la falsification des produits et des tromperies. Dans la grande majorité de cas, il s'agit de l'incapacité du consommateur d'identifier un produit ou d'estimer sa juste valeur. Ainsi, un arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de cassation, rendu le 14 juin 1913[341] a interdit la dénomination « eau-de-vie de soutirages d'Armagnac », dans la mesure où une telle dénomination était « susceptible de créer dans l'esprit de l'acheteur une confusion sur la nature ou sur l'origine du produit vendu ». Suivant le même raisonnement, un autre arrêt de la même Chambre a condamné en 1928[342] un boucher qui avait apposé une affiche libellée « ici on ne vend que de la viande de première qualité » à proximité d'un étal contenant du bœuf de basse qualité. La Cour a ainsi estimé que cette pratique, susceptible de nuire au consommateur, constituait une « tentative de tromperie sur les qualités substantielles de la marchandise vendue ». La protection est à nouveau justifiée par la considération du consommateur en tant que partie faible, plutôt dans le sens de l'incapacité ou, plus généralement, de son infériorité, cognitive ou technique, par rapport au professionnel.

Les juges estiment ainsi que le consommateur ne serait pas en mesure d'identifier l'origine, la nature ou les qualités du produit vendu. Si la jurisprudence n'admet pas la responsabilité pénale du professionnel dans le cas où ce dernier aurait pris toutes les mesures permettant au consommateur d'identifier le produit, elle présume la mauvaise foi du vendeur « lorsqu'il est en même temps le fabricant du produit mis en vente »[343].

On remarque que dans certains arrêts les juges utilisent même le terme « consommateur », sans pour autant le traiter comme partie faible mais plutôt comme opérateur économique. Ainsi, un arrêt de la Chambre Criminelle de 1905 énonce que « la surveillance préventive du commerce du beurre [...] ne s'étend pas à la marchandise entrée en la possession et au domicile *du consommateur* »[344].

Ainsi, les juges sont les premiers à construire progressivement un régime de protection, qu'on pourrait qualifier d'ébauche de droit de la consommation et à

---

[341] Cass. crim., 14 juin 1913, *Favre c/ Ministère public, Bull*. crim, Tome CXVIII, n°297, p. 586-588.

[342] Cass. crim., 25 octobre 1928, *D.H.* 1928, p. 529.

[343] V. en ce sens Cass. crim., 16 décembre 1926, *D.H.* 1927, p. 100, où les juges ont estimé qu'«en matière de tromperie sur la nature d'une marchandise vendue, la bonne foi du vendeur ne peut être admise lorsqu'il est en même temps le fabricant du produit mis en vente».

[344] Cass. crim, 17 novembre 1905, *Leroy c/ Ministère public*, *D.* 1906, II, 1, p. 53, (nous soulignons).

mettre l'accent, ne serait-ce qu'indirectement, voire inconsciemment, sur le besoin d'adopter une réglementation spéciale visant à accorder une meilleure protection au consommateur. En effet, cette jurisprudence protectrice a abouti à ce que le consommateur « juridiquement défini n'[ait] plus besoin de prouver son infériorité cognitive par rapport au professionnel ; elle est présumée par le juge »[345].

2. Le régime consumériste

70. 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 consommation[346].

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 1962[347] 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 20ème 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 »[348]. 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

---

345 Alessandro STANZIANI (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit, XVIIIe- XXe siècle*, Paris, LGDJ, 2007, not. Chapitre « Consommateur », p. 84.
346 Jean CALAIS-AULOY, « Brève histoire du droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 262.
347 JF 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).
348 «*But they are the only important group in the economy who are not effectively organized, whose views are often not heard* » (nous traduisons).

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.

71. 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 garanti par le droit commun[349], 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 prix[350], constitue peut-être le premier texte législatif utilisant ce terme[351].

A partir des années 1970 une série des lois proprement « consuméristes » voit le jour. 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 »[352].

Parmi les textes adoptés par le législateur français à partir des années 1970[353], la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 –dite loi Scrivener[354]– sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services occupe une place prépondérante. En effet, cette loi, modifiant la loi du 1er 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»[355]. 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 excessif[356].

---

[349] Luc BIHL, «Vers un droit de la consommation», *Gaz. Pal.,* 14 septembre 1974, p. 2-20, not. p. 11-14.
[350] Ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix, *JO* du 8 juillet 1945, p.4150.
[351] 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.
[352] Jean CALAIS-AULOY, « Brève histoire du droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 265.
[353] Pour une présentation plus détaillée des lois adoptées Jean CALAIS-AULOY, & Henri TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.,* p. 33-35.
[354] 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.
[355] Art. 35 de la loi du 10 janvier 1978.
[356] Art. 36 et s. de la loi du 10 janvier 1978.

Par ailleurs, l'ordonnance n°86-1234 du 1er décembre 1986[357] 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 concurrence[358] ; 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.

72. 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 »[359] 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. « On sait qu'en protégeant les consommateurs dans leurs rapports avec les professionnels, on favorise, en même temps, les conditions d'une saine concurrence dans les relations des professionnels entre eux : ainsi, en va-t-il pour les règles de publicité loyale, d'information sur les prix »[360]. Ce caractère réversible n'est pas surprenant. On a pu constater à propos des règles protectrices du travailleur[361] 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.

---

[357] 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.
[358] Art. 1er de l'ordonnance du 1 décembre 1986.
[359] 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.*
[360] 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 Baudoin*, *op.cit*, not. p.. 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.
[361] V. *supra*, sous Ch. 1.

73. L'adoption d'un Code assemblant 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 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 1993[362] pour la partie législative et par le décret du 27 mars 1997[363] pour la partie réglementaire.

74. 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 contrat–[364], de droit pénal –portant sur la répression des infractions commises contre le consommateur[365]–, de droit judiciaire –concernant les procédures juridiques de protection[366]– et de droit administratif –portant sur les pouvoirs de l'administration[367]. Le 1er Titre du 1er Livre, consacré à l'information des

[362] 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
[363] 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.
[364] V. par ex. les articles L. 132-1 à 133-2 du Code de la consommation concernant les clauses abusives.
[365] V. par ex. les articles L. 213-1 à 213-6 du Code de la consommation concernant les fraudes et les falsifications.
[366] 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.
[367] 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.

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 »[368] ou encore d'«auberge espagnole »[369]. 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 consommation a ainsi « vocation à recouper les disciplines traditionnelles [....] pour instiller en chacune d'elles les techniques de protection »[370].

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 générale[371].

Par ailleurs, le Code souffre d'incohérences[372] 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

[368] Frank STEINMETZ, «Le droit de la Consommation ... peut mieux faire», *op. cit.*, p. 1051.
[369] 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».
[370] Nathalie SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 2.
[371] V. en ce sens, Frank STEINMETZ, «Le droit de la Consommation ... peut mieux faire», *op. cit.*, p. 1053.
[372] 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.

droit général»[373]. 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*»[374] 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 civil[375].

75. 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 suite[376], on remarque l'absence, jusqu'à la toute récente loi du 16 mars 2014 transposant une directive européenne[377], 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 »[378] 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 morale[379], que la première image relativement simple se complique.

---

[373] 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).

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

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

[376] V. *infra*, sous Ch. 8.

[377] 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 Ch. 8.

[378] 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, 2e éd., 2011, n° 50.

[379] Sur ces questions liées à l'influence du droit de l'Union, v. *infra*, sous Ch. 8. 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 ; Jean-Pierre PIZZIO, « L'introduction de la notion de

76. 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 abusives[380]. 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 Code de la consommation, cette formulation a été reprise dans l'article L. 132-1[381]. 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 redondance[382] 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 1978[383], son maintien dans le Code de la consommation et, surtout, sa reprise postérieure par la loi du 3 janvier 2008[384], modifiant l'article L. 136-1 du Code de la consommation[385], 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 professionnelle[386].

---

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.

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

381 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).

382 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.

383 Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, (dirigé par) Jacques GHESTIN, *Les contrats de consommation. Règles communes*, *op. cit*., p. 112-116, not. p. 114.

384 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.

385 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).

386 V. à titre d'exemple Cass. civ.1re, 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 entrait 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.

En dépit du contentieux[387] mais aussi des critiques doctrinales[388] qu'elle a suscités, force est de constater que cette notion reflète la volonté du législateur 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 européens[389].

[387] V. notamment la question sur la qualification des personnes morales en tant que non-professionnels. Cf. *infra* sous Ch. 8.

[388] 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 countours de la notion du consommateur. V. Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, (dirigé par) Jacques GHESTIN, *Les contrats de consommation. Règles communes*, *op. cit*., p. 115-116; Sandrine TISSEYRE, « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », *op. cit*., § 22-23; Yves PICOD & Hélène DAVO, *Droit de la consommation*, Paris, Sirey, 2e éd., 2010, p. 28-29.

[389] Sur ces questions v. *infra* sous Ch. 8.

SECTION 2 : EN QUETE D'EGALITE[390] : LE REEQUILIBRAGE DU CONTRAT

77. 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 »[391]. 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 consommateurs[392]. 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 consommateur[393]. Ce qui nous intéresse est de cibler –ne serait-ce que 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

---

[390] Intitulé inspiré des *Etudes consacrées à Claude Masse*, *op.cit.*

[391] 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.

[392] V. en ce sens, Jean-Pierre PIZZIO, «Le droit de la consommation à l'aube du XXIe siècle. Bilan et perspectives», *op. cit.*, p. 878.

[393] 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 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.

Ainsi, l'encadrement législatif visant à assurer la protection du consommateur peut prendre deux formes différentes : soit en amont, à savoir principalement lors de la formation du consentement du consommateur soit en aval, c'est à dire au moment de l'exécution[394] du contrat. En amont, ce sont des mesures préventives visant à aider le profane à pallier son infériorité notamment en termes de connaissance et d'accès à l'information ; en aval, ce sont des mesures curatives, dans le sens où elles viennent *a posteriori* et nécessitent le plus souvent une action en justice. Il s'agit alors, dans le premier cas de figure, de préserver l'équilibre contractuel (*Paragraphe I*) ; dans le second, est plutôt visée la restauration de l'équilibre contractuel (*Paragraphe II*)[395].

[394] 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.

[395] Cette approche est également retenue –en partie– par Hélène CLARET, « Contrats et Obligations. Protection du consommateur», *JCl 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 : La préservation de l'équilibre contractuel

Dans un premier temps, le législateur intervient en amont, pour mieux armer le consommateur, afin que celui-ci puisse défendre ses intérêts vis-à-vis du professionnel[396]. L'autonomie de la volonté des parties se voit ainsi confinée, notamment par deux types d'intervention : la garantie de la liberté du consentement du consommateur, notamment par le biais de la création à la charge du professionnel d'une obligation d'information, au sens large du terme, d'une part (*1*), et la reconnaissance au consommateur de la possibilité de ne pas contracter, d'autre part (*2*).

1. Des mesures visant à garantir un consentement libre et éclairé

78. Le droit du consommateur à être informé, visant à préserver l'équilibre contractuel– 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 » [397] 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 règlementation spéciale. Le législateur préfère intervenir en amont, en préservant la liberté du consentement du consommateur lors de la négociation et la conclusion du contrat[398]. 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 phares[399] 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

---

[396] V. sur ce point, Jean CALAIS-AULOY, « Brève histoire du droit français de la consommation », *op. cit.*, p. 264.
[397] François TERRE, Philippe SIMLER & Yves LEQUETTE, *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 11ème édition, 2013, n° 248.
[398] Sur ces questions v. Nathalie RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, *op. cit*.
[399] V. le discours du Président Kennedy, *supra*.

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 parties[400].

79. 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 contrats[401], devient le leitmotiv[402] 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 »[403].

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 »[404]. 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

---

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

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

402 Philippe MALAURIE, « Le Consommateur. Rapport de synthèse, présenté au 81e Congrès des notaires », *Defr.*, 1985, n° 33593, p. 1042.

403 *Ibidem*.

404 Jean CARBONNIER, *Droit civil /4 Les obligations*, Paris, PUF, 27ème éd., 2004, n° 3.

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 cause[405]. 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 professionnel et profane que l'on admet [...] l'obligation de renseignements du professionnel » remarque Monsieur Jacques Ghestin[406].

80. 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 distinction[407], 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.

81. Les différentes déclinaisons de l'obligation générale d'information du consommateur– Les nombreuses expressions que trouve le droit d'information[408] constituent également un signe de son ampleur. Ainsi, si la jurisprudence a depuis longtemps[409] créé un devoir de renseignement et de conseil à la charge du professionnel, principalement basé sur l'art. 1135 du Code civil[410], le législateur a ajouté des obligations spéciales de renseignement, insérées dans des textes

---

405 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.
406 Préface de la thèse de Muriel FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, op. cit.,* p. XIV.
407 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 ».
408 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.*
409 V. *supra* sous.
410 V. *supra* sous. Une autre base légale envisageable est l'art. 1602 du Code civil.

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.[411]. Ainsi, le vendeur 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 1985[412]. 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.

82. 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 livre[413], 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

---

411 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.

412 Cass. civ. 1re, 23 avril 1985, *Bull. civ.* I, n° 125.

413 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).

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 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.

83. 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 informatif[414], 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 immobilier[415] ou celui issu d'un démarchage téléphonique[416], 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 contrat[417], ou bien la reproduction des mentions légales[418], voire l'imposition d'un certain nombre de mentions manuscrites[419]. En tout état de cause, et sans entrer dans les détails de ces

---

414 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.

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

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

417 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.

418 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.

419 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.

réglementations spéciales, le but recherché est d'assurer l'engagement du consommateur en toute connaissance de cause.

2. Des mesures visant à garantir la liberté de ne pas contracter

84. 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'agression[420], 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.

85. 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

[420] 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 auteurs[421] 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 législateur[422], cette même période de rétractation peut dans certains cas, comme par exemple le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé[423], atteindre les dix jours, voire les trente jours pour certains contrats considérés comme étant d'une importance particulière, tel que le crédit immobilier[424].

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

---

[421] *Ibidem*.
[422] V. à titre d'exemple l'art. L. 121-25 du Code de la consommation pour le démarchage.
[423] Art. L. 121-64 du Code de la consommation.
[424] Art. L. 312-10 du Code de la consommation.

Paragraphe II : La restauration de l'équilibre contractuel

86. La protection du consommateur *a posteriori*– Le législateur intervient, dans un second temps en aval, afin 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 seuls[425]. On remarquera que, à l'exception de la révision des clauses contractuelles, les mesures curatives sont moins nombreuses que les mesures préventives et concernent principalement les modalités d'exécution du contrat. 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.

La révision des clauses contractuelles est ainsi la principale mesure curative, visant à corriger les abus provoqués par des stipulations contractuelles créant un déséquilibre significatif au détriment du consommateur (1). Cette mesure est complétée par le contrôle de l'exécution du contrat proprement dit, notamment par la protection du consommateur en cas d'exécution non conforme aux stipulations contractuelles (2).

1. <u>La révision des clauses du contrat</u>

87. 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

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

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 abusif[426]. 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 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.

88. 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 jurisprudence[427].

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 législative[428]. Son article 35 disposait que « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites,

---

[426] 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.

[427] Sur ces question v. not. Giles 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.

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

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 1995[429], 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 contrat[430].

Sans entrer dans une analyse approfondie de la disposition de l'art. L. 132-1[431], dans la mesure où elle reflète également l'impact de la directive européenne 93/13/CE concernant les clauses abusives, force est de constater que l'esprit des deux solutions adoptées reste inchangé[432] : 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 européenne[433] 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.

89. 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

---

[429] 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.

[430] 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 co-contractant professionnel des obligations provoquant un déséquilibre significatif), v. Emilie GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif», *RTD com*. 2014 p. 267-288.

[431] 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.

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

[433] V. la directive 93/13/CE 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 IIB.

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'Etat[434]. Si cette conception visait à « marginaliser »[435] le rôle du juge, la Cour de cassation a fini par reconnaître au juge le pouvoir de qualifier une clause d'abusive, même en l'absence de décret. Il s'agissait d'un revirement jurisprudentiel que la doctrine a pu qualifier de véritable « coup de force »[436] du juge. En effet, la Cour de cassation a annulé par un arrêt du 14 mai 1991[437] 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*[438], 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 normative[439]. Le juge se ménage, en effet, la faculté de vérifier

---

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

435 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.

436 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.

437 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. 1ère, 14 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 153 ; *D.* 1991, Jur., p. 449, note Jacques GHESTIN ; *RTD civ*. 1991, p. 526, obs. Jacques MESTRE.

438 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 & Herni TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.,* p. 212.

439 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

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 tribunaux[440].

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.

2. L'aménagement de l'exécution du contrat

90. Des obligations pesant sur le professionnel au moment de l'exécution du contrat– Le dernier mécanisme mis en place afin de rééquilibrer le contrat concerne l'exécution du contrat proprement dite, dans le sens où le législateur veille à ce que les obligations contractuelles pesant sur le professionnel soient bien respectées. En effet, si le droit général des obligations encadre l'exécution de tout contrat, en imposant des sanctions en cas d'exécution non conforme aux stipulations contractuelles, cet encadrement se trouve renforcé en matière de contrat de consommation. Un certain nombre d'obligations spéciales sont ainsi imposées à la charge du professionnel. On citera à cet égard l'art. L. 114-1 du Code de la consommation qui prévoit l'obligation du professionnel d' «indiquer la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation », afin que le consommateur puisse dénoncer le contrat si la livraison n'est pas intervenue dans un délai de sept jours après la date indiquée. Dans ce cas, le consommateur pourra rompre unilatéralement le contrat, sans qu'une résolution judiciaire ne soit nécessaire[441].

On peut alors remarquer que l'accent est mis sur ce type d'aménagements qui ne nécessitent pas une action en justice, dans la mesure où le coût et la lenteur d'une

---

recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation », Cass. civ.1ère, 13 novembre 1996, *Bull. civ.* I, n° 399.

[440] V. aussi Cass. civ..1re, 1er février 2000 (inédit), pourvoi n° 97-16707.

[441] V. sur ce point CA Paris, 21 janv. 1997, *CCC*, 1997, n° 105, obs. Guy RAYMOND.

procédure judiciaire sont toujours des facteurs décourageants pour les consommateurs.

91. La protection du consommateur en cas de non-conformité du produit– En ce qui concerne la protection du consommateur en cas de non-conformité des produits ou des services, elle trouve deux fondements principaux : d'une part, les dispositions du droit commun et notamment les articles 1641 s. du Code civil portant sur la garantie des vices cachés. On n'accordera pas d'analyse particulière à ces dispositions en considérant qu'elles ne visent pas spécialement à la restauration de l'équilibre contractuel et la protection de la partie faible, dans la mesure où elles sont susceptibles d'être appliquées à n'importe quel contrat de vente. D'autre part, le consommateur peut se fonder sur les dispositions du droit de la consommation concernant le défaut de conformité[442], auxquelles on ne se référera non plus, dans la mesure où leur origine européenne[443] ne nous permet pas de les considérer comme faisant partie du modèle national.

92. D'autres aménagements contractuels à la disposition du juge– Enfin, d'autres aménagements visant à épauler le consommateur au moment de l'exécution du contrat sont prévus par des dispositions particulières du Code de la consommation. On peut se référer, à cet égard, à l'art. L. 313-12 du Code de la consommation qui permet au juge de suspendre, par voie d'ordonnance, le remboursement d'un crédit à la consommation ou immobilier, lorsque le consommateur se trouve dans une position de faiblesse, à cause notamment d'un licenciement. Cet article, qui fait écho à la disposition générale de l'art. 1244-1 du Code civil[444], laisse entre les mains du juge l'aménagement de l'exécution de l'obligation du consommateur.

Certes, ces mesures curatives sont d'une importance moindre que la suppression des clauses abusives ou le respect de l'obligation d'information pesant sur le professionnel. Cependant, elles n'en demeurent pas moins importantes pour le rééquilibrage du contrat, d'autant plus qu'elles sont corroborées par les dispositions

[442] Art. L. 211 du Code de la consommation.
[443] Ces dispositions sont issues de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, transposée par l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005. V. *infra* sous Chap. 5.
[444] Cet article accorde au juge le pouvoir de reporter ou échelonner le paiement des sommes dues, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier.

du droit commun concernant l'inexécution ainsi que par les constructions jurisprudentielles qui permettent dans certains cas la révision des clauses du contrat[445].

[445] V. par exemple le pouvoir attribué au juge de déclarer une clause non écrite, sur le fondement de l'art. 1131 du Code civil, lorsqu'elle contredit l'obligation essentielle du contrat, affirmée notamment par l'arrêt «*Chronopost*» (Cass. com., 22 octobre 1996, *D.* 1997, p. 145, chron., Christian LARROUMET; *D.* 1997, p. 121, obs. Alain SERIAUX LARROUMET ; *JCP G* 1997, I, 4002, p. 88-89 , obs. Muriel FABRE-MAGNAN ; *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. Jacques MESTRE); V. aussi la possibilité de demander une renégociation du contrat sur la base de la bonne foi, en cas de changement brutal des circonstances, que la Cour de cassation a acceptée dans l'arrêt «*Huard*» (Cass. Com., 3 novembre 1992, *JCP G* 1993, II, 22164, p. 469, note Georges VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. Jacques MESTRE).

CONCLUSION DU CHAPITRE II

93. Le consommateur en tant que partie faible– Abordé initialement comme une simple partie contractante, le consommateur s'est vu progressivement doté d'une conception et d'un régime spécifiques en droit national. Il s'est ainsi détaché du droit commun des obligations mais également du droit de la vente, même si les dispositions du Code de la consommation, auxquelles il est désormais soumis, peuvent donner l'impression d'un ensemble assez hétéroclite qui manque de cohérence. Cette émancipation est due à la reconnaissance du fait que le consommateur n'est pas un contractant comme les autres mais se trouve en position d'infériorité par rapport au professionnel. Il mérite alors une protection particulière en tant que partie faible au contrat.

94. 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, 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 TITRE I

95. 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 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 »[446]. 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 »[447], 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

[446] Alessandro STANZIANI (dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit, XVIIIe- XXe siècle*, Paris, LGDJ, 2007, not. Chapitre « Consommateur », p. 82.
[447] 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 Schaeffer[448].

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 »[449] : 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.

96. 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 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 ont des objectifs qu'on pourrait qualifier de plus modestes, étant donné que 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, en empêchant les abus dans l'exercice du pouvoir de l'employeur[450]. 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.

---

[448] 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. 1069.
[449] Guy RAYMOND, *Droit de la consommation*, Paris, Litec, 2e éd., 2011, p. 37, § 58.
[450] 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.

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 »[451]. 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.

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. Cette différence conceptuelle 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.

[451] 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

97. L'européanisation du droit national par le biais de l'influence nationale sur l'élaboration du droit de l'Union– Après avoir examiné la conception national du contrat de travail et du contrat de consommation, il convient de se pencher sur la première étape du processus d'européanisation 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 doctrine[452] 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»[453]. Madame Maria Vera Jacob de Fradera parle même de « circulation des modèles juridiques, des méthodes

[452] 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. 01 ; Mauro BUSSANI & Ugo MATTEI, « Le fonds commun du droit privé européen », *RIDC* 2000, p. 29-48.

[453] 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.

et aussi des attitudes »[454], afin d'expliquer dans quelle mesure le droit européen fait l'amalgame entre les différentes influences nationales.

98. 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 la voie ascendante 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 systèmes 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 »[455]. 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

[454] 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. 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.

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

transcrit en droit européen la théorie dite des « contraintes juridiques »[456], comme contraintes juridiques pesant sur le législateur européen. L'enjeu dépasse ainsi les 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 »[457] du national et de l'européen, de l'institutionnel et du lobbying, du droit et de la politique.

[456] 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.
[457] 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.

CHAPITRE I : LES MODES D'INFLUENCE NATIONALE : UN PROCESSUS INHERENT AU SYSTEME DECISIONNEL EUROPÉEN

99. 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.

100. 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 »[458], 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 juridique »[459] 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,

[458] 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.
[459] *Idem*, p. 13.

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 Putman[460].

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 »[461]. 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-juridiques[462].

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'européens (*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*).

---

460 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.

461 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.

462 *Idem*, p. 31.

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

101. 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 institutions[463] 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,

[463] 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 »[464].

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

[464] 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

102. 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 institutions[465] - 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'Union[466] 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

[465] Terme emprunté à Derk-Jan EPPINK, *Life of a European Mandarin. Inside the Commission*, *op.cit*., p. 9.
[466] V. l'article 5 §3 TUE.

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

103. 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 »[467] 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 »[468]. 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.

104. 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 20ème siècle, ils ont été repris dans le jargon européen[469] 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

---

[467] 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).

[468] Accord **interinstitutionnel** «Mieux légiférer», *op.cit*., paragraphe 2.

[469] 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).

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»[470], les Livres blancs –plus rares– contiennent «des propositions d'action communautaire »[471] 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 consommateurs[472] ; 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»[473]. 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»[474] 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 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

---

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

[471] 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.

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

[473] *Idem*, p.4.

[474] *Idem*, p. 7.

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 adéquate [475]. 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.

105. 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 2001[476], 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'Union[477].

L'analyse d'impact, qui précède désormais la quasi-totalité des propositions législatives présentées[478], 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 politiques[479]. Afin d'assurer une procédure uniforme et une méthodologie commune d'analyse d'impact[480], 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

---

[475] *Idem*, p. 17.
[476] 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.
[477] V. la première Communication de la Commission sur l'analyse d'impact, COM(2002)276 final, du 5 juin 2002.
[478] 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.
[479] 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).
[480] 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.

Commission. Présidé par le directeur adjoint du Secrétariat général du Conseil[481], 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 avis[482].

106. 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 subsidiarité[483], 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 (*test of EU Added Value*)[484]. Cela présuppose une prise en considération tant des mesures de transposition des normes européennes déjà existantes que des réglementations purement nationales.

107. Le scenario 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

---

[481] 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).

[482] 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.

[483] 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.

[484] 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.

juridiques et des politiques au niveau national[485] 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'impact[486], qui a précédé la proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur[487], mentionnant un certain nombre de pratiques nationales susceptibles de constituer des barrières à la prestation transfrontalière de services[488].

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 Commission[489], 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 change* » *scenario*[490]. 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 »[491] 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

---

[485] Les *Impact Assessment Guidelines* parlent clairement des « *Member State policies/regulations already in place* », *idem*, p. 23.
[486] SEC(2004)21 du 13 janvier 2004.
[487] 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.
[488] SEC(2004)21, p. 18-20.
[489] 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).
[490] 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.
[491] SEC(2009)55, du 28 janvier 2009, version française, p. 9.

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'impact[492] 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 publiée[493] en même temps que la proposition législative et fait partie des documents qui l'accompagnent[494].

108. 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 partagé[495]. La question que les services de la Commission se posaient était de savoir

---

[492] 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).

[493] 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.

[494] 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).

[495] 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

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 »[496]. 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 1991[497]. 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

109. 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 réponse officielle de tout fonctionnaire ou agent de la Commission européenne, « responsable de l'élaboration des politiques »[498] 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

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.

[496] COM(92) 220 final, *op.cit*., p. 41.

[497] *Idem*, p. 42.

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

méditerranéen et les lève-tôt de l'Est glacé » [499] 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*»[500].

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.

110. 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 »[501] 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

---

[499] "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).

[500]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. 15 (nous soulignons).

[501] «A DG is an amalgamation of mandarins from several differents 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).

avant que la proposition de directive sur les services[502] 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 national[503]. 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 »[504].

111. Les options de politique législative– Concrètement, après avoir répondu –presque toujours par l'affirmative– à la question de la nécessité d'une intervention 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 exemple[505]) 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

---

[502] Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006, *op.cit*.
[503] Derk-Jan EPPINK, *Life of a European Mandarin. Inside the Commission*, *op.cit.*, p. 310.
[504] «French negotiators prefer to rely on *la logique*. Strangely enough, this logic coincides with French national interest», *idem*, p. 134 (traduction libre).
[505] Sur ces questions relatives aux méthodes utilisées par les instruments législatifs européens, v. *infra*, sous Chapitre 7.

ou en voie d'adoption dans les Etats membres[506], afin d'identifier les différentes options.

112. 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 Communauté » à propos des licenciements collectifs[507]. 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 »[508].

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*[509]. L'objectif des auteurs était de dresser un état des lieux des droits nationaux à la suite

---

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

[507] 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.

[508] 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 ».

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

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 »[510]. 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 »[511], 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 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 consommateurs[512]. Le rapport présente en annexe les principaux problèmes relatifs aux droits des consommateurs[513]. 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 commercial[514] (question 1.7.3), l'analyse constate qu'en l'absence de disposition dans les directives 97/7/CEE[515] et 85/577/CE[516], 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

---

510 Hans SCHULTE-NÖLKE, Christian TWIGG-FLESNER & Martin EBERS (dir.), *Compedium CE de Droit de la consommation. Analyse comparative*, *op. cit.*, p. 37.
511 *Ibidem.*
512 SEC(2008)2544 du 8 octobre 2008.
513 *Idem*, annexe I.
514 Point 1.7.3. "*How to exercise the right of withdrawal"*, SEC(2008)2547, annexe I, p. 3.
515 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.
516 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.

formalité. La durée de la période de rétractation (question 1.7.1)[517] 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)[518]. Si la directive 99/44/CE[519] 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 internationaux[520], 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 »[521]. Pour les consommateurs, certes, mais en passant par l'augmentation de la compétitivité des entreprises, la

---

[517] Point 1.7.1. "*Length of the cooling off period, idem",* SEC(2008)2547, *op. cit,* p. 3.
[518] Point 3.1 "*The order of remedies in case of lack of conformity", idem*, p. 5.
[519] 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.
[520] 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.
[521] 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.

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 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

113. 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 »[522]. Les parlements, dans l'ombre de leurs gouvernements, sont souvent considérés comme « les parents pauvres de la construction européenne »[523]. 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 20ème siècle[524], 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 proposition législative[525] déjà présentée par la Commission, afin de défendre les

---

[522] 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.
[523] Florence CHALTIEL, *Le processus européen de décision après le traité de Lisbonne*, 2ème édition, Paris, La documentation française, 2010, p. 119.
[524] *Ibidem*.
[525] 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.

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 européenne[526], 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)[527]. 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 européen[528].

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 »[529]. La déclaration prévoit l'obligation des gouvernements de fournir aux parlements les propositions législatives de la Commission en temps utile

---

526 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.

527 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).

528 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).

529 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 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 ».

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.

114. 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 XXXVIème réunion COSAC à Helsinki en 2006[530], 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'Amsterdam[531]. Désormais, la Commission communique ses propositions législatives directement aux parlements, sans passer par l'intermédiaire de leurs gouvernements, afin qu'ils puissent effectuer un contrôle de proportionnalité et de subsidiarité[532].

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,

---

530 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).

531 V. les conclusions de la XXXVIe réunion COSAC, Helsinki, 19-21 novembre 2006, 1er point, http://www.cosac.eu/finlande2006/reunion-pleniere-de-la-xxxvieme-cosac-du-19-au-21-novembre-2/ (consulté le 10.10.14).

532 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.

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 européen[533]. 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 pages[534], 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 consommation[535] et qui permet au consommateur de « rejeter » la livraison des biens et de se rétracter du contrat, si les 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 destinées[536].

La réaction du Sénat français à cette même proposition de la Commission[537] 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

---

533 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).

534 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.

535 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).

536 « *…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.

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

par un rapport d'information assez analytique déposé par la commission des Affaires européennes de l'Assemblée nationale[538]. 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 IMCO[539], 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 près[540], 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 d'exprimer les positions sur les propositions législatives présentées par la Commission.

115. 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 TUE[541], auquel s'ajoutent

[538] 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.
[539] Commission du marché intérieur et de la protection du consommateur.
[540] L'exemple le plus marquant est celui de Chypre.
[541] 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

deux protocoles[542], 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.

2. Les négociations au sein du Conseil

116. L'organisation des négociations au sein du Conseil– Les négociations entre les Etats membres au sein des groupes de travail du Conseil[543] 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.

117. Les négociations au sein des groupes de travail du Conseil– Les négociations au sein du Conseil se déroulent, en pratique, sur trois niveaux : les

---

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 ».

[542] 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.

[543] 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.

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 »[544]. Cela explique 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 légiférer[545]. 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 »[546]. 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*

[544] Jean-Luc SAURON, « Les réseaux d'administrations communautaires et nationales » *op.cit*,, not. p. 285.
[545] Sur cette question v. infra sous Ch.7.
[546] Louis BORE, « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995, p. 267-271, not. p. 267.

effets difficilement mesurables, ne soit réservée en France, plaçant ainsi les entreprises françaises en situation défavorable par rapport à leurs concurrentes étrangères »[547].

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.

118. 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* ».

119. 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

[547] *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).

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.

120. 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 évoquer[548] l'exemple des négociations menées à propos de la proposition de directive sur les droits des consommateurs[549], sur lesquelles la présidence espagnole[550] 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 suédoise[551] se sont arrêtées à la fin du Chapitre III, la délégation espagnole a préféré remettre à zéro la discussion des

[548] 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.
[549] Proposition de directive, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM(2008) 614 final.
[550] L'Espagne a assuré la présidence tournante de l'Union européenne pendant le 1er semestre de l'année 2010.
[551] La Suède a assuré la présidence tournante de l'Union européenne pendant le 2nd semestre de l'année 2009.

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.

121. 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 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 entrainer trop d'obligations nouvelles en matière de contrôle pour les Etats membres » lit-on ainsi dans une note du Conseil[552]. 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.

[552] 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.

122. 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 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'exemple[553] 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*[554]), 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

[553] 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.
[554] V. *supra* sous Paragraphe II. 1.

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 stipulations contractuelles[555], qui faisait l'objet des oppositions susmentionnées, a été retirée des négociations et, par conséquent, du texte de la directive finalement adoptée[556].

[555] V. les articles 24 et s. de la proposition de directive, COM(2008)614 final, *op.cit*.
[556] V. Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011relative 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

123. 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*[557] « 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 ».

124. 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*

[557] 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 civile[558].

125. 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 Eppink[559] 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 »[560]. 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 mutation[561] 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 Traité[562], il semblerait que ce qu'on appelle « le dialogue civil » soit venu s'ajouter au dialogue social déjà existant[563]. Cela ne signifie pas pour autant que les partenaires sociaux ne font pas partie de la société civile au sens large du terme. Simplement, le

---

[558] 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 ».

[559] "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.

[560] 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.

[561] Terme emprunté à Daniel GUEGUEN, *Lobbying Européen*, Bruxelles, Europolitique-LGDJ, 2007, p. 13.

[562] V. les articles 151 à 156 TFUE.

[563] 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.

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 européens[564]. 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 »[565]. 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 interprétation[566].

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 Nice[567], 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.

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*).

---

564 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.
565 Cet article porte sur le Comité économique et social européen (nous soulignons).
566 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 ».
567 V. l'article 257 CE, adopté par le Traité de Nice.

Paragraphe I : Le rôle privilégié accordé à la société civile au sein du processus décisionnel européen

Initalement dévelopée 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

126. 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 17ème siècle, pour ne pas remonter à l'Antiquité[568] ou Cicéron qui définissait la *societas civilis* comme la communauté politiquement et juridiquement organisée[569]. Des penseurs comme Hobbes[570], Locke[571], Tocqueville[572], Hegel[573] ou Gramsci[574] ont ainsi utilisé le concept de société civile dans le cadre de réflexions idéologiquement, socialement et politiquement marquées[575]. La notion a ainsi connu des mutations considérables pour devenir

---

[568] 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.

[569] CICÉRON, *De Officiis*, I, 17.

[570] Thomas HOBBES, *Léviathan*, (1651), Paris, Gallimard, 2000.

[571] John LOCK, *Second Treatise on Civil Society*, (1690), Great Books in Philosophy Series, New York, Prometheus Books, 1986.

[572] Alexis TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique I*, (1835) Paris, Gallimard, 1992.

[573] Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principes de philosophie du droit*, (1821), Paris, GF Flammarion, 1999.

[574] ***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.

[575] 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 fixe[576], à tel point que certains auteurs estiment qu'elle ne fonctionne plus comme un concept mais comme un mythe [577], ou comme un gadget, voire un prêt-à-penser intellectuel[578]. « 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 Colas[579].

Jusqu'au 20ème siècle, la société civile était utilisée pour décrire des phénomènes et des osmoses au niveau national[580]. 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 agissait[581]. Ce n'est que récemment, à partir de la fin du 20ème siècle, que la notion civile connut une « véritable métamorphose »[582] : 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 nationales[583].

---

576 «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.

577 *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, Palgrane Macmillan, 2003.

578 «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.

579 Dominique COLAS, *Le Glaive et le fléau : Généalogie de la société civile et du fanatisme*, Paris, édition Grasset, 1992, p. 44.

580 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.

581 « 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, CEDIN, Paris X, Pedone, 2003, p. 5-18.

582 François RANGEON, "Société civile: Histoire d'un mot", *op.cit*., p. 27.

583 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 international[584].

127. 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 européennes[585]. Cette notion regroupe actuellement un large éventail d'acteurs[586] 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.

128. 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 national[587], 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 1957[588], au niveau

---

584 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.

585 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.

586 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. 238.

587 V. *supra*, sous Titre I.

588 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 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

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 européen[589]. 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 »[590]. 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 national[591] et constitue une des caractéristiques nationales de la construction européenne et une de ses particularités par rapport aux autres organisations internationales[592].

129. 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 était plus spectaculaire. S'inscrivant « dans un nouveau référentiel ou paradigme plus favorable aux associations »[593], que l'Europe connaît à partir de la fin des années 1970, elle a été principalement conçue comme une réponse au déficit démocratique dont souffraient –et continuent d'ailleurs de souffrir– les institutions de l'Union.

130. L'action de la société civile européenne, une réponse au déficit démocratique des institutions européennes– En effet, les institutions européennes

---

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.

589 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.

590 V. Béatrice RANGONI-MACHIAVELLI, *ibidem*.

591 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.

592 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.

593 Rosa SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, Paris, Dalloz, 2007, p. 300.

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 »[594].

La prise de conscience de cette absence d'échange et de communication entre la base de l'édifice européen et son sommet[595], 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 acteurs[596], afin de résorber le déficit démocratique. Le recours aux acteurs de la société civile fonctionne alors comme « modèle alternatif de légitimation »[597] pour les institutions européennes. De nouveaux concepts, comme la bonne gouvernance[598] voire la co-gouvernance[599], la démocratie participative[600], délibérative[601] ou encore associative[602], virent ainsi le jour et sont vite devenus le *leitmotiv* des politiques européennes.

131. 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

---

[594] COMITE ECONOMIQUE ET SOCIAL EUROPEEN, Conférence du 8 et 9 mars 2004, CES/04/32.

[595] **"***The Commission was the first 'government' in Europe that was ready to engage in self-criticism and to propose items for reform*", remarque la deputée 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).

[596] V. Le *Livre blanc de la gouvernance de l'Union européenne, op. cit.*

[597] 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.

[598] V. à titre d'exemple l'article 15§1 TFUE.

[599] V. Gautier PIROTTE, *La notion de société civile*, *op. cit*., not. p. 70s.

[600] V. not. l'article 10§1 TUE.

[601] 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.

[602] 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.

modernisation et de changement»[603]. L'action des partenaires sociaux est, par ailleurs, jugée indispensable pour la cohésion sociale au sein de l'UE. Selon la Commission[604], 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»[605] 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 2004[606]. 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 »[607].

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 »[608]. 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

---

603 V. Communication de la Commission *Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement*, COM (2002) 341 final du 26.6.2002.
604 *Idem*, not. p. 4.
605 Rosa SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, *op.cit*., p. 301.
606 « 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.
607 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.
608 Rosa SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, *op.cit*., p. 304.

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 »[609]. 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

132. 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. 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

[609] Christophe VIGNEAU, « Etude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *RTD eur.* 2002, p. 653-683, not. p. 662.

effet juridique[610]. L'accord signé par les Etats membres de l'UE à l'exception du Royaume Uni et de l'Irlande[611] 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 118B[612] en cours de discussion à l'époque[613]. 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 qui place explicitement la promotion du dialogue social parmi les priorités de l'Union[614].

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 européenne[615] présentent des listes de partenaires sociaux qui participent aux procédures de consultation et de négociation. Ces organisations[616] participent au dialogue social

---

[610] 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.

[611] 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.

[612]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, *Traité de Droit social de l'Union européenne*, 2ème édition, Paris, LGDJ, 2014, p. 43-44.

[613]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.

[614] 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, dans le respect de leur autonomie. Le sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi contribue au dialogue social ».

[615]V. 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 ».

[616] 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,

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 européens[617].

133. 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 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.

134. 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

---

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.

[617] 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).

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 fin[618].

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 uns[619].

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, 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 européennes[620].

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»[621]. On peut compter pas moins de 87 procédures de

---

618 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 ».

619 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.

620 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.

621 Jean-Emmanuel RAY, «Les sources de la loi du 31 janvier 2007», *Dr. soc.* 2010, p. 496-503, not. p. 497.

consultation[622], 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 (1ère consultation) et du 9 avril 1996 (2ème 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).

135. 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 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 sociale[623], « 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.

---

[622] 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).

[623] COM (1993) 600 final, *op.cit*., p. 19, §§ 30 et s.

Deux voies sont alors ouvertes en vertu de l'article 155 al. 2 du TFUE[624], 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 » [625] européenne.

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 nationaux[626].

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 partiel[627], la directive sur le contrat de travail à durée déterminée[628] et celle sur le congé parental[629].

---

[624] 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».

[625] 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.

[626] Sur cette question v. *infra*, sous Ch. 8.

[627] 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.

[628] 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.

[629] 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.

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 échoué[630]. 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 »[631]. Cet accord constitue un pas vers la construction progressive d'un droit européen conventionnel, axé sur l'autonomie de la négociation collective.

136. Le rôle moins institutionnalisé des associations de défense des consommateurs au niveau européen– Dotées d'un rôle moins institutionnalisé que 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 européen[632]. Présentes dans l'arène bruxelloise depuis le début des années 1960,[633] 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

630 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.
631 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.
632 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).
633 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.

de protection des consommateurs[634]. Les deux organismes actuellement habilités à recevoir le financement européen pour les aider à effectuer leurs activités, l'ANEC[635] 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 »[636].

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 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.

634 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 ».

635 Association européenne pour la coordination de la représentation des consommateurs dans la normalisation.

636 V. Daniel GUEGUEN, *Lobbying européen*, Bruxelles-Paris, Europolitique-LGDJ, 2007, p. 135.

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

137. La définition de la société civile organisée– Consacré par le Traité de Nice[637], 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 »[638], « la lecture des diverses publications des institutions de l'Union européenne montre que les deux expressions sont utilisées presque indifféremment »[639]. Nous la maintiendrons notamment pour la distinguer des autres parties prenantes. Comme le remarque le Conseil 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 »[640]. 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 les membres servent l'intérêt général par le biais du processus démocratique basé sur

---

637 Art. 257 CE.
638 V. les art. 11 TUE et 15, 300 et 302 TFUE.
639 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.
640 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.

le discours et le consensus et jouent également le rôle de médiateurs entre les pouvoirs publics et les citoyens »[641]. Concrètement, la société civile organisée comprend cinq catégories d'acteurs :

- les partenaires sociaux ;
- les organisations représentatives des milieux socioéconomiques ;
- les ONG ;
- les organisations de base[642] ;
- les communautés religieuses.

138. 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'associations[643], 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 membres[644] 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, 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

---

641 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.

642 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.

643 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.

644 Des associations nationales issues d'Etats européens hors Union européenne peuvent aussi y participer.

acteurs éprouvent une difficulté considérable à trouver des accords sur des positions communes, « en raison du poids toujours grandissant du fait national »[645]. 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-Salgado[646]. 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 collectifs[647] que « chaque participant au dialogue est *forcément influencé* dans son appréciation par *les résultats que donne le système national* qu'il connaît »[648].

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 »[649]. 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 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

---

645 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.
646 Rosa SANCHEZ-SALGADO, *Comment l'Europe construit la société civile*, *op.cit*., p. 308.
647 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.
648 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).
649 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).

internationale, tantôt des regroupements de syndicats nationaux sans rattachement international »[650].

139. Les organisations de la société civile en tant qu'interlocuteurs des institutions européennes– Outre leur participation au dialogue social qu'on a déjà évoquée[651], 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 organisée[652]. 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 »[653]. 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 »[654], notamment pendant la période décisive 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

---

650 Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p. 352-367, not. § 35, p. 363.
651 V. *supra* sous Paragraphe I2.
652 V. l'article 300 TFUE.
653 Daniel GUEGUEN, *Lobbying Européen*, *op. cit.*, p. 61.
654 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.

cadre du CDSEI[655] « afin d'initier une méthode de travail commune avec les partenaires sociaux »[656].

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 Conseil[657] au Royaume Uni et à l'Irlande.

2. Les autres « parties prenantes » (*stakeholders*)[658]

[655] Comité du dialogue social pour les questions européennes et internationales.

[656] 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/communiques,95/reunion-des-partenaires-sociaux,7406.html (consulté le 10.10.2010).

[657] 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.

[658] 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.

140. 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*[659], 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 France[660], 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 évolution[661]. On compte aujourd'hui plus de 150 antennes permanentes de groupes d'intérêts français installées à Bruxelles[662].

Ces acteurs contribuent à l'élaboration du droit européen, «notamment grâce à l'apport de leurs compétences techniques»[663]. 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 législative[664]. Plus le sujet est technique, plus la marge de manœuvre et

---

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.

[659] 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 Vandersanden*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 89-115.

[660] Il est d'ailleurs assez intéressant de noter qu'il n'existe pas en langue française un mot équivalent au «*lobbying*».

[661] Le sous-titre de l'ouvrage de Stéphane DESSLAS « *Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles* » est assez éloquent à ce titre.

[662] B. VAYSSIERE, *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.

[663] Jean-Louis CLERGERIE, « L'influence du lobbying sur les institutions communautaires », *op.cit*., p. 99.

[664] 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

d'influence des parties prenantes est importante. Ainsi, les négociations préparatoires à l'adoption de la directive TSF (Télévision Sans Frontières) sur les services audiovisuels[665] ou du règlement REACH sur les substances chimiques[666] ont constitué des théâtres d'action du lobbying bruxellois, notamment à cause de leur caractère technique ou grâce à celui-ci[667].

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 1992[668], 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 consultations[669].

141. Des influences nationales véhiculées à travers les parties prenantes ?– Les positions défendues par les parties prenantes sont nécessairement 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 européennes[670]. 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.

---

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.

665 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.

666 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.

667 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.

668 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.

669 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.

670 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.

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»[671] soit par la Représentation permanente[672] 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 »[673].

[671] Stéphane DESSLAS, *Un lobbying professionnel à visage découvert. Enquête sur l'influence des Français à Bruxelles*, *op.cit*., p. 100.
[672] « 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.
[673] Jean-Louis CLERGERIE, « L'influence du lobbying sur les institutions communautaires », *op.cit*., p. 100.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

142. 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

143. 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'européanisation 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 consommateurs[674], 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 »[675].

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 supposer 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

[674] Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, COM(2008) 614 final.
[675] *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 minimale[676].

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*).

[676] V. *infra* sous Ch. 5.

Paragraphe I : Les influences nationales avant la publication de la proposition législative européenne

144. 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 jurisprudentielles[677], 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.

145. 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 services[678], on remarque que l'exposé des motifs de la proposition de directive[679] 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

[677] V. *supra* sous Ch. 1.
[678] 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.
[679] COM(91) 230 final du 1er août 1991.

proposition) seuls deux, à savoir la Belgique et la France, consacraient des dispositions spécifiques aux travailleurs détachés.

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 1990[680]. Le législateur avait alors réagi en adoptant une circulaire administrative pour les entreprises européennes du bâtiment et des travaux publics[681]. 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 hebdomadaire[682]. 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 directive[683] 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 »[684]. Cet intérêt français à l'adoption de la directive explique d'ailleurs le fait que, lorsque les

---

680 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 ».

681 Circulaire du 2 mai 1991, publiée dans les *Liaisons sociales*, législation sociale, D2, n°6524 du 21 mai 1991.

682 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.

683 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 Ch. 8.

684 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 1993[685]. 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 »[686] est faite dans l'objectif de justifier la nécessité d'une intervention européenne en la matière[687] ; 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 Delors[688].

146. 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 collectifs[689], la Communauté ne comptait que les six Etats fondateurs[690], ce qui assure une meilleure traçabilité des marques nationales à la fois sur le texte de la proposition et sur les négociations. Ladite directive, la première importante intervention européenne en matière de

685 Loi 93-313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.
686 Antoine LYON-CAEN « Le droit, la mobilité et les relations de travail : quelles perspectives » *Rev. Marché Commun*, n°334, 1991, p. 108-113.
687 « 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 1er août 1991, p. 2 paragraphe 1.
688 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.
689 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.
690 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.

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 modifiée[691]. 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 »[692].

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 rédigé [693] 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 travail[694].

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

[691] COM(73)1980 final du 26 novembre 1973, p. 3 (nous soulignons).
[692] Conseil, Addendum au doc. R/2329/72, SOC 237 du 2 novembre 1972, p. 1.
[693] *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.
[694] Note de transmission au Conseil du 28 novembre 1961, 1515/61, SOC 136.

français[695] 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.

147. La notion de licenciement– En ce qui concerne la notion de licenciement collectif, il ressort des rapports de la Commission mais aussi du Parlement[696] que les droits nationaux examinés connaissaient deux approches différentes en la matière : la grande majorité des pays[697] 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 français[698] était le critère qualitatif, visant tout licenciement effectué pour des raisons économiques ou techniques, donc pour des raisons non inhérentes à la personne du travailleur[699]. 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 »[700]. Elle a ainsi considéré comme collectif tout licenciement effectué pour un motif non inhérent à la personne du travailleur et affectant un certain nombre déterminé de salariés[701].

148. 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

---

695 Pour une analyse des positions du droit positif ainsi que de la jurisprudence français 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.

696 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).

697 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.

698 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.

699 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.

700 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.

701 V. article 1 de la proposition de directive.

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'entreprise[702]. Parmi les autres systèmes juridiques, seul le français prévoyait une information et une consultation obligatoires, en temps utile des délégués du personnel[703]. Cette thèse a été finalement reproduite par la proposition de directive[704], afin de mettre en place une « véritable consultation obligatoire »[705].

149. 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 France[706] et aux Pays-Bas. Les autres Etats membres reconnaissaient simplement une possibilité de notification[707] ou bien ne prévoyaient aucune disposition spécifique en la matière[708]. Cette position a été adoptée par la proposition, qui n'a cependant pas imposé des délais précis dans lesquels l'autorisation devait être obtenue[709]. Cette inspiration est, d'ailleurs, expressément mentionnée dans le rapport du Parlement[710].

150. 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 travail[711]. En étudiant les travaux préparatoires

---

[702] V. *supra* sous Ch. 1.
[703] V. notamment l'ordonnance n°45-280 du 22 février 1945, *JO* du 23 février 1945 page 954.
[704] V. l'article 4 de la proposition de directive.
[705] 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.
[706] Autorisation par les services de la main d'œuvre, v. l'ordonnance du 24 mai 1945 précitée.
[707] V. par exemple les dispositions des droits belge, luxembourgeois et, dans une certaine mesure, allemand.
[708] C'était notamment le cas du droit italien.
[709] Article 3 de la proposition de directive.
[710] 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.
[711] 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.

de la proposition de directive, adoptée d'ailleurs en un temps record[712], 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 directive[713] expose de manière détaillée l'état des droits nationaux. Elle mentionne ainsi expressément[714] tant les Etats imposant la forme écrite du contrat de travail[715] – 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 forme et il doit continuer d'en être ainsi »précise l'avis du Comité économique et social sur la proposition de directive[716].

151. 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 1989[717]. 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 matière[718].

---

712 En effet, la proposition a été publiée en janvier 1991 et le texte final a été adopté en octobre de la même année.
713 COM(90) 563 final du 8 janvier 1991.
714 COM(90) 563 final, *op.cit*., not. p. 6 et 7.
715 C'était le cas uniquement de l'Irlande et du Royaume Uni, ce qui explique pourquoi la directive était plutôt d'inspiration anglo-saxonne.
716 CES, Avis du 24 avril 1991, SOC/208, p. 2.
717 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.
718 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

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 contrat[719]. 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 19ème siècle[720].

152. 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 exposé[721], 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* »[722] rajoute la communication qui reflète parfaitement sur ce point la position du système juridique français.

---

accompagnant la proposition de cette directive fait également référence aux conclusions de l'étude comparative, COM(91)230 final*, op. cit*., p. 9.

[719] « 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.

[720] V. parmi d'autres, l'analyse très intéressante de Sylvain SOLEIL, « Le succès des modèles juridiques français dans le monde au XIXe 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.

[721] V. *supra* sous Titre I, Chapitre I.

[722] COM(90)563 final, *op. cit*., p. 3 (nous soulignons).

Paragraphe II : Les influences nationales après la publication de la proposition législative européenne

153. 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 travailleurs[723], 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 Conseil[724], ont constitué l'arsenal majeur de la France tout au long des négociations.

154. 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 Commission[725]. 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

---

723 V. *supra* sous Para I.

724 V. le résumé des travaux du Groupe des Questions sociales du 1er 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).

725 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 France[726].

155. 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 »[727]. 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 mois[728]. La proposition a été acceptée par la Commission et englobée dans la première proposition modifiée de directive[729]. 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/CEE[730], pourtant sans rapport direct avec la directive en discussion[731]. 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» ou «dès le premier jour»[732]. Elle a fini par céder « à titre de compromis »[733] lorsque

---

726 « 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.

727 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.

728 V. l'avis du Parlement en première lecture du 10 février 1993, *JOCE* C 1993/72/85.

729 COM(1993) 225 final du 15 juin 1993.

730 Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, précitée.

731 « 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.

732 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.

les négociations ont été activement reprises, après une assez longue période de dialogue infructueux.

156. 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 collectifs[734], le droit français avait déjà exercé, comme on l'a expliqué[735], 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 collectif[736]. 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.

157. 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 internes » a invoqué à plusieurs reprises la délégation française lors des négociations au Conseil[737]. Cette thèse a été finalement adoptée dans le texte final.

158. Le maintien des dispositions nationales plus favorables– La France a donc accepté, à titre de compromis, d'abandonner certaines de ses revendications, en

---

733 V. le résumé des travaux du Groupe des Questions sociales du 20 mars 1996, Conseil 5682/96 SOC 69, p. 4.
734 Directive 75/129/CEE du 17 février 1975, précitée.
735 V. *supra* sous Paragraphe I
736 *Note relative aux règles françaises applicables en matière de licenciement collectif*, transmise au Conseil le 28 septembre 1972, R/1995/72, SOC 198.
737 Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales, réunion du 3 avril 1974, Conseil 754/74 SOC 78, p. 10 bis et 11 bis.

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 »[738]. 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.

159. 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 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 sociale[739].

---

[738] Résumé des travaux du Groupe des Questions sociales au Conseil, réunion du 25 septembre 1974, Conseil 1621/74 SOC 193.

[739] « 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

La protection accrue garantie par le droit français[740] 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 minimale[741]. 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 »[742]. 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.

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 Chap. 5.

740 « 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 depré 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.

741 Sur cette question v. également *infra* sous Chap. 6.

742 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 CONCEPTION EUROPÉENNE DU CONTRAT DE CONSOMMATION

160. 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 avancé[743]. 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*).

[743] V. *infra* sous Ch. 2.

Paragraphe I : Les influences nationales avant la publication de la proposition législative

161. 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 1993[744]. 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 consommateur[745], explique, au moins en partie[746], 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.

162. L'approche ad hoc de la directive 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

---

[744] 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.

[745] 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 Ch. 5. 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.

[746] 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 »[747], 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 »[748] l'adoption de la loi allemande du 9 décembre 1976[749]. La particularité française réside dans une approche qualifiée de « droit administratif »[750] adoptée par la loi du 10 janvier 1978[751]. 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 excessif[752]. 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 générale[753], 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 européennes[754] 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 par l'article 35 de la loi de 1978 qui exigeait l'interdiction de la clause par décret[755].

---

[747] COM(90) 322 final, *op. cit*., p. 16.
[748] *Idem*, p. 18.
[749] *Gesetz zur Regelung des Rechts des Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB Gesetz)* du 9 décembre 1976, *Bundesgesetzblatt* 1976, I. S 3317, disponible sur le site internent http://www.netlaw.de/gesetze/agbg.htm (consulté le 13.10.2014) Lors de la reforme du Code civil allemand (BGB) en 2002, cette loi a été codifiée dans le BGB.
[750] COM(90) 322 final, *op. cit*., p. 11.
[751] 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 agrées de consommateurs et à l'information des consommateurs.
[752] V. *supra* sous Ch. 2.
[753] 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.
[754] « 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.
[755] V. *supra* sous Ch. 2.

Un système axé autour d'une liste de clauses présumées abusives a donc été jugé préférable[756].

163. 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 parties[757], 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 »[758].

164. 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 consommateurs[759]. En reflétant cette position française, la proposition de directive prévoit dans ses considérants la possibilité pour les organisations de

---

[756] 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, 13ème considérant.

[757] Article 2 de la proposition.

[758] 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 entrainant au détriment du consommateur un déséquilibre manifeste des droits et des obligations des parties* » (nous soulignons). D'ailleurs, 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.

[759] Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agrées 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 compétent[760].

165. 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 commerciaux[761]. 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 directive[762].

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 matière[763], 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 domicile[764]. Grâce à son approche globale, le droit français a influencé tant l'esprit général de la proposition que des dispositions particulières.

166. Le champ d'application de la réglementation– En commençant par le champ d'application de la proposition[765], 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-après sous les termes de « contrats négociés par démarchage à domicile ». Toujours

---

760 COM(90) 322 final, *op. cit.*, p. 69, 14ème considérant. Sur la question de recours collectifs des consommateurs après l'intervention européenne, v. *infra* sous Ch. 8.

761 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.

762 COM(76) 544 final du 12 janvier 1977.

763 En effet, sur huit Etats membres deux (l'Italie et l'Irlande) ne prévoyaient aucune régle 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) reglémentaient 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.

764 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.

765 Article 1 de la proposition de directive, COM(76) 544 final *op. cit.*.

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 proposition[766]. 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 rééquilibre contractuel.

167. 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 consommateur[767], le délai de rétractation de sept jours[768] ainsi que l'interdiction de renoncer au droit de rétractation[769]. 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'achat[770], 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, 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 »[771].

---

[766] 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.
[767] Article 4§1 de la proposition COM(76) 544 final, *op cit*..
[768] Article 6§1 de la proposition, *idem*.
[769] Article 6§4 de la proposition *idem*.
[770] Article 4 de la loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 précitée.
[771] COM(76) 544 final, *op.cit*., p. 8.

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.

168. L'absence de marques nationales 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 partagé[772], directive communément appelée « *timeshare directive* »[773]. 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 commencé en France dans les années 1960[774], le droit français constituait un des trois systèmes nationaux[775] qui avaient déjà adopté une réglementation spécifique en

---

[772] 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.

[773] 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.

[774] 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.

[775] Les deux autres pays dotés d'ue legislation spécifique étaient le Portugal et la Grèce.

la matière. Ces trois droits nationaux sont expressément utilisés par les services de la Commission comme base de l'initiative législative[776]. 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 1986[777] 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 »[778]. 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.

[776] COM(92) 220 final, *op.cit*., p. 40.
[777] 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.
[778] 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

169. 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 abusives[779], on remarque que les traces du droit national sur la proposition de directive étaient plutôt limitées[780]. 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.

170. La suppression de la référence à la bonne foi– La délégation française a insisté, dans un premier temps, sur la suppression du 4ème 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 allemande[781], 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 déséquilibre[782]. La délégation de la France voulait remplacer ce critère par « la notion de l'abus de puissance économique ou d'avantage pour le professionnel »[783], 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

779 Directive 93/12/CE précitée.
780 V. *supra* sous Paragraphe I.
781 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.
782 V. *supra* sous Ch. 2.
783 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 membres[784] et elle a finalement été prise en compte dans le texte définitif.

171. 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 modifiée[785] 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 »[786]. La demande a été accueillie et la disposition en question ne figure pas dans le texte de la directive.

172. 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 négociées[787], 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 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 »[788]. 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

[784] *Ibidem*.
[785] COM(92) 66 final du 4 mars 1992.
[786] V. le résumé des travaux du Groupe protection et information des consommateurs, réunion du 10 mars 1992, Conseil 5259/92 CONSOM 10, p. 13.
[787] 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.
[788] *Note Introductive au Coreper, Compromis présenté par la présidence,* Conseil 7065/92 du 9 juin 1992, p. 3 (nous soulignons).

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 »[789]. 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 »[790]. 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»[791].

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 portugaise[792], maintenu par le Coreper et est devenu ensuite l'article 8 de 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.

173. 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

[789] Articles 3 et 4 et considérants 11 et 15 de la *Note Introductive au Coreper, Compromis présenté par la présidence*, *op.cit*.
[790] Rapport du Coreper, Conseil 7503/92, réunion du 24 juin 1992, CONSOM 34, p. 3 (nous soulignons).
[791] 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.
[792] 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*..

commerciaux[793]. 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 doit 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 ans[794]–, 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 »[795].

Concrètement, la délégation française était en faveur du maintien de l'article 3 de la proposition[796], mentionnant de manière détaillée les éléments que le contrat 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 directive[797], sanction soutenue par la France[798] a été supprimée. Toutefois, la plus

---

793 Les négociations ont abouti à l'adoption de la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 précitée.

794 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.

795 « 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.

796 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 préfèrerait 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 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.

797 Article 5 de la proposition de directive, COM(76) 544 final précité.

798 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

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 »[799].

En fin de compte, la France a donné son accord pour un texte moins contraignant que celui de la proposition, en échange[800], comme c'était le cas pour la directive sur les clauses abusives, d'un article[801] 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 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 »[802].

174. 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

---

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.

799 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.

800 Pour la demande de la France, appuiyée 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.

801 Article 8 de la directive.

802 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.

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»[803].

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, 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 FDP[804], bien qu'au sein même de la coalition gouvernementale, la CSU[805] 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

[803] 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 », 892ème réunion, 12 décembre 1984, p. 5 (traduction libre).

[804] *Freie Demokratische Partei,* Parti libéral-démocrate.

[805] *Christlich-Soziale Union in Bayern e. V.*, Union chrétienne-sociale en Bavière.

accordent déjà, en pratique, sur une base volontaire, le délai de réflexion de 7 jours prévu par la directive »[806].

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.

[806] 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

175. 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.

176. 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 travailleur[807]. 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 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 pour les entreprises ne faciliteraient pas le fonctionnement du marché intérieur, qui demeure l'objectif primordial poursuivi par les institutions européennes.

---

[807] Sur cette question v. *infra* sous Ch. 6 et 8.

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 27, 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

177. 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 politiquo-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 »[808]. 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*).

[808] 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 CADRE DU CONTEXTE NATIONAL

178. L'européanisation 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'européanisation du droit national, elle est suivie par celle de la mise en œuvre du droit européen dans le cadre du contexte national. En effet, en puisant ses origines sur 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.

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

179. 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 Martin[809]. 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 européen[810] pour remonter au rang européen. Même s'il « entretient toujours des liens de filiation incestueuse avec ses divers géniteurs »[811] le droit européen a su développer au fur et à mesure un modèle autonome. Ce caractère autonome[812] 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.

---

[809] Philippe MARTIN, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *RTD eur*, 1994, pp. 609-630, not. p. 609.

[810] V. *supra*, partie I, titre II.

[811] 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.

[812] Certains auteurs ont, toutefois, contesté l'existence d'une règlementation 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*, 5ème 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*, 8ème 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.

180. 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 autonomie[813].

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 règlementation 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 consommateur[814] ou du travailleur[815] mais ne règlementent pas directement le contrat conclu par ces personnes. Ce n'est que dans un deuxième temps, en raison des liens contractuels crées par l'action du consommateur et du travailleur, qu'on peut parler de l'émergence d'une notion de contrat en droit européen[816]. 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 du contrat »[817]. On passe, ainsi, d'un raisonnement essentiellement contractuel au niveau national à un raisonnement beaucoup plus axé autour des personnes en tant

---

[813] V. *supra*, partie I, titre I.

[814] 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.

[815] V. à titre d'exemple l'article 48 du Traité de Rome sur la libre circulation des travailleurs.

[816] 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 J-P Pizzio, selon qui « 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 et s, not p. . Cependant, même si on admet que la règlementation 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.

[817] Jean-Sylvestre BERGE, « Le clivage acteurs publics-privés à la lumière du droit communautaire : le contrat face à un impératif de santé publique », *RDC,* 4/2004, p. 1076-, not. p.. (nous soulignons).

qu'opérateurs économiques et de la règlementation de leur action, au niveau européen.

181. 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 acteurs[818]. 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 comparabilité de l'intervention européenne dans les deux matières, tant sur le plan de l'acquis communautaire que sur le plan de la technique législative[819].

---

818 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 ».

819 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

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*).

---

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 TRAVAILLEUR ET DU CONSOMMATEUR PROPRE AU DROIT EUROPEEN

182. 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/CE[820] 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 égard. Même après la mise en place de la citoyenneté européenne et l'évolution de la

[820] 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.

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 MARCHE INTERIEUR

183. 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 »[821]. 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 hommes[822].

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*).

---

821 V. dans ce sens, Urlich MUCKENBERGER, Brian BERCUSSON, Simon DEAKIN, Pertti KOISTINEN, Yota KRAVARITOU, Alain SUPIOT & Bruno VENEZIANI, *Manifeste pour une Europe sociale*, Paris, Desclée de Bouwer, 1996, p. 21.

822 Alain SUPIOT (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 I : 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

184. 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 2ème 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 »[823], constitue alors la pierre angulaire, une question « d'ordre constitutionnel dans l'Union »[824] 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 capitaux – n'est pas sans importance. L'accomplissement du marché passe d'abord

[823] Article 8 A TCEE, introduit par l'Acte unique européen.
[824] Jean-Sylvestre BERGE et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen*, 1ère édition, Thémis droit, PUF, 2008, p. 97.

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.

185. Le travailleur et le consommateur traités par le droit de l'Union de manière incidente– Dans le cadre de cette « Europe des marchands »[825], 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.

186. 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 commune[826] ou dans celle portant sur les règles de la concurrence applicables aux entreprises[827]- tellement l'équation entre la réalisation du marché et leur protection paraissait à l'époque évidente[828]. 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 Picod[829]. Il est, d'ailleurs, intéressant de noter 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

---

825 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*., pp.139-165, not. p. 141.

826 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 ».

827 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 ».

828 *Ibidem*.

829 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.

des « consommateurs » (*Verbraucher*)[830], 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 consommateurs[831] 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 consommateurs[832]. Cette communication a donné lieu à la résolution du Conseil en date du 14 avril 1975[833], 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 européen[834] 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 TCEE[835], les instances législatives européennes à adopter toutes les mesures nécessaires au rapprochement des législations nationales qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du

---

[830] 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).

[831] 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 ».

[832] 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.

[833] 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.

[834] 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.

[835] 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 protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé ».

marché intérieur, tout en garantissant au consommateur un « niveau de protection élevé »[836]. De plus, l'Acte unique européen prévoyait la possibilité l'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 salariés[837]. 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 règlementations européennes touchant à des domaines traditionnellement nationaux. L'article 100A TCEE a constitué pendant longtemps, comme on expliquera ci-dessous[838], la base juridique quasi exclusive[839] des interventions législatives européennes concernant le consommateur, le travailleur étant en principe soumis à l'ancien article 100 TCEE.

187. 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 circulation[840] et également dans les articles 117 et s. TCEE, portant sur la politique sociale[841] –abordée 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 TCEE avait, en effet, caractère plutôt « programmatique »[842]. 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

---

[836] Sur l'importance de la base juridique pour la détermination de l'instrument juridique utilisé, v. *infra* sous Ch. 6.
[837] V. paragraphe 2 de l'article 100A TCEE.
[838] V. *infra* sous Paragraphe I (2).
[839] 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.
[840] Article 48 TCEE.
[841] V. le Titre III TCEE.
[842] 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.

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 »[843]. 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 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 TCEE[844] qui, après avoir exprimé l'importance que revêt

[843] 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. »

[844] 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

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 qualifiée[845].

188. 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 »[846]. Comme le remarque Monsieur Bernard Bossu[847], 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 surtout la personne du travailleur « en tant qu'opérateur économique sur [l]e marché »[848] 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

---

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.»

[845] 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.

[846] 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.

[847] Bernard BOSSU, « Harmonisation européenne et contrat de travail » *in* Chistophe JAMIN & Denis MAZEAUD (dir.) *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 97-115, not. p. 99.

[848] V. dans ce sens Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail,* 2e édition, Quadrige, PUF, 2007, p.23.

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»[849]. 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 »[850]. 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, 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 <u>la protection</u> des travailleurs contre les licenciements collectifs. Or, le texte proposé par la Commission [...] tient compte plus particulièrement de l'intérêt des entreprises »[851]. Enfin, les mêmes préoccupations d'orientation économique sont perceptibles dans la

[849] Proposition modifiée de directive sur les licenciements collectifs, exposé des motifs, COM (73) 1980 du 26 novembre 1973, p. 1 (nous soulignons).
[850] 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).
[851] 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.

proposition de directive en matière de travail temporaire[852] 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 »[853].

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 entrainent des *charges financières différentes* pour les milieux économiques dans les divers Etats membres», remarque la Commission à propos de la première proposition de directive concernant les produits défectueux[854]. 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 d'une protection suffisante et équivalente de tous les consommateurs parmi les actions prioritaires à entreprendre dans les plus brefs délais »[855]. 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* »[856]. Suivant la même

---

[852] 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.

[853] 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.

[854] Proposition de directive relative au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, COM (76) 372 final du 23 juillet 1976, p. 1.

[855] *Idem*, p. 3.

[856] Proposition de directive relative au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des Etats membres en matière de publicité trompeuse et déloyale, COM (77) 742 final du 28 février 1978, p. 1.

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»[857]. 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 d'ensemble » remarque Monsieur Daniel Fasquelle[858], 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 règlementation du droit de la consommation n'ait pas été une priorité pour le législateur européen peut également s'expliquer par l'absence d'une règlementation 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

[857] 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).
[858] 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

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

189. 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 »[859]. 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 « 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 »[860].

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

---

[859] Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 41, n°69.

[860] Ernst STEINDORFF, « Privatrecht und Europäischer Binnenmarkt » *in* Gert BÜRGGEMEIER (dir.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994, p. 131-, 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, « Europäiches Gemeinschaftrecht und Privarecht », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p. 13 (cité par Nobert 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).

rapprochement d'un point de vue fonctionnel. Autrement dit, dans la mesure où celui-ci est nécessaire pour le bon fonctionnement du marché intérieur »[861].

L'approche fonctionnelle trouve aussi son écho au sein de la doctrine française[862] 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 »[863]. D'autres auteurs parlent d'une « démarche normative fonctionnelle »[864].

190. 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 s'approprie « des compétences normalement nationales »[865]. 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 »[866]. La même considération est également valable pour l'intervention européenne en matière de

---

[861] « 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).

[862] 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.

[863] Philippe MARTIN, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *op.cit*, p. 612 (nous soulignons).

[864] Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 40, n°68.

[865] 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.

[866] *Idem*, p. 142.

protection du travailleur, comme on a pu le constater ci-dessus[867]. 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 »[868].

191. 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 fondamentale de l'intervention du législateur européen dans les deux domaines[869]. 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 »[870].

On pourrait citer différentes directives adoptées dans les deux domaines avant le Traité de Maastricht sur la base juridique d6e l'article 100 du TCEE : c'est le cas de

---

[867] V. *supra*, Paragraphe 1.1.

[868] 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).

[869] 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 Ch. 6.

[870] Loïc GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation » *in* Daniel FASQUELLE & Pa trick 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.

la directive 75/129/CEE du 17 février 1975 sur les licenciements collectifs[871], la directive 80/987/CEE du 20 octobre 1980 sur la protection des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur[872] ou la directive 77/187/CEE du 14 février 1977 sur le maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises[873], la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux[874], la directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 sur la publicité trompeuse[875] ou encore la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux[876].

---

[871] 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.

[872] 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. Sur la question de la base juridique de cette directive, v. *infra*, note 51.

[873] 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.

[874] 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).

[875] 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, règlementaires 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

192. 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 coté 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 »[877]. Cette conclusion reflète alors le caractère programmatique de l'article 17 TCEE qui renforçait l'utilisation de l'article 100 TCEE en tant que fondement générique des initiatives européennes portant sur les deux acteurs.

193. 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 défectueux[878], qui ajoute que « cette lacune ne saurait être comblée par une

---

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».

[876] 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* JO L 210 du 7.8.1985, p. 29–33. V. l'exposé de motifs de la dite directive, *supra*, sous paragraphe I, note 38.

[877] 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.

[878] 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.

déclaration d'intention (programme préliminaire de la CEE pour une politique de protection et d'information des consommateurs[879]) formulée par le Conseil des Ministres en la matière »[880] .

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 Cour de Justice. La protection du consommateur et du travailleur demeure ainsi subsidiaire[881] et accessoire face au prisme du marché commun à travers lequel ces deux acteurs sont abordés[882]. 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 »[883]. 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 dernier[884].

---

879 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.

880 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.

881 Guillaume BUSSEUIL, *Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen*, *op. cit*., p. 197.

882 « 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.

883 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.

884 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 TCEE[885] (*2*).

1. L' « autonomisation » des compétences de l'Union après le Traité de Maastricht

194. 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»[886]. 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 demeuraient axés autour de l'accomplissement du marché commun, on remarque, notamment sous l'influence du Traité de Maastricht, une progressive 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-

[885] Devenu l'article 94 TCE.

[886] 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).

faire peut apparaître pernicieuse pour le[s] destinataire[s] du marché intérieur »[887], en l'occurrence le travailleur et le consommateur.

195. 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 ».

196. Le caractère subsidiaire de la compétence de l'Union en matière de protection du consommateur– Certes, les formulations employées restent « prudentes »[888] ; 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 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

[887] Loïc GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation », *op. cit*., p. 141.
[888] 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.

« zone grise » dans laquelle elle se trouvait alors confinée »[889] 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 »[890].

Cela étant, cet article accorde à l'Union une « compétence d'attribution »[891], 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 indirect[892]. 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 national[893].

197. 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 aux consommateurs[894]. 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

---

[889] Thierry BOURGOIGNIE, «Droit et politique communautaire de la consommation: de Rome à Amsterdam», *op.cit.*, p. 197.

[890] 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.

[891] Loïc GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation », *op. cit.*, p. 156.

[892] 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.

[893] 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 ».

[894] 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.

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 communautaire[895] [...] ait été prise à ce jour en se référant à cette base juridique nouvelle »[896].

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 distance[897]. De la même manière, la proposition initiale de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation[898] 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*»[899]. 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 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

[895] 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.
[896] 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.
[897] 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.
[898] 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.
[899] COM (95) 520 final, *op. cit.* (nous soulignons).

comme base juridique les articles 100 A et 129 A TCE[900].

198. 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 sociale[901] y a été annexé avant d'être intégré au Traité d'Amsterdam. Son 1er 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 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.

199. 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

[900] 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.

[901] 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.

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 »[902]. 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.

200. 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 horizontal [903] et transversal[904], 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 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 »[905].

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

---

[902] 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.
[903] Thierry BOURGOIGNIE, «Droit et politique communautaire de la consommation: de Rome à Amsterdam», *op.cit.*, p. 209.
[904] Sandie CHILLON, «Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam: un droit émancipé?», *op.cit.*, p. 264.
[905] Communication de la Commission sur les Priorités pour la politique des consommateurs, 1996-1998, COM (95) 519 final du 31 octobre 1995, p. 3.

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 »[906]. 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-Auloy[907].

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'Union[908], 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 générique[909] qui donne l'impression d'un élargissement de la compétence[910].

201. 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 Traité[911]. 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 fondamentaux[912] et les objectifs de promotion de l'emploi, de l'amélioration des conditions de vie et de travail,

---

906 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.

907 Jean CALAIS-AULOY, « La Communauté européenne et les consommateurs » *in Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 119-127, not. p. 120.

908 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 ».

909 Thierry BOURGOIGNIE, «Droit et politique communautaire de la consommation: de Rome à Amsterdam», *op.cit.*, p. 209.

910 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 membres, et en assurent le suivi ».

911 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.

912 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.

permettant leur égalisation dans le progrès, de la protection sociale adéquate, du dialogue social ainsi que du développement des ressources humaines »[913]. 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 »[914]. Ainsi, la principale base directe pouvant fonder l'adoption des mesures protectrices du travailleur au niveau européen demeure l'article 94 TCE, à savoir l'empêchement des répercussions sur le fonctionnement du marché.

202. 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.

---

913 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 ».

914 Philippe MARTIN, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *op. cit.*, p. 626.

2. L'hypertrophie du fondement relatif au fonctionnement du marché au détriment des fondements de protection autonomes

203. 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 TCE[915] 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 153 TCE[916] et les articles 136 et 137 TCE[917], 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 marque, d'ailleurs, « la persistance de l'assujettissement de la politique de consommation »[918] 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 consommation[919], la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[920], la directive 2001/37/CE la fabrication, la présentation et la

915 Devenus les articles 115 et 114 TUE.
916 Devenu l'article 169 TFUE.
917 Devenus les articles 151 et 153 TUE.
918 Sandie CHILLON, «Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam: un droit émancipé?», *op.cit.*, p. 266.
919 Directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, précitée.
920 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.

vente des produits du tabac[921] ou encore la directive 2000/13/CE du 20 mars 2000 concernant l'étiquetage[922], 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 travailleur[923] 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'établissements[924].

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 exclusive[925] soit principale[926].

On assiste ainsi à une « utilisation hypertrophique »[927] et un « usage universel »[928] 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

[921] Directive 2001/37/CE du 5 juin 2001 relative au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires 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

[922] 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.

[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, précité.

[924] 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.

[925] V. les directives 93/13/CEE, 2000/13/CE, 91/533/CEE et 2001/23/CE précitées.

[926] V. les directives 99/44/CE et 2001/37/CE précitées.

[927] Sandie CHILLON, «Le droit communautaire de la consommation après les Traités de Maastricht et d'Amsterdam: un droit émancipé?», *op.cit.*, p. 266.

[928] Sandie CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, *op.cit.*, p. 578.

marché intérieur n'est pas directement visé[929]. La protection du travailleur et du consommateur reste ainsi « dans l'orbite » du marché intérieur[930].

204. 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 portés 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 réalisation[931]. 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 marché[932].

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 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 à 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 Poillot[933] – un jugement de valeur porté sur cette conception. C'est une conception qui reflète les spécificités et la nature de

---

929 L'utilisation de l'article 100 A TCE en tant que base juridique des instruments législatifs européens est souvent contestée par les Etats 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).

930 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.

931 V. en ce sens Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 37, n°62.

932 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.

933 Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 42, n°72.

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 auteur[934].

205. 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 partiel[935], sur le congé parental[936] ou encore celle sur les produits défectueux[937] 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 législatifs[938], le droit de consommation n'est pas non plus totalement épargné de telles complications. Outre les questions de 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'approprier des domaines dans lesquels les Etats membres se sont réservé une compétence importante. Cette vision extensive

---

[934] *Idem,* p. 41, n°69.
[935] 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.
[936] 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 BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE, *JOUE* L 68, 18.3.2010, p. 13–20).
[937] Directive 85/374/CEE, du 25 juillet 1985 précitée.
[938] Ce défaut est, dans une certaine mesure, pallié par les compétences normatives accordées aux partenaires sociaux. Sur cette question v. *supra* sous Chap. 3.

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

206. 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 »[939]. 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 mutation[940]. Dans l'un des 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 »[941].

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 européen en tant que consommateur ou travailleur, ou autrement dit au citoyen-

---

939 Article 17 TCE.

940 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 européens », *in Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier : la France, l'Europe, le monde*, 2009, Paris, Pedone, pp. 267-280 ; Florence CHALTIEL, « La citoyenneté européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 23 (Dossier *La citoyenneté*), février 2008, p. 109; 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.

941 CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c/ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Aff. C-184/99, *Rec.* I-06193.

consommateur et au citoyen-travailleur[942]. 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. 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 Rome[943], 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 dernière étape du raisonnement consiste alors à s'interroger sur les conséquences qu'on pourrait éventuellement tirer de cette comparabilité (*Paragraphe II)*.

[942] V. par exemple la communication de la Commission, Politique des consommateurs, 2ème 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 ».

[943] 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 ».

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 »

207. 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-dessus[944], 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* »[945], 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* »[946].

On assiste alors à un changement de conception, accompagné d'un changement de discours des institutions européennes, même si les références avaient, au moins au début, une forte connotation symbolique. « Désormais, le

944 V. *supra*, Chapitre I, Section I, Paragraphe II.
945 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.
946 Sandie CHILLON, *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, *op.cit*., p. 57 (nous soulignons).

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 »[947] 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 »[948]. Près de vingt ans plus tard, la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives se réfère expressément à la protection du « citoyen dans son rôle de consommateur »[949]. 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»[950]. 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 rapprocher l'Europe du citoyen européen* »[951]. Dans le même texte, on peut également remarquer que la Commission

---

[947] 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.

[948] Claire MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Aix-Marseille, PUAM, 2011, p. 19.

[949] Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 précitée, 6ème 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 ».

[950] «*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).

[951] 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).

emploie souvent indistinctement les termes « consommateurs européens » et « citoyens européens »[952].

Quant au travailleur, la directive 2004/38/CE sur le droit de séjour[953] 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 supprimée[954]. 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 travailleur[955]. La toute récente directive 2014/54/UE relative à des mesures facilitant l'exercice des droits des travailleurs[956], 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 »[957]. Dans le même ordre d'idées, la communication de la Commission relative à la réaffirmation de la libre circulation des 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 »[958]. Elle

---

952 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.

953 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.

954 V. par exemple les conditions de séjour, prévues par le Chapitre II de la directive.

955 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.

956 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.

957 *Idem*, considérant (23) (nous soulignons).

958 Communication de la Commission «Réaffirmer la libre circulation des travailleurs: droits et principales avancées » du 13 juillet 2013, *op. cit*., p. 3.

remplace alors, en quelque sorte, la libre circulation des travailleurs par la libre circulation des citoyens[959].

208. 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 cité[960], « 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 »[961]. 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 »[962].

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 »[963]. 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 communautaire tend à être saisi sous sa facette, la plus visible, de consommateur » remarquent Madame Judith Rochfeld et Monsieur Emmanuel Jeuland[964].

---

[959] 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.

[960] 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' ἁπλῶς οὐδενὶ τῶν ἄλλων ὁρίζεται 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.

[961] Claire MARZO, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, *op.cit*., p. 22.

[962] *Idem*, p. 15.

[963] *Idem*, p. 29.

[964] 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.

En dépit des critiques reprochant son application très fragmentée[965], 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 »[966]. 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 »[967]. 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 ?

209. 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 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,

965 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.

966 Robert KOVAR & DENIS SIMON, « La citoyenneté européenne », *op.cit.*, not. p. 286.

967 Patrick DOLLAT, *La citoyenneté européenne. Théorie et statuts*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 85.

bien que la politique sociale européenne existe bien avant la consécration de la citoyenneté[968], on peut soutenir que cette dernière contribue au renforcement de la dimension sociale de l'Europe.

210. 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 »[969]. 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 »[970]. 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 consommation se révèle être une composante importante du lien social [...]. Le lien de consommation s'inscrit [...] comme l'un des plus fort socialement »[971].

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

---

968 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.
969 Déclaration du Sommet de Paris 19 au 21 octobre 1972, précitée, point 6.
970 COM(1985) 314 final du 23 juillet 1985, point 14 (nous soulignons).
971 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.

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.

211. En quête d'un équilibre entre les objectifs économiques et sociaux– L'Union recherche alors à établir un équilibre entre l'économique et le social[972], 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»[973]. 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 du 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 jusqu'à affirmer que « la finalité économique poursuivie par l'article 119 du traité[974] [...] 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 »[975]. 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 »[976]. Toutefois,

---

[972] 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.

[973] CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c/ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, Aff. 43/75, *Rec.* p. 455 (point 10).

[974] Il s'agit de l'article du TCEE qui prévoyait le principe de l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes.

[975] CJCE, 10 février 2000, *Deutsche Telekom c/ Lilli Schröder*, Aff. C-50/96, *Rec.*, I-743, point 57.

[976] Olivier DE SCHUTTER, « L'équilibre entre l'économique et le social dans les traités européens », *op.cit.*, not. p. 138.

comme nous le constaterons ci-dessous[977], 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 illustratif[978].

212. 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 travailleur[979] 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 entrainé 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 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 traités[980] et, conformément à l'article 52 de la Charte, les droits consacrés par cette dernière sont distingués des principes 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 membres[981]. 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

977 V. *infra*, sous Ch. 8.
978 Sur ces deux arrêts et les critiques qu'ils ont suscitées v. V. *infra*, sous Ch. 8.
979 Articles 27 à 38 de la Charte.
980 V. article 6 TUE.
981 V. article 52§5 de la Charte.

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 concrète[982]. 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"»[983].

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 considérants[984] 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 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 »[985].

213. 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

---

982 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.
983 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.
984 Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 sur les droits des consommateurs précitée, considérant 66.
985 Directive 2014/54/UE du 16 avril 2014 précitée, considérant 29.

fait référence à la notion des « éléments sociaux » du droit européen des contrats[986]. 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 »[987]. 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 »[988].

---

[986] 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").

[987] Claude BLUMANN (dir.), *Marché intérieur. La libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, 3ème édition, Paris, Institut d'Etudes Européennes, 2006, not. p. 11.

[988] 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

214. 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 contractuel[989]. 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

[989] V. *supra*, sous Titre I.

objective [...] – ne doit pas être laissée à la merci et sous la contrainte d'un partenaire »[990].

215. 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 obligations[991], 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 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 »[992]. 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.

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

---

990 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.

991 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.

992 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.

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 civil[993]. 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 l'unique 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 Reich[994].

216. 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 européenne[995], 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 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

[993] V. *supra*, Partie I, Titre I, p.
[994] "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).
[995] V. *supra*, Partie II, Titre I, p.

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 pratique[996].

217. 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 »[997] 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 »[998]. 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 »[999]. 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 »[1000]. 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 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.

---

996 V. sur ce point ainsi que sur la question générale du niveau de protection accordée, *infra*, Titre II, Partie II, Chapitre II, p.

997 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.

998 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.

999 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.

1000 Communication de la Commission, Politique des consommateurs, 2ème 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.

218. 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 protégés[1001].

219. 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 »[1002]. C'est en suivant cette logique que le Règlement (CE) n° 44/2001 ci-dessus mentionné[1003] 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 doit européen qui lui a accordé une connotation différente que celle qu'elle avait initialement en droit national.

220. 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

---

[1001] V. également sur la question de l'implication du travailleur dans l'entreprise *infra* sous même para et sous ch. 8.

[1002] 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, 2ème 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.

[1003] 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.

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 »[1004]. *« 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 auparavant[1005], 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 »[1006]. « 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 [1007]». Suivant une logique similaire, le Sommet tripartite social qui a eu lieu le 20 mars 2014 entre les chefs de gouvernement et les partenaires sociaux européen a mis en avant « le besoin urgent de rétablir la confiance dans l'intégration européenne» [1008].

221. La confiance du consommateur et du travailleur reflétée dans les textes législatifs européens– On retrouve souvent cette notion de confiance,

---

[1004] Communication de la Commission, Stratégie pour le marché intérieur, Priorités 2003 – 2006, COM (2003) 238 final du 7 mai 2003, p. 6 (nous soulignons).
[1005] 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).
[1006] Communication de la Commission, Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006, COM (2002) 208 final du 7 mai 2002, point 2.1 (italics dans le texte d'origine).
[1007] 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 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.
[1008] http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=89&langId=fr&newsId=2051&furtherNews=yes (consulté le 17.03.2014).

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, tels[1009] que la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives[1010], la directive 99/44/CE sur la vente et les garanties des biens de consommation[1011] ou, notamment, la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs[1012] mais aussi les textes dits « sectoriels» comme la directive 2008/122/CE sur l'utilisation des biens à temps partagé[1013]. 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 »[1014]. De son coté, 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 élevé, ainsi qu'en leur fournissant des informations appropriées sur leurs droits et sur les modalités d'exercice de ces derniers »[1015]. 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 »[1016]. Quant à la directive

[1009] 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.
[1010] Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, précitée.
[1011] Directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, précitée.
[1012] Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, précitée.
[1013] 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.
[1014] Proposition de directive concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs, COM (90) 322 final, précitée, p. 2 (nous soulignons).
[1015] V. l'exposé des motifs de la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, COM (2008) 614 final, précitée, p. 3 (nous soulignons).
[1016] 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.

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* »[1017] 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 »[1018].

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 d'engagements au sein de l'entreprise »[1019]. L'objectif « d'instaurer un climat de confiance et de partenariat »[1020] pourrait être atteint par « une meilleure organisation du travail fondée sur les aptitudes, la confiance, la qualité et l'implication des travailleurs »[1021]. Toutefois, le terme « confiance » n'est pas aussi répandu qu'en matière de consommateur. En réalité, en matière de protection du travailleur, la confiance s'exprime notamment à travers la sécurité du travailleur ainsi que son implication dans l'entreprise[1022]. 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 intérieur[1023]. Après avoir énoncé qu'« instaurer un climat de confiance dans l'environnement en ligne est essentiel au développement économique et

[1017] 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).
[1018] COM (95) 520 final du 18 juin 1996, p. 9 (nous soulignons).
[1019] COM (97) 128 final du 16.04.1997, point 23 (nous soulignons).
[1020] *Idem*, point 82.
[1021] 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&intPageId=216 (consulté le 17.10.2014).
[1022] V. *infra*, même paragraphe.
[1023] 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.

social »[1024], le Règlement vise à résoudre « les principaux problèmes empêchant les citoyens de l'Union de profiter des avantages d'un marché unique numérique »[1025].

222. 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 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 »[1026] 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 »[1027]. 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 »[1028]. 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 »[1029]. Par conséquent, il est plus facile d'obtenir le consensus politique des Etats membres sur ces points.

[1024] *Idem*, considérant (1).
[1025] *Idem*, considérant (4).
[1026] Communication de la Commission, Politique des consommateurs, 2ème 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.
[1027] Idem, p. 30 (nous soulignons).
[1028] 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).
[1029] 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. 133-134.

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'employeur[1030], la directive 2002/14/CE sur le cadre général de consultation et d'information du travailleur[1031], la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur[1032], la directive 2000/31/CE directive sur le commerce électronique[1033] ou encore la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs[1034] en témoignent.

223. 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 consommation[1035]. Tel est, par exemple, le but de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives[1036] et de la directive 94/47/CE sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers en ce qui concerne le consommateur[1037], modifiée par la directive 2008/122/CE[1038] ou la directive

[1030] 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.
[1031] Directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs, précitée.
[1032] 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.
[1033] 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.
[1034] Directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs précitée.
[1035] V. *supra*, Ch.1 et 2.
[1036] Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, précitée.
[1037] 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.
[1038] 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

99/70/CE sur le travail à durée déterminé[1039], 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 « l'utilisation des contrats de travail à durée déterminée basée sur des raisons objectives est un moyen de *prévenir les abus* »[1040]. 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* »[1041].

224. 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 renfoncement 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 partagé[1042] alors que celle sur les droits des consommateurs considère que « l'harmonisation complète de certains aspects réglementaires essentiels devrait considérablement augmenter la sécurité juridique »[1043].

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

[1039] Directive 99/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, précitée.
[1040] V. point (7) des considérations générales (nous soulignons).
[1041] 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).
[1042] 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).
[1043] Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, précitée, considérant (7).

l'entreprise. Si la notion de sécurité du travailleur constitue également un des axes de la protection accordée par le droit national[1044], 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 TCEE[1045] et constituant une des composantes les plus importantes de la politique sociale 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 intérieur[1046]. La directive-cadre 89/391/CEE en constitue le premier exemple[1047]. 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 Parlement[1048].

225. 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 »[1049]. 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»[1050] au bénéfice des deux parties au contrat de travail. Un nouveau terme –d'inspiration danoise– est ainsi né, celui de la flexicurité

[1044] V. *supra* sous Ch. 1.
[1045] Devenu l'article 153 TFUE.
[1046] 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.
[1047] 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.
[1048] Résolution du Parlement européen du 15 décembre 2011 sur l'examen à mi-parcous de la stratégie européenne 2007-2012 pour la santé et la sécurité au travail, 2011/2147 (INI), considérant E.
[1049] 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).
[1050] Livre vert « Partenariat pour une nouvelle organisation du travail » COM (97) 128 final du 16.04.1997, points 31 et 82.

(*flexicurity*)[1051] 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 demandeurs d'emploi et des pouvoirs publics »[1052]. 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 contraignantes[1053]. 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 »[1054]. Or, ces questionnements peuvent parfois devenir source d'insécurité[1055] ou compromettre des droits qui sont considérés comme acquis pour les travailleurs au niveau national[1056].

226. 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)[1057] et celles relatives aux sociétés européennes[1058]. Ces initiatives

---

[1051] 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.

[1052] Conseil de l'UE, Rapport de la mission pour la flexicurité, établi sous l'autorité de M. Vladimir 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.

[1053] 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 Ch. 6.

[1054] Livre Vert du 22 novembre 2006 intitulé « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle », COM (2006) 708 final, p. 6.

[1055] V. sur ces questions, Sophie ROBIN-OLIVIER, « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne », *RDT* 2007, p. 89-

[1056] Pour l'impact sur le droit national v. *infra* sous Ch. 7.

[1057] 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

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'entreprise[1059].

227. 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. Si elle trouve ses racines dans certains droits nationaux, notamment sous la forme de la protection de la confiance légitime[1060], 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 »[1061].

Il résulte que la notion de confiance, pouvant être considérée comme l'idée phare du modèle européen du citoyen consommateur ou travailleur, constitue une

---

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.

[1058] 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, 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.

[1059] V. sur ces questions *infra* sous Ch. 8.

[1060] 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.

[1061] 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.

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 altérant, comme on le constatera ci-dessus[1062], la conception 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

228. 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 sont similaires. 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-dessous[1063], 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.

229. 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

[1062] V. sur cette question *infra* sous Partie II, Titre II, p.
[1063] V. *infra*, sous Chapitre 7.

une grille de lecture du droit européen du travail et de la consommation, en participant ainsi à une meilleure compréhension et, par ce biais, à une application plus cohérente des normes européennes.

230. 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 »[1064]. 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 contractuelle[1065].

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 consommateur[1066]. 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

---

[1064] V. à titre indicatif Klaus HÜMMERICH & Joachim HOLTHAUSEN, « Der Arbeitnehmer als Verbraucher», *NZA* 2002, p. 173s.

[1065] 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 Chapitre 8.

[1066] 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 »[1067]. 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 motifs[1068].

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 « agressive », 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.

231. 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

[1067] 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.
[1068] 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).

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 on crée des règles spéciales qui régissent des rapports présentant des caractéristiques particulières et qui deviennent par la suite des branches juridiques autonomes, tout en demeurant liés 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 droit 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 traités 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.

CHAPITRE II : LES MECANISMES DE REALISATION DU MODELE EUROPEEN

232. 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 nationaux[1069]. 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 des 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*).

[1069] Sur la notion de «réalisation» du modèle européen, v. Jerôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, Paris, Fondation de Varenne, LGDJ, 2008, not. p. 22-31.

233. 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 des praticiens tendant à décrire ce « phénomène »[1070] que certains auteurs considèrent comme «réaction à la pluralité et à la diversité des ordres juridiques »[1071]. D'origine légale[1072], jurisprudentielle[1073] ou doctrinale[1074], dotés de multiples nuances et souvent « à géométrie et à géographie variables »[1075], 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 travailleur ainsi que sur l'évolution des interventions européennes dans les deux matières.

234. La coexistence de différentes méthodes au sein du même instrument législatif– Chacune de ces méthodes implique, d'ailleurs, l'utilisation de différents

---

[1070] 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.

[1071] 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.

[1072] 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).

[1073] 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).

[1074] 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.

[1075] Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative*, Paris, PUF, Thémis, 2004, p. 25.

instruments législatifs, sans qu'il y ait une corrélation stricte entre la méthode et l'instrument[1076]. Ainsi, si la directive est considérée traditionnellement comme l'instrument le plus propice pour aboutir à l'harmonisation les 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 coordination[1077]. A 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 temps[1078].

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*).

[1076] V. en ce sens, Mireille DELMAS-MARTY, «Le phénomène d'harmonisation. L'expérience contemporaine», *op. cit*., p. 29.

[1077] 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.

[1078] V. *infra* sous section II.

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

235. L'échec de l'harmonisation spontanée– Si le mot «harmonie» signifie en grec ancien l'unité et la coexistence de différents éléments de l'univers[1079], 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»[1080]. 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 différentes[1081]. Elle est ainsi censée aboutir à une conciliation, une certaine harmonie[1082] 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 instances européennes ont constaté que l'idée de l'harmonisation spontanée n'était

[1079] Le mot «αρμονία» provient en effet du mot «αρμός» qui signifie la jonction, l'articulation de différents éléments.
[1080] Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative*, *op. cit*., p. 27.
[1081] Mireille DELMAS-MARTY, «Le phénomène d'harmonisation. L'expérience contemporaine», *op. cit*., p. 29.
[1082] 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.

pas réaliste, elles ont eu recours à des règles ayant force contraignante, afin d'harmoniser les ordres juridiques nationaux.

236. La « méthode communautaire »– La mise en œuvre de cette politique d'harmonisation a pris la forme de ce qu'on appelait jadis[1083] la « méthode communautaire»[1084]. 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 »[1085]. Suivant cette méthode, la formulation des propositions législatives et politiques relève de la compétence quasi exclusive[1086] 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).

237. « *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'application[1087]. 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

---

[1083] 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.

[1084] *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.

[1085] 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.

[1086] 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.

[1087] 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*, vol. 11, n° 3, May 2005, p. 343–364.

opposition au *hard law*, décrit une réglementation beaucoup plus souple, sans force contraignante[1088].

238. Intégration « négative » et intégration « positive »– Vue sous cet angle, l'harmonisation des droits par voie de directives fait partie de la méthode communautaire. Elle présente deux volets principaux: elle est, d'une part, «négative», - faisant partie d'une «intégration négative»[1089] - impliquant la suppression des règles nationales susceptibles de constituer des entraves au libre fonctionnement du marché et des barrières aux échanges intra-communautaires[1090]. 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 »[1091], une bonne part de cette frome 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»[1092], impliquant l'introduction des nouvelles règles de droit dans les ordres juridiques nationaux.

239. Les raisons justifiant le recours à la directive dans les deux matières concernées– Quant aux 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 qui nous intéressent, le choix de la directive en tant qu'outil législatif privilégié de l'intervention européenne est, d'ailleurs, expliqué par d'autres raisons.

240. 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

---

[1088] Néanmoins, cette dichotomie est souvent considérée comme dépassée, notamment parce qu'on retrouve de plus en plus d'instruments législatifs combinant des règles contraignantes et des règles non contraignantes.
[1089] Hans-W. MICKLITZ, Norbert REICH & Peter ROTT, *Understanding EU consumer law*, Antwerp – Oxford – Portland, Intersentia, 2009, p. 35.
[1090] Lorna WOODS & Philippa WATSON, *Steiner & Woods Eu law*, 11ème édition, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 324.
[1091] CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral AG c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Aff. 120/78, *Rec*. 00649.
[1092] 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.

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 agressif 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»[1093] 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 Européen[1094]. En effet, ils précisent à propos de l'article 100 A § 1 qui a été introduit par l'Acte et qui constituera pendant longtemps, avec l'article 100 du TCE, le fondement législatif d'une grande partie des interventions européennes notamment en ce qui concerne la protection du consommateur[1095], que «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»[1096].

241. La base juridique– Un deuxième argument expliquant le rôle privilégié accordé à la directive réside dans la disposition de l'article 100 TCEE, devenu l'article 94 TCE et 115 TFUE. 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 travailleur[1097], le choix de l'instrument utilisé était, dans ces cas, imposé par la base légale de l'initiative législative.

242. Les objectifs poursuivis– Enfin, une dernière explication peut être fournie, basée sur les objectifs poursuivis par le législateur européen lors de ses interventions en matière de droit de la consommation et de droit du travail. Des objectifs purement économiques aux considérations plus sociales, on a déjà démontré que 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

---

[1093] Ève TRUILHE-MARENGO, *Vers un droit communautaire des contrats*, thèse dactyl., Université Aix-Marseille III, 2002, point 219.
[1094] Devenu art. 95 TCE et art. 114 TFUE .V. en ce sens, *ibidem*.
[1095] V. *supra*, sous ch. 5.
[1096] Déclaration relative à l'article 100 A du Traité CEE, *JOCE* L 169/ 24 du 29 juin 1987.
[1097] V. *supra*, sous ch. 5.

marché[1098]. 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 recommandation[1099], 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 accordée[1100] 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 pour autant forcer l'imposition des dispositions identiques[1101].

243. 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 par l'article au rang des principes fondamentaux de l'Union[1102], 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'Amsterdam[1103], sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, énonce en son point 6 que «toutes choses égales [...] il convient *de 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

[1098] V. *supra*, sous ch. 5.
[1099] Certains auteurs qualifient la recommandation de «source aléatoire d'harmonisation». V. Anne LIMPENS, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », *RIDC*, vol. 19, n° 3, juillet-septembre 1967, p. 621-653, not. p. 637.
[1100] 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 du droit des contrats en général et plus précisément du contrat de consommation.
[1101] V. également Hans-W. MICKLITZ, Norbert REICH & Peter ROTT, *Understanding EU consumer law, op. cit.*, p. 38.
[1102] V. l'article 5 TUE.
[1103] 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).

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 »[1104].

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 »[1105]. 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 la nécessité au fonctionnement du marché[1106]. Elle est, par la suite, mise au service de la protection du consommateur[1107] et du travailleur[1108] et à l'établissement de leur confiance.

244. 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 »[1109]. Les directives se sont alors accumulées dans les deux matières, en portant le plus souvent sur des sujets périphériques et en laissant plus ou moins de marge au législateur national[1110] : la directive 75/117/CEE du 10 février 1975[1111] et 76/207/CEE du 9

[1104] 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 ».

[1105] Anne LIMPENS, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », *op. cit*., p. 622.

[1106] 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 »

[1107] 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).

[1108] 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).

[1109] COM (2001) 398 du 11 juillet 2001, point 35.

[1110] Sur la place accordé au droit national, v. *infra*, sous section 2.

[1111] Directive 75/117/CEE du 10 février 1975 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.

février 1976[1112] 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 1977[1113] 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 collectifs [1114] ne sont que quelques exemples concernant le travailleur. 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 commerciaux[1115], la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux[1116], celle du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[1117], la directive 99/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation[1118] ou encore celle du 25 octobre 2011[1119] sur les droits des consommateurs ne sont que quelques exemples d'une longue liste d'interventions législatives[1120].

245. L'explication du choix de la directive pour 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 donner l'impression d'appliquer une méthodologie bien précise concernant la forme des actes législatifs adoptés.

246. 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

[1112] 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.
[1113] 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
[1114] Directive 75/129/CEE du 17 février 1975, précitée.
[1115] Directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985, précitée.
[1116] Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985, précitée.
[1117] Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, précitée.
[1118] Directive 99/44/CE du 25 mai 1999, précitée.
[1119] Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, précitée.
[1120] V. *supra*, sous chap. 5.

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 »[1121]. 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 »[1122]. 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 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

[1121] 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.

[1122] 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.

par la Commission»[1123]. 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 »[1124].

247. 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-dessus[1125], qui sont en rapport avec la diversité des droits nationaux, la réticence des Etats membres, voire la cohérence des systèmes juridiques nationaux[1126]. « 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 directive sur les clauses abusives[1127] comme dans le cas de la directive sur la vente et les garanties de biens de consommation[1128].

[1123] 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.

[1124] 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.

[1125] V. *infra*, sous Section II.

[1126] 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),

[1127] 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.

[1128] 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

248. Le choix de la directive à défaut– Encore plus rarement, on retrouve des justifications à 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 »[1129].

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 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 »[1130], ce qui explique une certaine

---

garanties des biens de consommation» du 27 novembre 1997, CES 1387/96 – 96/0161 COD E-LA/jd, p. 4-5, point 2.2.

[1129] 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).

[1130] 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*

réticence de la part des Etats membres. C'est l'ensemble de ces considérations, combiné à des circonstances politiques 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 et qui ont 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

249. 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 communautaire qui sont identifiables dans les deux domaines.

250. Réduire l'ampleur des projets d'harmonisation faute de consensus politique– Dans un premier temps, les différentes initiatives législatives présentées par les instances européennes ne sont pas toujours menées à terme, et n'aboutissent pas toujours 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 du être abandonnés ou réduits de manière significative pour pouvoir aboutir à l'adoption d'un outil législatif moins ambitieux après plusieurs années de négociations plus ou moins fructueuses. Tel a été, à titre d'exemple, le cas de trois propositions de directive que la Commission a présentées au début des années 1980 concernant le travail volontaire à temps partiel,

---

Europe aujourd'hui et demain, Paris, Société de Législation Comparée, LGDJ, 2008, p. 125-146, not. p. 134.

le travail à durée déterminée et le travail intérimaire[1131]. 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 »[1132]. De la même manière, la proposition de directive sur les produits défectueux[1133] n'a été adoptée qu'après neuf ans de négociations[1134] ; quant à la proposition de directive sur les clauses abusives[1135], 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 Conseil[1136] 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 consommateur, les règles adoptées touchent dans leur majorité des sujets périphériques et souvent de manière minimaliste.

251. 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.

1131 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* n° C 133/1 du 21 mai 1984.

1132 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.

1133 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 le 9 septembre 1976, COM(76) 372 final.

1134 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.

1135 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.)

1136 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.

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 règles de l'harmonisation minimale, qui sera évoquée ci-dessous[1137], mais également « aux lacunes et aux ambigüités des directives et, par-dessus tout, à la grande variété de stratégies de transposition et d'option terminologiques qu'elles autorisent »[1138]. 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 les ordres juridiques nationaux[1139]. 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[1140] 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 allemand[1141] mais aussi en droit français[1142], ont provoqué l'intervention de la Cour de Justice qui a tenté à plusieurs 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 du transfert qui doit être retenue. Il s'agit d'un des domaines où le droit européen a forgé une définition autonome de l'entreprise (entité économique autonome qui maintient son

[1137] V. *infra* sous section II.
[1138] Hans SCHULTE-NÖLKE, « La formation du contrat en droit communautaire. Du cadre commun de référence au « bouton bleu » », *op. cit.*, p. 136.
[1139] V. *infra*, Partie II, Titre II, Chapitres 1 et 2.
[1140] Selon cet article la directive « est applicable aux transferts d'entreprise, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre chef d'entreprise résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion ».
[1141] En droit allemand c'est la notion du « *Betrieb* », à savoir l'établissement, qui prévaut, contrairement au droit français qui est axé autour de la notion de l'entreprise - activité.
[1142] V. *infra* sous Ch. 8.

identité). Les turbulences que la jurisprudence de la Cour de Justice a elle-même éprouvées ont rendu la question encore plus perplexe.

Sans rentrer dans les détails techniques de la question qui seront évoqués ci-dessous[1143], on remarquera que cette absence de règlementation 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.

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 du consommateur, notamment avant l'adoption de la directive de 2011[1144]. Sans exposer dans tous ses détails cette question qui a fait couler beaucoup d'encre pendant près de vingt ans[1145], 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, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle »[1146], la directive concernant les contrats de crédit aux consommateurs fait référence à « toute personne physique qui, pour les transactions régies par la présente directive, agit dans un but étranger à son activité commerciale ou professionnelle »[1147] ; celle sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux considère comme consommateur « toute personne physique qui, pour les transactions couvertes par cette directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle »[1148] alors que la directive sur le *timeshare* parle de « toute personne physique qui, agissant dans les transactions couvertes par cette directive, 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 »[1149]. En

[1143] V. *infra*, sous Ch. 8
[1144] Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011, précitée.
[1145] V. *infra*, sous Ch. 8.
[1146] Article 2 de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, précitée.
[1147] Article 3 de la directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs, précitée.
[1148] 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.
[1149] 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.

effet, en fonction de leur champ d'application et 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 définition[1150], certaines ambigüités peuvent resurgir, notamment puisque cette dernière ne s'applique qu'aux domaines relevant du champ d'application de la directive de 2011 et pas 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. Ces 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 la méthode communautaire, d'autres mécanismes de mise en place du modèle européen du consommateur et du travailleur.

[1150] 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

1. Le renouvellement de la méthode communautaire : l'utilisation des instruments normatifs souples

252. Compléter la méthode communautaire pour pallier ses défauts– Compte tenu des défauts de la méthode communautaire, les instances européennes ont progressivement combinée celle-ci à d'autres types d'instruments d'une force normative plus 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*»[1151]. Ce discours, adressé au Parlement européen par Antonio Vitorino, 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 ainsi de pallier les lacunes de la méthode communautaire en visant une intégration plus progressive et éventuellement moins agressive vis-à-vis de l'identité culturelle des systèmes juridiques nationaux[1152].

[1151] 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).

[1152] 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

253. 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 du droit de consommation qu'en matière du 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 »[1153]. La doctrine désigne souvent ces « outils non législatifs » par le terme anglais « *soft law* »[1154], 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 »[1155]. Pourtant, le recours à ces instruments de droit souple n'est pas inconnu du droit européen : ainsi, les premiers instruments européens en matière de protection du travailleur furent des recommandations[1156]. Il s'agit alors plutôt de réinventer la *soft law* et de lui accorder une place significative en vue de remédier aux lacunes des mesures plus contraignantes.

Soft law et *hard law* ont, néanmoins, 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. Il s'agit, en effet, de 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

---

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 & Littelfield Publishers, 2001, p. 185-206.

[1153] Communication de la Commission « Gouvernance Européenne. Un livre blanc », du 12 octobre 2001, COM (2001) 428 final.

[1154] Ce terme a été notamment utilisé par Francis SNYDER, «The Effectiveness of EC Law, » *in* Terence Daintith (Ed.) *Implementing EC Law in the UK*, Chichester, John Wiley, 1995, p. . ; V. également Karel C. WELLENS & Gustaaf M. BORCHART, «Soft Law in EC Law», *ELR* 1989, p. 267-321.

[1155] «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).

[1156] V. P. Soldatos et G. Vandersanden, La recommandation, source indirecte du rapprochement des législations dans le cadre de la Communauté économique européenne, in Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne, Université de Bruxelles 1976, p. 95-, not. p. ; Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité, op. cit.*, not. p. 86-91.

professeur S. Sciara et 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 »[1157]. 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, par conséquent, conduit à une multiplication des outils et des techniques règlementaires utilisés par l'Union. La place prépondérante des directives est alors cédée à des outils comme les communications, les rapports annuels, les recommandations etc., ce qui pourrait présenter 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 – à cause de la marge de manœuvre et de l'autonomie que ces moyens de gouvernance leur laissaient[1158]. Même s'ils sont dénués de force contraignante, ces instruments souples – surtout lorsqu'ils émanent des institutions européennes – ne sont pas moins importants, 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 »[1159].

[1157] 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).

[1158] «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 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.*, p. .

[1159] Arrêt du Tribunal de première instance (première chambre) du 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, point 79.

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'entrainer des sanctions formelles à l'égard des Etats membres[1160]. 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 TFUE[1161] : 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 communautaire.

254. La Stratégie coordonnée pour l'emploi– L'exemple le plus développé de la Méthode de coordination ouverte 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 1997[1162], est la coordination des droits nationaux mais aussi leur « orientation vers des objectifs d'adaptation et de flexibilité de la main d'œuvre et des marchés du travail »[1163]. L'idée, qui a donné naissance aux articles 125 à 130 TCE[1164] était de

---

[1160] 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' ».

[1161] Ancien article 129 TCE.

[1162] Conseil Européen Extraordinaire sur l'emploi, Luxembourg, 20/21 Novembre 1997. Il s'agit du premier Conseil Européen entièrement consacré à l'emploi.

[1163] V. Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union Européenne*, *op.cit*., p. 33-34. Pour une analyse approfondie de la Stratégie Coordonné 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.

trouver une voie médiane (« *middle way* » ou « *third way* »[1165]) afin de combiner de manière efficace les politiques économiques et sociales[1166]. « 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 »[1167], remarque le Conseil dans ses conclusions en novembre 1997.

Ainsi le Conseil a adopté, sur proposition de la Commission[1168], 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 échanger des informations afin de pouvoir évaluer l'application efficace et l'impact de ces dernières ainsi que de tenir compte « des bonnes pratiques ».[1169] 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 constitue, en fin de compte, un mode d'exportation de modèles juridiques[1170]. 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 ».

[1164] Devenus, avec des modifications plutôt rédactionnelles, les articles 145 à 150 TFUE.

[1165] 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?"» *IJCLLIR,* 1999, p. 33-60.

[1166] V. sur cette question Sylvaine LAULOM, « La stratégie européenne pour l'emploi, alternative à l'harmonisation ? » *RDT* 2007, p. 643-648.

[1167] 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)

[1168] V. Communication de la Commission COM (1999) 441 final.

[1169] 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).

[1170] Sur la question des influences réciproques entre les systèmes juridiques des Etats membres dans le cadre de ces pratiques, v. *infra*, sous Partie II, Titre II.

255. 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 institutionnelle[1171] 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. Ainsi, 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 tels que les indicateurs d'exclusion sociale et de pauvreté, de soins ou de processus d'inclusion sociale, à travers lesquels s'effectue l'évaluation[1172]. Il s'agit, en même temps, d'une mise en jeu du principe de subsidiarité, dans la mesure où 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 décentralisé sur la base duquel les institutions nationales et régionales se voient dotées de plus d'autonomie[1173]. Une 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 implique[1174]. 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'emploi[1175] 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 »[1176], elle constate que « les lignes

---

[1171] V. Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit*., p. 195.
[1172] 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).
[1173] 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".
[1174] V. Stamatina YANNAKOUROU, *op.cit*., p. 205.
[1175] Communication de la Commission, « Bilan de cinq années de stratégie européenne pour l'emploi » du 17 juillet 2002, COM (2002), 416 final.
[1176] *Idem*, p. 2.

directrices pour l'emploi actuelles sont jugées complexes »[1177] et qu'il convient d'« améliorer la cohérence et la complémentarité entre les processus communautaires concernés »[1178].

256. 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 dérivé[1179], 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 »[1180]. Un exemple d'accord de ce type est l'accord sur le télétravail[1181]. L'accord, qui vise une forme de travail en pleine expansion et peu régulée au plan national, 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 Lisbonne. Constituant une étape importante dans la mise en place d'un dialogue autonome entre partenaires sociaux, l'accord 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 est mis en œuvre par les partenaires sociaux dans les quinze États membres. Chaque pays doit alors engager un dialogue social national pour sa concrétisation qui prendra plus ou moins de temps en fonction des traditions des États membres. C'est là que, comme l'a remarqué J. Lapeyre, secrétaire général adjoint qui a piloté la négociation pour la CES, *« réside le défi politique pour les*

[1177] *Idem*, p. 20.
[1178] *Idem*, p. 23.
[1179] V. *supra*, sous Partie I, Titre II.
[1180] V. Mélanie SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 250.
[1181] 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 ».

signataires, puisque l'application du texte européen dépend entièrement d'eux ». Pour certains cet accord « marque l'avènement de l'ère du dialogue social européen »[1182]. L'accord sur le télétravail n'est pas le seul que les partenaires sociaux européens ont délibérément signé. Il a été suivi par d'autres, comme celui sur le stress en 2004[1183], ainsi que par celui sur les marchés du travail inclusifs datant de 2010[1184]; même s'ils ne touchent pas directement le contrat de travail, ceux-ci démontrent une nouvelle tendance du dialogue social et une orientation vers des outils législatifs non contraignants.

257. 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 communautaire 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.

258. 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 Traités[1185], elle ne lie pas ses destinataires en ce qui concerne les résultats à atteindre mais demande leur coopération sur une base volontaire, la recommandation « devrait constituer un bon moyen de leur permettre d'adopter, le cas échéant, les dispositions appropriées »[1186]. 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-ci[1187]. 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 –

[1182] 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.
[1183] Accord cadre européen sur le stress au travail, signé par les partenaires sociaux le 8 octobre 2004.
[1184] Accord cadre européen sur les marchés du travail inclusifs, signé par les partenaires sociaux le 25 mars 2010.
[1185] V. l'article 288 TFUE.
[1186] Recommandation de la Commission 92/48/CEE, du 18 décembre 1991, sur les intermédiaires d'assurances, *JOCE* L 19/32 du 28 janvier 1992, 7ème considérant.
[1187] 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.

démontre éventuellement une attente de la part des instances européennes que les recommandations soient suivies ou transposées au niveau national[1188]. Certaines formulations employées 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 logement[1189]. 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 logement, la Commission se verra contrainte de présenter une proposition d'acte législatif »[1190].

259. Les codes de conduite– Cette recommandation relative à l'information précontractuelle dans les contrats de prêt au logement conclus avec 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 contrats[1191]. 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, des informations personnalisées présentées sous la forme d'une "fiche européenne d'information standardisée" ».

[1188] 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».

[1189] 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).

[1190] 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).

[1191] 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).

La recommandation sur les codes de conduite pour la protection des consommateurs en matière de contrats négociés à distance[1192] 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 distance[1193], en « considérant qu'il est souhaitable que ces règles de bases contraignantes soient complétées par des dispositions volontaires des professionnels prenant la forme de codes de conduite »[1194]. 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 […] ». Il faut bien évidemment noter que cinq ans se sont écoulés entre la publication de la recommandation et l'adoption de la directive, ce qui conduit certains auteurs à considérer 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 »[1195].

260. 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 Marie-Ange Moreau[1196] à propos des travailleurs mais sa remarque est tout à fait valable pour les consommateurs. Cette image plutôt mitigée ressort de la

[1192] 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.
[1193] Directive 97/7/CE du 20 mai 1997, précitée.
[1194] *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).
[1195] Ève TRUILHE-MARENGO, *Vers un droit communautaire des contrats*, *op. cit.*, p. 574.
[1196] Marie-Ange MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontation et mutations*, Paris, Dalloz, 2006, p. 165.

communication de la Commission européenne qui a évalué les cinq premières années d'application de la Stratégie coordonnée pour l'emploi[1197]. Malgré le fait qu'elle semble tolérer les divergences des systèmes nationaux et qu'elle a 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 politiques au niveau national[1198]. 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 »[1199].

2. Le remplacement de la méthode communautaire par des voies alternatives

Parallèlement au développement des outils de droit souple, visant à remplacer ou plutôt à compléter l'harmonisation des droits nationaux par le biais de la méthode communautaire, une nouvelle approche de l'intégration européenne a commencé à faire ses premiers pas, au niveau de la doctrine[1200] (dans un premier temps), pour arriver ensuite au niveau des instances européennes[1201]. Il s'agit, en effet, d'une idée influencée par l'Ecole américaine d'analyse économique du droit[1202] qui met en avant la concurrence entre les différents systèmes juridiques nationaux en rapport avec le

---

[1197] Communication de la Commission, « Bilan de cinq années de stratégie européenne pour l'emploi » du 17 juillet 2002, COM (2002), 416 final.

[1198] 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.

[1199] Livre vert sur la protection des consommateurs dans l'Union européenne, COM (2001) 531, du 05 octobre 2001 p. 6.

[1200] 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.*

[1201] 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 1er 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.

[1202] 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, 8ème édition, 2011.

fonctionnement du marché[1203]. Le résultat de cette concurrence pourrait être à terme l'émergence d'un 29ème régime juridique qui jouera *de facto* le rôle d'un système commun au niveau européen. Au lieu de rentrer dans la dichotomie droit impératif / droit supplétif ou souple, cette approche de « paradigme compétitif »[1204] 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 »[1205], 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-Peruzzetto[1206].

261. 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)[1207] 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

---

1203 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 ; ainsi que Horatia MUIR-WATT, « 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.

1204 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.

1205 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.

1206 Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, «Quelles méthodes pour quelle Europe?», *op. cit.*, p. 192.

1207 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.

choisir le droit applicable, qui « devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles »[1208] tout en précisant que les parties peuvent également choisir « un droit non étatique ou une convention internationale »[1209]. Les principes d'Unidroit ou éventuellement un système optionnel européen, comme le Cadre commun de référence[1210], pourraient ainsi être choisis comme lois applicables.

262. 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 29ème système juridique, qui serait celui prévu par le Cadre commun de référence[1211]. Discutée au sein du Parlement européen[1212], 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 entreprises[1213]. 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 4ème 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 ».

« 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

---

[1208] *Idem*, considérant (11).
[1209] *Idem*, considérant (13).
[1210] 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).
[1211] 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.
[1212] 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).
[1213] Livre vert 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, COM (2010) 348 final.

Optionnels » remarque Hans Schulte-Nölke[1214], 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 »[1215]. 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 ». 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*)[1216]. « 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 » »[1217]. Les parties auraient également la possibilité de « contractualiser » certaines ou la totalité des dispositions du 29ème régime, en les transformant en clauses contractuelles[1218]. Cette alternative peut paraître séduisante,

---

[1214] 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.

[1215] V. l'avis du Comité économique et social européen sur le thème "Le 28e régime – une option pour moins légiférer au niveau communautaire", INT/499 (rapporteur M. PEGADO LIZ) en date du 27.5.2010.

[1216] 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-organised by the Study Centre for Consumer Law of the Catholic University of Leuven and the Centre for European Private Law of the University of Münster, Leuven, 3 juin 2011, p.8.

[1217] Hans SCHULTE-NÖLKE, « La formation du contrat en droit communautaire. Du cadre commun de référence au « bouton bleu » », *op. cit*., p. 145.

[1218] 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/emartinezdealosmoner/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 05.02.2013).

dans la mesure où elle pourrait permettre de faire une expérimentation « d'un contrat européen relevant d'un 28ème droit »[1219] 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 simple[1220].

263. 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 vente[1221] fut le dernier épisode[1222] 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 »[1223]. 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 »[1224]. Il s'agit alors d'un choix « entre deux corps distincts de règles sur la vente existant au sein du même droit national »[1225] et, en ce sens, ce mécanisme se différencie du droit applicable au sens des règles de droit international prive. En même temps, le système proposé reflète la logique de la concurrence des droits, dans la mesure où son adoption à long terme dépendra

[1219] 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.
[1220] D'ailleurs, la Commission reconnait 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 ».
[1221] Proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente, COM (2011) 635 final du 11 octobre 2011.
[1222] 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)).
[1223] *Idem*, p. 4.
[1224] *Idem*, p. 7.
[1225] *Idem*, p. 8.

directement de son succès auprès des opérateurs du marché[1226]. Toutefois, l'existence d'un tel régime optionnel aurait pour conséquence de contourner l'obligation prévue par les règles européennes de confits de lois empêchant de priver le consommateur de la protection qui lui est garantie par le droit national[1227]. Or, une telle démarche présuppose une équivalence de protection accordée par les Etats membres, ce qui est loin d'être le cas. C'est en grande partie pour ces particularités que la proposition de Règlement a reçu un accueil mitigé, voire négatif de la part des Etats membres[1228], des parties prenantes[1229] ou de la doctrine[1230].

264. 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, certains auteurs[1231] estiment 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 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 serait 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

---

[1226] 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.

[1227] 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.

[1228] 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.

[1229] V. notamment la prise 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).

[1230] V. à titre d'exemple Jean-Sylvestre BERGE, « Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ? », *op. cit*..

[1231] V. Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, *op. cit*., p. 18.

membre et, partant, d'un système juridique applicable est « inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement »[1232].

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 »[1233]. Dans le même esprit, l'arrêt *Cadbury Schweppes*, concernant les avantages fiscaux obtenus suite à 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 »[1234]. De ce point de vue, la mise en concurrence des législations nationales serait « un corollaire de la liberté d'établissement »[1235].

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 prévoit le droit national de l'État membre de constitution »[1236]. 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.

[1232] CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd c/ Erhvervsog Selskabsstyrelsen*, Aff. C-212/97, *Rec.* I-01459, point 27.
[1233] *Ibidem*.
[1234] 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.
[1235] Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, *op. cit.*, p. 18.
[1236] CJCE, 16 décembre 2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*, Aff. C-210/06, *Rec.* I-09641.

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 »[1237]. 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, très 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 »[1238]. 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 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.

[1237] 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).
[1238] Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, «Quelles méthodes pour quelle Europe?», *op.cit.*, p. 192.

265. 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»[1239].

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 aussi sensibles 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 travailleur pourraient toujours – ou à tout le moins en théorie - bénéficier d'une

[1239] 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. 5.

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 (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

1. Le caractère minimal de l'harmonisation laissant une liberté au droit national

266. Le droit national, complément et corollaire nécessaire du droit européen– Si l'harmonisation des droits nationaux par voie de directive constitue, comme on a démontré[1240], 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 l'intensité normative de l'harmonisation[1241]. Certes, la directive est censée laisser une certaine autonomie normative aux Etats membres. Il n'en demeure pas moins que cette autonomie est plus ou moins importante en fonction de l'intensité normative de chaque directive et que le législateur national peut 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 à juste titre Mireille Delmas-Marty et Marie-Laure Izorche[1242]. Par conséquent, l'examen de l'intensité de l'harmonisation ne peut pas être fait de manière générale pour un domaine précis mais doit être opéré directive par directive, voire disposition par disposition, dans la mesure où une même directive peut comporter des dispositions d'intensités différentes[1243].

267. 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

---

1240 V. *supra*, sous Section I, Paragraphe I.

1241 V. en ce sens Ève TRUILHE-MARENGO, *Vers un droit communautaire des contrats*, *op. cit*., p. 568, point 221.

1242 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.

1243 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.

l'utilisation de tous ces termes par les instances européennes ne se fait pas toujours de manière très systémique, ce qui accentue davantage la confusion[1244].

Si on tente, néanmoins, de dresser une typologie de ces termes, on pourrait affirmer, dans un premier temps, 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 »[1245]. 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 directive[1246]. Quant à l'harmonisation complète, elle engloberait la notion d'harmonisation totale[1247] sans pour autant que la différence entre les deux notions ne soit tout à fait claire[1248]. Enfin, lorsque la directive opère une harmonisation exhaustive des législations nationales «elle exclut tout recours à une réglementation nationale qui ne serait pas prévue par la directive»[1249]. Cela

---

[1244] 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.

[1245] Alfonso MATTERA, *Le marché unique européen*, 2e éd., 1990, Jupiter, p. 180, cité par Louis DUBOUIS & Claude BLUMANN, *op. cit.*, p. 320.

[1246] 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.

[1247] 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.*, paragraphe 11.

[1248] 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'écartant 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, 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.

[1249] 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*

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»[1250] et c'est en ce sens qu'on considère que l'harmonisation est exhaustive[1251]. En revanche, l'harmonisation serait partielle lorsque « le législateur communautaire ne réglemente que certains éléments de la matière qui lui est soumise. Les Etats membres conservent donc leurs compétences dans les domaines non harmonisés »[1252].

268. 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

---

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.

[1250] 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.

[1251] 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.,* précitée «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).

[1252] Louis DUBOUIS & Claude BLUMANN, *Droit matériel de l'Union Européenne*, 5ème édition, Montchrestien, Paris, 2012, p. 321.

au travailleur et de laisser aux Etats membres la possibilité d'adopter et surtout de maintenir des dispositions plus favorables.

269. 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, l'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 évoquées[1253].

270. 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 travailleur[1254].

271. 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, nous avons pu constater que l'article 153 TFUE prévoit que l'Union peut « par voie de directives, des *prescriptions minimales* applicables progressivement »[1255]. 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 poursuivie[1256]. 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

1253 Pour une analyse approfondie de cette question, v. Jerôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, *op. cit*., not. p. 589-617.
1254 Sur cette question v. *infra* sous §2.
1255 Article 153 §2 b) TFUE.
1256 Jerôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, *op. cit*., not. p. 592.

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 ».

272. 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 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 du 20 décembre 1985 dispose, en son article 4, que « les États membres veillent à ce que leur législation nationale prévoie 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 travailleurs[1257]. Ayant comme 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 »[1258].

273. 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

[1257] 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.
[1258] Article 3 §7 de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 précitée.

moins initialement, que de manière accessoire, l'objectif principal étant le libre fonctionnement du marché intérieur.

Ensuite, elle 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 »[1259] 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 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 »[1260]. Garantir un socle minimal de protection au niveau européen et éviter des interventions législatives qui provoqueraient 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

[1259] Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, précitée, considérant (12).
[1260] 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.

minimale et non une harmonisation totale », ajoute le Comité économique et social[1261].

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 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 »[1262].

Il ne faut pas, d'ailleurs, perdre de vue 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

[1261] *Idem*, point 3.2.
[1262] 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.

modifier dans une mesure trop considérable leur législation en matière de contrats négociés par démarchage à domicile »[1263] 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 »[1264].

2. La marge accordée au droit national[1265] garantissant une protection minimale

On vient de le constater, le modèle européen du travailleur et du consommateur est en grande partie élaboré par le biais de directives contenant des clauses minimales, appelées également clauses d'ouverture, ou clauses de faveur[1266], disposant que le législateur national peut 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. Ces clauses réservent, ainsi, une compétence en faveur du législateur national[1267], ce qui est tout à fait compatible avec le principe de la répartition des compétences, étant donné que les deux champs relèvent de compétences partagées.

Cette possibilité est expressément prévue par les Traités. Ainsi, en ce qui concerne le consommateur, l'article 169 TFUE[1268], prévoit que les mesures adoptées

---

[1263] 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

[1264] 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.

[1265] 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.

[1266] Pierre RODIERE, *Traité de droit social de l'Union Européenne*, 2ème édition, Paris, LGDJ, 2014, p. 104-105.

[1267] «Clauses de réserve de compétence nationale», 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.

[1268] Article 129 A TCEE, devenu l'article 153 TCE.

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 quasiment identique[1269], le même principe est appliqué en matière de protection du travailleur : il s'agit de l'article 153§4 TFUE[1270], 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 ».

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 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 élevée[1271].

Il s'agit, en effet, d'un principe qui découle de l'attachement du droit européen respectivement à la protection des travailleurs et au progrès social, d'une part, et à la promotion des intérêts des consommateurs, d'autre part. 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, il s'agit de l'article 151 TFUE[1272] qui prévoit que « l'Union et les États membres, conscients des droits sociaux

[1269] 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.
[1270] 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. »
[1271] V. 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*, Aix-Marseille, PUAM, 2000, not. t.1, p. 79-80.
[1272] Ancien article 117, devenu par la suite l'article 136 TCE.

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 que de nombreuses directives[1273] d'harmonisation minimale dans les deux domaines contiennent des références à ces articles qui constituent la pierre maitresse des politiques européennes en la matière.[1274] « 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 75/129 sur les licenciements collectifs, alors que la directive 80/987 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 »[1275]. « 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 de cette dernière directive[1276]. 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 »[1277], même si elles ne font pas toujours expressément référence aux anciens articles 129 A ou 153 TCE.

[1273] V. par exemple en matière de protection du travailleur la directive 77/187 du 14 février 1977 sur le transfert d'entreprises, la directive 75/129 du 15 février 1975 sur les licenciements collectifs, la directive 80/987 du 20 octobre 1980 sur la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ou encore la directive sur 1999/70 du 28 juin 1999 sur le travail à durée déterminée.

[1274] Sur l'utilisation de ces articles en tant que fondements juridiques, complétant les articles 114 et 115 TFUE, v. *supra*, sous Chapitre I de ce même titre.

[1275] 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.

[1276] 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.

[1277] Directive 99/44 du 25 mai 1999 sur la vente et les garanties des biens de consommation. 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 qui constitue la seule directive

Cette technique de protection minimale n'est pas, d'ailleurs, inconnue au droit français, en ce sens qu'elle s'apparente en quelque sorte à l'ordre public social français, dans l'idée que « les « avantages minimaux » garantis par la loi et les règlements ne peuvent pas être réduits mais ils peuvent être accrus par voie conventionnelle »[1278]. Vue sous cet angle, la protection minimale garantie au consommateur et au travailleur pourrait être considérée comme une sorte d'ordre public de protection qui est « « perfectible », en ce sens qu'elle est susceptible d'amélioration au profit de la partie protégée »[1279]. Elle obéit alors au principe du *jus melius*, « en fixant un droit plancher en dessous duquel l'Etat membre ne peut descendre »[1280]. D'ailleurs, les énonciations de la Cour de Justice à propos de l'interprétation de la directive 93/13 sur les clauses abusives[1281] plaident en faveur des auteurs qui ont considéré que ces dispositions impératives du droit européen de la consommation sont d'ordre public[1282].

On doit bien évidemment noter que, si le principe de la protection minimale découle des objectifs mêmes du modèle européen du consommateur et du travailleur et concerne, par conséquent, une partie importante des directives adoptées dans les deux domaines, il ne s'agit pas d'un principe applicable automatiquement et de manière abstraite à toute directive en la matière mais son application est déduite *ad hoc*. L'absence de clause minimale ne saurait, néanmoins, conduire infailliblement à la conclusion que la directive en question ne permet pas aux Etats d'adopter des règles plus favorables. Comme le remarque Pierre Rodière en ce qui concerne la protection

---

exclusivement basée sur l'article 129 A. Sur la question de la base juridique v.*supra*, sous Chapitre I de ce même titre.

[1278] Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français, op. cit.,* p. 39.

[1279] V. Florence CANUT, *L'ordre public en droit du travail*, *op. cit.*. V.également la présentation de sa thèse au Palais de Justice de Paris, Séance AFDT du 27 avril 2007, disponible sur le site internet http://afdt-asso.fr/fichiers/publications/canut.pdf (consulté le 10.02.2013), à l'occasion de laquelle elle fait, d'ailleurs, référence à l'application du même principe concernant l'ordre public en droit de la consommation.

[1280] Philippe LANGLOIS, « Europe sociale et principe de subsidiarité », *Dr.soc* 1992, p. 201-209, not. p. 201.

[1281] Arrêt de la CJCE du 26 octobre 2006, *Elisa María Mostaza Claro c/ Centro Móvil Milenium SL,* Aff. C-168/05, *Rec.* I-10421. La Cour a notamment énoncé que « la directive, qui vise à renforcer la protection des consommateurs, constitue, conformément à l'article 3, paragraphe 1, sous t), CE, une *mesure indispensable à l'accomplissement des missions* confiées à la Communauté et, en particulier, au relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'ensemble de cette dernière [...]. La nature et *l'importance de l'intérêt public* sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient, en outre, que le juge national soit *tenu d'apprécier d'office* le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel » (points 37 et 38, italiques ajoutés).

[1282] V. *Rev. arb.* 2007, p. 109, note Laurence IDOT ; *Gaz. Pal.* n°119-123, 3 mai 2007, p. 17, obs. François-Xavier TRAIN.

du travailleur le droit européen, même lorsqu'il reste silencieux ne s'oppose pas au progrès social et l'amélioration de la protection des travailleurs. Selon une partie de la doctrine « toutes les fois que la règle communautaire poursuit un objectif de protection des intérêts des travailleurs, il est dans la logique du but poursuivi que les Etats membres puissent renfoncer la protection »[1283]. On ne saurait, par conséquent, 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. Néanmoins, cet argument, à savoir que la clause de faveur serait « implicitement incluse » chaque fois que l'harmonisation maximale n'est pas directement énoncée, ne trouve pas toujours de partisans au sein de la Cour de Justice. La Cour semble, au contraire, adopter la thèse selon laquelle « l'absence de clause minimale emporterait en soi une obligation implicite de ne pas dépasser le niveau de protection défini par la directive »[1284].

Par ailleurs, il résulte des précisions terminologiques exposées ci-dessus[1285] 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 matière[1286].

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

---

[1283] Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union Européenne, op. cit.,* p. 104. 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 du droit du travail qui ne contiennent pas de clauses minimales.

[1284] 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.

[1285] V. *infra*, sous Paragraphe I 1.

[1286] 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, italiques ajoutés).

mesures nationales plus favorables sont 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 au libre fonctionnement du marché intérieur. La Cour de Justice veille au respect des dispositions nationales allant au-delà des prescriptions européennes minimales aux articles 28 et s. TFUE. La Cour 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 respecté[1287]. Dans cette démarche, la protection tant du travailleur que du consommateur peut être considérée comme une exigence impérative.

On doit, enfin, mentionner qu'en ce qui concerne la protection du travailleur, le droit européen accorde une garantie supplémentaire au maintien d'un niveau élevé de protection, en appliquant également le principe de non-regression sociale, qu'on appelle également clause de *standstill*. En vertu de ce principe, qui n'a, certes, ni la même portée ni la même envergure que la protection minimale[1288] mais constitue un garde-fou considérable pour la protection des travailleurs, l'application des dispositions du droit européen dans les ordres juridiques nationaux ne peut pas entrainer une diminution du niveau de protection déjà garanti par le droit national. Pour Nicolas Moizard, le principe de non-regression constitue le second volet de ce qu'il appelle « la protection nationale renforcée », consacrée par le droit européen en matière de droit du travail[1289].

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

---

[1287] 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.

[1288] Le principe de non régression n'a pas non plus la même reconnaissance au sein de la doctrine. Ainsi, pour Pierre Rodière sa portée est «incertaine». V.Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 105-106.

[1289] *Idem*, not. p. 139-160 pour une analyse approfondie du principe de non régression.

directives relatives tant au travailleur[1290] qu'au consommateur[1291] ont été adoptées sur la base des « solutions minimales »[1292] 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.

[1290] On pourrait mentionner, à titre indicatif, la directive sur les licenciements collectifs, la directive sur le temps partiel ou la directive sur le travail à durée déterminée.

[1291] On pourrait mentionner, à titre d'exemple, la directive sur les contrats négociés à distance, la directive sur les clauses abusives ou la directive sur la vente et les garanties des biens de consommation.

[1292] « 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

1. La recherche d'une intensification du degré d'harmonisation

Si l'harmonisation minimale par voie de directives a été considérée comme acquise dans les deux domaines, 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 consommateur[1293], 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 subsistaient[1294], ainsi que sur « la fragmentation juridique résultant de l'application, par les États membres, des clauses d'harmonisation minimale contenues dans les directives »[1295]. Il a ainsi été considéré que l'harmonisation n'avait pas été menée « de manière optimale »[1296] 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 Hans Schulte-Nölke[1297]. 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

---

[1293] V.*infra*, sous Section I, Paragraphe II de ce même chapitre.

[1294] V.la récente 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.

[1295] 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 Etats 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 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.

[1296] 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.

[1297] Hans SCHULTE-NÖLKE, « La formation du contrat en droit communautaire. Du cadre commun de référence au « bouton bleu » », *op. cit.*, p. 138.

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 »[1298].

Ces critiques concernaient plutôt le droit de la consommation que le droit du travail pour deux raisons principales : d'une part, à cause du développement de l'acquis communautaire qui était beaucoup plus important dans le domaine du consommateur, tandis qu'en matière du droit du travail l'harmonisation passait plutôt par des directives-cadres adoptées par les partenaires sociaux. La suite logique de cette activité 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 présente traditionnellement une plus grande « discontinuité qui va de pair avec le principe voulant que les droits nationaux conservent une diversité, principe auquel les autorités communautaires marquent leur attachement »[1299].

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 »[1300] 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

[1298] 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.
[1299] Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union Européenne, op. cit.,* p. 104.
[1300] 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.

place, au plan communautaire, d'une législation uniforme au détriment de la protection des consommateurs et d'un bon fonctionnement du marché intérieur »[1301].

Deux avantages sont ainsi évoqués en faveur d'une harmonisation maximale 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 des consommateurs et déclare que « la stratégie d'harmonisation totale [...] marque un nouveau départ en matière de droits contractuels des consommateurs »[1302]. 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 »[1303].

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

[1301] Résolution du Parlement européen concernant le rapprochement du droit civil et commercial des États membres, *op. cit.*, point 12.
[1302] Proposition de directive sur les droits des consommateurs, COM (2008) 614 final du 8 octobre 2008, p. 7.
[1303] Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, considérant (7) (italiques ajoutés).

commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs[1304], de la directive sur les pratiques commerciales déloyales[1305] et de celle portant sur les contrats de crédit aux consommateurs[1306], où la même approche avait été « mise en œuvre avec succès », selon les considérations de la Commission[1307]. Un article spécifique de la directive[1308] 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, 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».

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. Le cas le plus discuté est sans doute celui de la directive 85/374 sur la responsabilité du fait des produits défectueux[1309], dont l'interprétation a donné lieu, en 2002, à une série d'arrêts de la Cour de Justice[1310]. Selon la Cour, cette directive, qui était l'une des rares en matière de protection du consommateur à ne pas contenir de clauses de protection minimale, «poursuit, sur les points qu'elle réglemente, une

[1304] Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.
[1305] Directive 2005/29/CE du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.
[1306] Directive 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs.
[1307] Proposition de directive sur les droits des consommateurs, COM (2008) 614 final du 8 octobre 2008, p. 7.
[1308] Article 4 de la directive 2011/83. De manière analogue, la directive 2008/48 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, 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 Etats 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 ».
[1309] 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.
[1310] 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.

harmonisation totale des dispositions législatives »[1311]. Les juges de Luxembourg ont déduit le caractère total de l'harmonisation poursuivi par la directive « du libellé, de l'objectif et de l'économie de celle-ci »[1312], en se basant également sur l'article du Traité qui avait constitué son fondement juridique, à savoir l'ancien article 94. Il est, d'ailleurs, à noter que 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 ». L'argument, qui n'a pas reçu un accueil enthousiaste au sein de la doctrine[1313], réside, en effet, dans une comparaison de l'ancien article 94 avec l'article 95 : la Cour en arrive à la conclusion qu'« à la différence de l'article 100 A du traité CE (devenu, après modification, article 95 CE), qui a été introduit dans le traité postérieurement à l'adoption de la directive et qui réserve la possibilité de certaines dérogations, 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»[1314]. Il en résulte que les Etats membres (en l'occurrence la France, la Grèce et l'Espagne) ne peuvent pas maintenir les dispositions nationales allant au-delà de la protection du consommateur prévue par la directive.

Indépendamment des critiques que cette interprétation a suscitées[1315], concernant notamment la régression du niveau de protection accordée au consommateur[1316], il convient de noter, comme la Cour elle-même le précise, 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 réglemente ». En d'autres termes, la directive opérant une harmonisation totale mais non

---

1311 CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France, op. cit.,* point 24.
1312 *Idem*, point 16.
1313 V.par exemple 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)», *op. cit*., 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 ».
1314 CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France,* Aff. C-52/00, *op. cit.,* point 14.
1315 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 », *Recueil Dalloz, Cahier droit des affaires*, 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, Anastasios VALTOUDIS, « 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), 4/2002, p. 817-862.
1316 Sur cette question v.*supra*, sous Paragraphe II 2.

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 défectueux[1317]. Se fondant encore une fois sur le « libellé [et] l'économie de la directive »[1318], la Cour a alors estimé que « si la directive 85/374 [...] poursuit, sur les points qu'elle réglemente, 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 »[1319]. 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 directive[1320].

Empruntée pour palier les lacunes de l'harmonisation minimale et renforcer la confiance des entreprises et des consommateurs dans le fonctionnement du marché[1321], 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 à juste titre Judith Rochfeld, « de reformuler l'équilibre des compétences communautaires et nationales, le tout au rebours de la répartition initialement portée par les traités »[1322]. 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

[1317] CJCE, 4 juin 2009, *Moteurs Leroy Somer c/Dalkia France et Ace Europe*, Aff. C-285/08, *Rec.* 2009 I-04733.
[1318] Point 27 de l'arrêt.
[1319] Point 25 de l'arrêt.
[1320] 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.
[1321] Sur la notion clé de la confiance, v.*supra*, sous Chapitre I, Section II de ce même Titre.
[1322] 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.*, p. 2047-2052.

Si les considérations qu'on a 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 comme dénominateur commun 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 Etas membres.

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, comme on a démontré ci-dessus[1323], 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 entrainent une baisse du niveau de protection dans certains Etats, comme la récente directive 2011/83 sur les droits des consommateurs, mettent en avant le renforcement de la confiance et la protection des citoyens[1324]. 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

[1323] V.Chapitre I, Section I de ce même titre.

[1324] 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 ».

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 »[1325]. 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 communautaire »[1326]. 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 limites[1327].

« 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) »[1328]. Ces propos

---

[1325] 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)).

[1326] Jérôme HUET, « Le scandale de l'harmonisation totale », *RDC* 2011, p. 1070-1078.

[1327] 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 déclare 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-President de la Commission Européenne, « The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers », Keynote Speech at the Conference "Towards a European Contract Law" co-organised by the Study Centre for Consumer Law of the Catholic University of Leuven and the Centre for European Private Law of the University of Münster, Leuven, 3 June 2011, p.6 (traduction libre).

[1328] «*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*

de Norbert Reich[1329], 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.

Les risques d'un nivellement par le bas concernent également la protection du travailleur, en dépit du fait que cette matière n'est pas, en principe, concernée par l'approche de l'harmonisation totale et qu'un certain nombre des dispositions adoptées au niveau européen est soumis au principe de non régression[1330].

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 national[1331]. Le droit français, très protecteur tant du consommateur que du travailleur[1332], fait alors infailliblement partie des droits les plus touchés[1333]. La protection accrue assurée par le droit français ne pourrait, ainsi, que très difficilement constituer un dénominateur commun, acceptable par les autres Etats membres[1334]. 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

---

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).

[1329] Norbert REICH, « European Consumer Law and its Relationship to Private Law », *op.cit*., p. 295.

[1330] Sur cette question v. infra, sous Partie II, Titre II, Chapitre I.

[1331] 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.

[1332] Sur le modèle français du travailleur et du consommateur v. *supra*, sous Partie I, Titre I.

[1333] «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.

[1334] 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).

loin pour que l'harmonisation des législations sociales se traduise par un progrès plus net de la protection accordée aux travailleurs »[1335]. C'est, d'ailleurs, une des raisons pour lesquelles les thèses françaises sont beaucoup plus favorablement accueillies par le Parlement ou le Comité Economique 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.

[1335] 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

CONCLUSION DU TITRE I

TITRE II: LA RECEPTION DU MODELE EUROPEEN DANS L'ORDRE JURIDIQUE 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 vis-à-vis du fonctionnement du marché. En poursuivant le raisonnement des interactions du droit européen et des droits nationaux, on aboutit à la dernière phase de ces cercles d'échanges réciproques entre le niveau national et le niveau 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 une adaptation des législations nationales qui reste toutefois la résultante de l'harmonisation des législations opérée au niveau de l'Union européenne »[1336].

Nous préférons le terme « réception » à celui de la simple « influence », notamment parce que le premier est plus illustratif du phénomène des interactions entre droit national et droit européen. Comme le remarque Madame Laurence Idot dans un ouvrage dédié à la réception du droit européen, « 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 l'influence est indéniablement réciproque »[1337]. Les interactions se poursuivent ainsi au moment de la réception du modèle européen dans les ordres juridiques nationaux. Si le mouvement principal

[1336] Olivier DUBOS, « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? », *LPA*, octobre 2004, n°198, pp. 6-15, not. p. 7.
[1337] 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-1er février 2003*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 17-38, not. pp. 19-20.

vient du droit européen vers les droits nationaux, les influences nationales vers le droit européen au moment de l'application des normes européennes n'en demeurent pas moins importantes ; elles se réalisent tant par la transposition des normes européennes qu'à travers le dialogue des juges et de la société civile. On peut également observer des cas, qui présentent un intérêt tout particulier pour l'étude des interactions entre ces deux ordres juridiques : il s'agit d'un effet que certains auteurs ont qualifié de « boumerang », dans le sens où une règle d'inspiration nationale qui s'est « européanisée », « revient au pays »[1338] 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.

Il s'agit alors de se pencher sur la manière dont le modèle européen du consommateur et du travailleur est intégré dans les ordres juridiques nationaux[1339] – en l'occurrence dans le système juridique français– 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 que le droit européen apporte sur le droit français. Outre le fait que cela a déjà fait l'objet de plusieurs études détaillées dans les deux matières[1340], il serait d'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 de leur réalisation.

[1338] Paul FIESCHI-VIVET, « L'impact de la Communauté Européenne sur le droit du travail français », *RJS* 10/90, Chr., pp. 503-507, not. p. 503.

[1339] Sur les modalités d'intégration du droit européen dans les ordres juridiques nationaux v. 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*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, pp. 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, pp. 241-286.

[1340] Sur le droit de la consommation v. à titre indicatif Natacha 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*, PUAM, Aix-Marseille, 2002 ; Hélène AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM, Aix-Marseille, 2002 ; Aurélie THIERIET-DUQUESNE, *Le droit communautaire de la consommation et le droit privé des Etats membres. L'exemple du droit privé français,* thèse 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, Institut Universitaire Européen et Université Paris X Nanterre, 1996 ;

Nous considérons, par conséquent, qu'il serait 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 par le biais desquels ces influences sont véhiculées.

Il s'agirait 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 réservait 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 véhiculent les interactions entre le droit européen et les droits nationaux mais également assurent 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*).

CHAPITRE I : LES INFLUENCES EUROPEENNES SUR LE MODELE NATIONAL

Etudier les 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 »[1341]. L'intégration de l'acquis dans les ordres juridiques nationaux est censée assurer une conformité du droit national au droit européen et aboutirait, à terme, à cette harmonie entre les deux ordres juridiques, tant recherchée par le processus d'harmonisation[1342]. 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 du modèle européen du travailleur et du consommateur **–** que nous avons déjà cerné**–** sur le droit national. Par ailleurs, la démarche s'avère insuffisante dans la mesure où l'intégration des normes européennes dans les ordres juridiques nationaux ne résume pas toutes les influences réciproques entre droit européen et droit national.

La réception du droit européen par les droits nationaux constitue, en réalité, une sorte de traduction, dans le sens d'une « incorporation dans la langue du droit (national) des exigences du droit communautaire »[1343]. C'est une retranscription qui s'étend au-delà des textes et comprend des objectifs, des préoccupations, des « non-dits » qui ne sont pas reflétés dans un catalogue de mesures prises par le législateur

---

[1341] 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 », cf. http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/community_acquis_fr.htm (consulté le 4 août 2013).

[1342] Sur le processus d'harmonisation cf. *supra*, sous Partie II, Titre I, Chapitre II.

[1343] 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-1er février 2003*, op.cit., pp. 76-84, not. p. 79.

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 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 Laulom[1344].

A la place de ce bilan de l'acquis communautaire, nous proposons 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 conception que le droit français réservait traditionnellement à ces deux acteurs. La notion de la confiance assujettie au marché, autour de laquelle le modèle européen des deux acteurs est construit, n'est pas, en principe, automatiquement compatible avec les finalités du droit national[1345]. 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 altérations lorsqu'elle « descend » dans les ordres juridiques nationaux, d'autant plus que le droit français avait traditionnellement conçu le modèle du travailleur et du consommateur de manière différente[1346].

Par ailleurs, les influences européennes ne se limitent pas aux modifications que le droit national subit dans le cadre de l'intégration dans l'ordre juridique national. Il existe des « voies indirectes et discrètes de communautarisation »[1347] du droit national qui ne suivent 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

---

[1344] 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.

[1345] En ce sens v. Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes*, Traité de droit civil (sous la direction de Jacques GHESTIN), LGDJ, Paris, 2013, 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 ».

[1346] V. *supra* sous Partie I, Titre I.

[1347] 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-1er février 2003*, op.cit., pp. 76-84, not. p. 78.

institutionnalisées, voire spontanées[1348], dans le sens où un Etat membre modifie son droit non pour respecter ses obligations et ses engagements issus du droit de l'Union, mais parce qu'il est motivé par le contexte européen.

Nous étudierons, ainsi, les modifications du modèle national du travailleur et du consommateur qui ont lieu dans le cadre plus ou moins institutionnel de la réception du modèle européen et qui sont liées essentiellement à la transcription de la notion de la confiance en droit national (SECTION 1) ; nous nous pencherons ensuite sur les modifications moins institutionnalisées du droit national (SECTION 2).

[1348] Cf. par exemple Olivier DUBOS, «Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ?», *op. cit*., not. p. , qui se réfère à des adaptations spontanées des législations nationales.

SECTION 1 : LES MODIFICATIONS DU DROIT NATIONAL LIEES A LA RECEPTION DU DROIT EUROPEEN : LA NOTION DE LA CONFIANCE AU CŒUR DU MODELE NATIONAL

Tant le droit de la consommation que le droit du travail ont existé au niveau national avant de constituer un champ d'application du droit européen. Comme on a pu montrer ci-dessus[1349], ils ont pu émerger au niveau droit national en tant que « droits d'exception pour pallier les insuffisances du droit commun »[1350] qui n'offrait pas une protection adéquate et efficace au consommateur et au travailleur. En commençant comme des droits d'exception, ils ont pu évoluer en branches de droit autonomes et consacrer une conception pour chacun de ces deux acteurs, traités en tant que contractants: celle du travailleur était axée autour de la notion de la subordination alors que la conception du consommateur était plutôt basée sur la protection de la partie faible. On constate alors que la notion de la confiance, pièce maitresse du modèle européen, ne faisait pas partie des éléments caractéristiques du modèle national.

Toutefois, le droit français connaissait la notion de la 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 foi[1351]. 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 : la grève devient contrat lorsque, crainte, espoir, procédure naît le droit »[1352]. La notion de la confiance est ainsi « contractualisée » en droit français, à savoir intégrée dans le champ contractuel. C'est en ce sens que certains auteurs

---

[1349] Cf. *supra*, sous Partie I, Titre I.

[1350] 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*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne, 2009, pp. 1-16, not. p. 1.

[1351] Sur les notions de la *reliance*, des *legitimate expectations* et surtout de l'*estoppel,* connues du common law, v. entre autres Jonh 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, pp. 321-348. Cf. 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.*, pp. 9-61.

[1352] Emmanuel LEVY, *La vision socialiste du droit*, éd. Marcel Giard, Collection Internationale des Juristes Populaires, Paris, 1926, pp. 153-154.

considèrent que « la confiance en la bonne foi de son cocontractant confère à la volonté du contractant l'énergie créatrice »[1353].

Venant du terme latin «*confidentia* », le mot confiance évoque, en effet, « un sentiment qui permet de se fier à quelqu'un »[1354]. Parmi les différentes distinctions de la confiance que les spécialistes de diverses disciplines proposent[1355], on pourrait retenir, pour les besoins de notre analyse, deux types de confiance : la confiance « interpersonnelle », d'une part, à savoir la confiance en la personne avec laquelle on est en rapport (juridique, social ou autre) et, d'autre part, la confiance qu'on pourrait qualifier d' « institutionnelle » et qui est essentiellement basée sur les relations institutionnelles[1356]. Si on appliquait cette terminologie issue d'un discours plutôt sociologique, philosophique ou encore économique à notre cas de figure, on pourrait soutenir que la confiance interpersonnelle consisterait en la confiance au cocontractant, que ce soit dans la relation consommateur-professionnel ou dans celle du travailleur face à l'employeur. Il s'agirait alors d'une « espérance de fiabilité »[1357], dans le sens de la croyance que le cocontractant respectera ses engagements contractuels.

De son côté, la confiance institutionnelle reposerait plutôt sur le sentiment de sécurité et d'assurance qu'inspire à un agent 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 agent dans l'exercice de ses droits contractuels. En ce sens, « on fait confiance à un acteur non 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 juridique », remarque Monsieur Vincent Edel[1358].

Cette distinction entre confiance interpersonnelle et confiance institutionnelle se trouve au cœur de la différence de conception entre le droit français et le droit

---

[1353] Richard DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats. Rôle actuel et perspectives*, thèse, Université Paris II, Paris, 1992, p. 119.
[1354] Jean-Michel SERVET, « Le chapeau » *in* Philippe BERNOUX & Jean-Michel SERVET (dir.), La construction sociale de la confiance, Montchrestien, Paris, 1997, pp. 17-38, not. p. 26.
[1355] V. à titre d'exemple Jean-Michel SERVET, « Le chapeau », *op. cit.*, not. pp. 25-32, qui fait référence à la confiance verticale ou horizontale, ascendante ou descendante, mutuelle, partagée ou non réciproque.
[1356] Eloi LAURENT, *Economie de la confiance*, éd. La Découverte, coll. Repères, Paris, 2012, not. pp. 10-12. V. également David GOOD, « Individuals, Interpersonnal Relations and Trust », *in* Gambetta DIEGO (dir.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, édition électronique, Département de Sociologie, Université d'Oxford, Oxford, 2000, chapitre 3, pp. 31-48.
[1357] *Idem*, p. 24.
[1358] Vincent EDEL, *La confiance en droit des contrats*, thèse, Université de Montpellier, 2006, p. 42.

européen. Ainsi, le droit français utilisait la notion de la confiance dans le sens de la confiance interpersonnelle qui, rentrée dans le champ contractuel, rassure le cocontractant de la bonne exécution des obligations contractuelles[1359]. De son côté, le droit européen emploie la confiance dans un sens plutôt institutionnel, en tant qu'encadrement des agents économiques, citoyens de l'Union, dans l'exercice de leurs droits découlant des libertés de circulation.

En tant que pierre angulaire du modèle européen du consommateur et du travailleur, la notion de la 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 Sandrine Clavel à propos de la notion de la 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 »[1360].

Transposée au niveau national, la notion de la 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 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 instrumentalisation de la protection du contractant. La notion de la confiance se dissocie alors du contexte contractuel pour servir des objectifs poursuivis par le droit européen (*Paragraphe II*).

[1359] 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, Université de Nice, Nice, 1977, not. pp. 303-306.

[1360] 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*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2008, pp. 11-33, spéc. p. 11.

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 traitée sous une optique contractuelle. Elle vise ainsi à rendre l'environnement contractuel plus accessible pour le contractant qui a le plus besoin de se sentir en confiance, à savoir réciproquement 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 ignoré[1361]. On pourrait mentionner, sans avoir aucune prétention d'exclusivité 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

Assurer, notamment par le biais de l'information du contractant, la transparence du lien contractuel[1362], 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 »[1363]. L'information du citoyen européen susceptible de contracter dans le cadre de l'exercice de ces droits issus des libertés de circulation, constitue, on l'a déjà évoqué[1364], un des principaux moyens de lui inspirer la confiance face à un professionnel – vendeur ou employeur – notamment lorsque ce dernier se trouve dans un autre Etat membre. C'est la raison pour laquelle le renforcement des droits 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.

[1361] V. Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes*, *op. cit.* p. 251.
[1362] 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, La documentation française, Paris 2011, p. 82.
[1363] 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 » *in* Yves SERRA et Jean CALAIS-AULOY (dir.), *Concurrence et consommation*, actes de colloque, Perpignan 8 et 9 octobre 1993, Dalloz, pp. 23-30.
[1364] Cf. *supra*, sous Partie II, Titre I, Chapitre I.

Dans la majorité des cas, le droit français était déjà équipé d'un arsenal de règles qui, concernant pour la plupart la phase des négociations précontractuelles[1365], assuraient l'information du cocontractant[1366]. 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 national[1367]. « 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-Caen[1368].

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

---

[1365] 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 Université Paris II, Paris, 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, Université Paris II, Paris, 1985 ; Xavière PERRON, *L'obligation de conseil*, thèse, Université de Rennes I, Rennes, 1992 ; Mustafa EL GHARBI, *L'obligation d'information dans les contrats*, thèse, Université Paris XII, Paris, 1994 ; Yvon LOUSSOUARN et Paul LAGARDE (dir.), *L'information en droit privé*, LGDJ, 1978.

[1366] Cf. *supra*, sous Partie I, Titre I.

[1367] V. en ce sens Nicolas Moizard qui, en se référant à l'harmonisation sociale européenne, oberve 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.

[1368] 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-1er février 2003*, op.cit., pp. 76-84, not. p. 81.

d'exercer une influence importante sur les législations nationales »[1369]. 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 foi[1370].

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 : elles 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.

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 « 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 »[1371].

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. Sa réception a alors renforcé la protection du consommateur (en tant que partie faible du contrat[1372]) déjà existante.

[1369] Elise POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, *op.cit*., p. 306.

[1370] 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-Marseille, PUAM, 2002, not. pp. 59-61.

[1371] Vincent EDEL, *La confiance en droit des contrats*, *op. cit*., p. 170.

[1372] 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, pp. 128- , not. p. 218.

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 1992[1373] consacrait une solution que la jurisprudence[1374] 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 Civil[1375]. 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 »[1376]. 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, 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 »[1377].

De la même manière, la réception de la directive 2011/83/UE qui sera bientôt transposée en droit français[1378], permettra d'ajouter une obligation d'information du

---

[1373] Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, article 2.

[1374] V. également l'article 28 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. 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 ».

[1375] Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes*, *op. cit*., p. 261.

[1376] Guy RAYMOND, « Commentaire de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs », Contrats Concurrence Consommation, février 1992, pp. 1-10, not. p. 1.

[1377] Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur.

[1378] V. le projet de loi relatif à la consommation, adopté par l'Assemblée Nationale et transmis au Sénat le 4 juillet 2013.

consommateur portant sur la garantie légale de conformité et les garanties commerciales et d'intégrer celle-ci au contenu de l'obligation d'information commune à tous les contrats de vente de biens ou de services, instaurée par ladite directive[1379]. 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 »[1380]. La nouvelle version de l'article L. 111-1 du Code de la Consommation, qui transposera l'article 5 de la directive, disposera 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 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 »[1381].

On doit, par ailleurs, noter que 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 français. En effet, cette disposition « prolonge [l]e principe de transparence contractuelle »[1382].

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

[1379] Cf. l'article 5 de la directive. Il est à noter que les contrats de vente conclus hors établissement ou à distance demeurent soumis à des obligations particulières prévues par de dispositions spécifiques.
[1380] Projet de loi relatif à la consommation, Etude d'impact, NOR : EFIX1307316L/Bleue-1du 30 avril 2013, p. 31.
[1381] V. l'article 4 du projet de loi.
[1382] Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes*, *op. cit*., p. 312.

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 »[1383]. 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.

L'information précontractuelle est liée à un autre mécanisme visant à établir la confiance ainsi que de protéger le consommateur : le droit de rétractation. 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 européennes et nationales ci-dessus mentionnées. Par ailleurs, la Cour de Justice est venue renforcer la protection ; en interprétant la directive 85/577/CEE sur le démarchage à domicile[1384], elle a énoncé dans un arrêt de 1999[1385] puis de 2001[1386] 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 »[1387]. Cela signifie qu'un professionnel ayant manqué de respecter son obligation d'information est sanctionné par un gel ou une prolongation du délai de rétractation[1388], voire, en l'espèce, par une prohibition du délai de forclusion, même si cette position pourrait paraître excessivement protectrice du consommateur[1389].

[1383] Projet de loi relatif à la consommation, Etude d'impact, *op. cit*, p. 32.

[1384] Directive 85/577/CEE, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

[1385] CJCE, 22 avr. 1999, *Travel Vac c/ Manuel José Sanchis*, aff. C-423/97, *Rec*. I-2195.

[1386] CJCE, 13 décembre 2001, *Georg Heininger et Helga Heininger c/ Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG.*, aff. C-481/99, *Rec*. I-9965.

[1387] CJCE, 13 décembre 2001, *op. cit*., point 48.

[1388] Cf. par exemple la directive 94/47/CE sur le *timeshare*, telle que modifiée par la directive 2008/122 EC.

[1389] 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, Heininger, aff. C-481/99 », *JCP G* 2002, I, pp. 128- , not. p. (dernière page) 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 ».

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/CEE sur les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux, la directive 94/47/CE relative à la multipropriété ou encore la directive 97/7/CE sur les contrats conclus à distance. La réception des normes européennes en droit national a renforcé le droit de rétractation. On pourrait 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 actuellement par le droit français[1390], à quatorze jours, prévus par la directive 2011/83/UE[1391] et le projet de loi la transposant en droit français[1392]. Le consommateur pourra 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 la Haute juridiction européenne, 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 »[1393]. La doctrine a ainsi invoqué que le droit de rétractation constitue « un mécanisme légal et d'ordre public, similaire à une condition résolutoire purement potestative »[1394].

On retrouve la résonnance 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/CEE 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 »[1395].

[1390] Article L. 121-20 du Code de la Consommation.
[1391] Article 9 de la directive.
[1392] Nouvelle version de l'article L. 121-21 du Code de la Consommation issue de l'article 5 du projet de loi.
[1393] CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac SL c/ Manuel José Antelm Sanchis*, aff. C-423/97, Rec. I-2216, point 60.
[1394] 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. 218.
[1395] Cass. Civ 2ème, 7 mars 2006, Bull. Civ. II 2006, n° 63.

En dépit des critiques émises vis-à-vis de la position retenue *ad hoc* par la Cour[1396], 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 pourrait, d'ailleurs, discerner, comme invoqué par une partie de la doctrine, « l'élaboration progressive d'une doctrine d'ensemble du droit de rétractation »[1397], allant au-delà du champ plus restreint des contrats conclus suite à un démarchage. « Sa portée s'étend également aux autres directives communautaires et aux législations nationales prévoyant un droit de rétractation »[1398]. On pourrait alors remarquer 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 idée[1399].

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.

L'établissement de la confiance du contractant par le biais de la transparence du lien contractuel concerne également le contrat du travail. L'information de l'employé 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, en partie 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 la plus faible. Au contraire, le contrat de travail a par nature vocation à régir les relations de l'employeur et de l'employé pendant une certaine durée, plus ou moins longue. Par conséquent, si l'information du salarié avant la conclusion du contrat

[1396] Cf. à titre d'exemple Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes*, *op. cit*., pp. 381-383.
[1397] 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.
[1398] 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. 218.
[1399] Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes*, *op. cit*., p. 379.

demeure importante[1400], le poids est mis plutôt sur la protection du salarié en cours d'exécution du contrat.

En dépit de cette différence, l'information du salarié occupe une place importante en droit européen du travail. De la même manière qu'en droit de 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 travail[1401], constitue un des exemples les plus caractéristiques des normes européennes visant à la transparence du lien contractuel du travail et la protection du salarié[1402]. Transposée en droit français *a minima* avec plus d'un an de retard[1403], 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 » et 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 en 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 partie[1404]. En dépit d'une transposition[1405] à laquelle

---

[1400] 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*, thèse, Université Paris Nanterre Ouest La Défense, Nanterre, 2011.

[1401] Directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991, *JO* n° L 288 du 18/10/1991, p. 32-35.

[1402] 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,* thèse, Paris, LGDJ, 2008.

[1403] La directive a été transposée en droit français par le décret n°94-761 du 31 août 1994 (JORF du 2/9/1994, p.12731), alors que, selon ses dispositions, les Etats membres devraient se conformer à celle-ci au plus tard le 30 juin 1993.

[1404] L'article 2 § 2 de la directive dispose, en effet, que « L'information visée au paragraphe 1 porte au moins sur les éléments suivants: a) l'identité des parties; b) le lieu de travail; à défaut de lieu de travail fixe ou prédominant, le principe que le travailleur est occupé à divers endroits ainsi que le siège ou, le cas échéant, le domicile de l'employeur; c) i) le titre, le grade, la qualité ou la catégorie d'emploi en lesquels le travailleur est occupé ou ii) la caractérisation ou la description sommaires du travail; d) la date de début du contrat ou de la relation de travail; e) s'il s'agit d'un contrat ou d'une relation de travail temporaire, la durée prévisible du contrat ou de la relation de travail; f) la durée du congé payé auquel le travailleur a droit ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités d'attribution et de détermination de ce congé; g) la durée des délais de préavis à observer par l'employeur et le travailleur en cas de cessation du contrat ou de la relation de travail, ou, si cette indication est impossible au moment de la délivrance de l'information, les modalités de détermination de ces délais de préavis; h) le montant de base initial, les autres éléments constitutifs ainsi que la périodicité de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit; i) la durée de travail journalière ou hebdomadaire normale du travailleur; j) le cas échéant: i) la mention des conventions collectives et/ou accords collectifs régissant les conditions de travail du travailleur ou ii)

on pourrait reprocher son caractère minimal, voire sa non conformité avec les dispositions de la directive[1406] (qu'on pourrait expliquer par l'inspiration britannique du texte[1407]), l'information du travailleur revêt une importance considérable. Sous l'influence de la directive, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a repris dans son article 27[1408] la garantie du droit d'information et de consultation des travailleurs en temps utile. Par ailleurs, la Cour de Justice reconnaît une application directe de l'article 2 de la directive, dans les cas de non transposition ou de transposition incorrecte dans les droits nationaux[1409]. Dans 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 travailleur[1410].

L'obligation d'information du travailleur poursuit, en effet, des objectifs similaires à celle qui s'adresse au consommateur[1411] : 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 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

---

s'il s'agit de conventions collectives conclues en dehors de l'entreprise par des organes ou institutions paritaires particuliers, la mention de l'organe compétent ou de l'institution paritaire compétente au sein duquel/de laquelle elles ont été conclues ».

1405 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 », *Droit Ouvrier* 2000, p. 114 et s. ; Philippe WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/1996, p. 791 ; Michel MORAND, « Elément essentiel du contrat de travail, élément du contrat ? », *JCP éd. E*, 2001, p. 696.

1406 Sur cette question v. entre autres Benjamin DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer, op.cit.*, n° 296.

1407 V. les articles 1-11 du 1er titre de la loi anglaise de 1978 sur la protection de l'emploi (*Employment Protection (Consolidation) Act*), intitulé « *Particulars of Terms of Employment. Wtitten particulars of terms of employment ».*

1408L'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 ».

1409V. CJCE, 4 décembre 1997, *Kampelmann e.a.,* C-253/96 à C-258/96, *RJS* 2/1998, n° 241.

1410 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. 1996, V, n°75 ; Cass. Soc., 18 novembre 1998, Bull. 1998, V, n° 499 ; Cass. Soc., 29 avril 2003, Bull. 2003, V, n° 143 ; Cass. Soc., 7 mai 2002, Bull. 2002, V, n° 154 ; Cass. Soc., 15 novembre 2007, Bull. 2007, V, n° 191 ; Cf. le rapport annuel 2010 de la Cour de Cassation, *Le droit de savoir*, *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, op.cit.,* not. pp. 143-145.

1411 C'est la raison, d'ailleurs, pour laquelle certains auteurs traitent ensemble l'obligation d'information découlant des directives du droit de la consommation, comme la directive 97/7, et l'obligation d'information prévue par la directive 91/533. Cf. Benjamin DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer, op.cit.,* not. n° 304 et 305.

l'exécution du contrat s'effectuera conformément aux indications»[1412]. Néanmoins, à cause de la nature particulière du lien contractuel du travail, l'accent en l'occurrence n'est pas tant mis sur la protection du contractant faible mais sur la transmission d'informations afin d'accroître la capacité du travailleur « à poursuivre les choix de vie qu'il[s] juge[nt] bénéfiques »[1413]. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont considéré que l'obligation d'information du travailleur est liée à la stabilisation des prévisions contractuelles[1414].

2. La confiance par la sécurisation du lien contractuel

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 traités 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 ne signifie que le consommateur n'est pas concerné. De la même manière que pour la transparence, les modifications apportées au droit national suite à 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 et une conception européens, reflétés 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 règlementation du travail à durée déterminée ou la protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur ne constituent que quelques exemples.

[1412] C. ROBIN, « L'obligation d'information en droit du travail : l'exemple du bulletin de paye », *Revue de Recherche Juridique*, 2004, III, p. 1978.
[1413] Benjamin DABOSVILLE, *L'information du salarié. Contribution à l'étude de l'obligation d'informer, op. cit.,* n° 298.
[1414] *Ibidem.*

La directive 77/187/CEE du 14 février 1977[1415] constitue une des premières interventions législatives européennes touchant le travailleur. Transposée dans le Code du Travail[1416] par les lois n° 82-915 du 29 octobre 1982 et n° 83-528 du 29 juin 1983, 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 travailleurs[1417]. La directive contribue ainsi à la sécurisation du lien contractuel, dans la mesure où elle garantit la stabilité de l'emploi[1418] en interdisant que le transfert ne soit la cause de rupture du contrat du travail[1419]. La finalité est alors protectrice du travailleur dont les droits doivent être garantis auprès du cessionnaire dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant[1420]. 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 » remarque la Haute juridiction européenne. 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

---

[1415] 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.

[1416] 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.

[1417] V. Commission des Communautés Européennes, Document de travail des services de la Commission, *Mémorandum sur les droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises*, novembre 2004.

[1418] 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.

[1419] 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.

[1420] 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 (*Wendelboe*, aff. 19/83, *Rec.* 1985, p. 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.

consentement[1421]. 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 du transfert et lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur[1422].

Les directives sur la protection des droits des travailleurs en cas d'insolvabilité de l'employeur[1423] constituent un autre exemple d'intervention européenne allant dans le sens de l'établissement de la confiance par le biais de la 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 la sécurisation du lien contractuel en tant que tel mais plutôt 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 1973[1424] avait déjà prononcé de mesures protectrices du salarié et 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. Le droit français remplissait ainsi une des principales obligations découlant de la directive 80/987/CEE[1425]. Il a été alors considéré que l'article L. 143-11-1 du Code du Travail[1426] avait « valeur de transposition en droit français de la directive n° 80/987/CEE »[1427].

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**

[1421] CJCE, 10 février 1988, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (Fédération danoise des contremaîtres et similaires) c/ Daddy's Dance Hall A/S* (affaire Tellerup), C-324/86, *Rec.* I-749, points 14 et 15.

[1422] Sur ces question v. *infra*, sous Partie II, Titre II, Chapitre II.

[1423] 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.**

[1424] 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.

[1425] V. notamment l'article 5 de ladite directive.

[1426] Devenu les articles L. 3253-6 et L. 3253-8 du Code du Travail.

[1427] V. l'arrêt rendu par la Cour d'Appel de Grenoble (Ch. sociale) en date du 18 octobre 1999, *D.* 2000, p. 237. V. également Cass. Soc., 20 janvier 1998, *Bull. Civ. V*, n° 25, *D.* 1998, p. 298; Cass. Soc., 26 avril 2006, *Bull. Civ. V*, n° 144, *D.* 2006, p. 1335.

autre Etat membre. Suite à la transposition de la directive, 6 ans plus tard[1428]**, dans l'ordre juridique français**[1429]**, les nouveaux articles L. 3253-18-1 et s. 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, d'ailleurs, écho à la jurisprudence de la Cour de Justice[1430], puis de la Cour de Cassation. Sous l'influence de l'interprétation de la Haute Juridiction européenne, la Cour de Cassation avait 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 »[1431]. L'ensemble de ces mesures va, en effet, 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 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

[1428] 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.

[1429] 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.

[1430] 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, *Mosbeack*, aff. C-117/96, *Rec*. I-5017), se fondant sur l'effet utile du droit européen (point 18), la Cour avait énoncé que « lorsque l'employeur est établi dans un autre État 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'État 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*, aff. C-198/98, *Rec*. I-8903). En prenant en compte « la finalité sociale de la directive » (point 22), ils ont alors jugé que « lorsque les travailleurs victimes de l'insolvabilité de leur employeur exerçaient leur activité salariée dans un État membre pour le compte de la succursale d'une société constituée selon le droit d'un autre État membre, 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'État 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. 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 2033 (n°45.948), disponible sur le site internet
http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/lyon_caen_7939.html

[1431] Cass. Soc., 16 janvier 2008 (n° 06-43.030).

même l'établissement de sa confiance, a également une influence sur la conception que le droit français réserve au travailleur et au contrat de travail. Les trois directives européennes adoptées en la matière en 1993[1432], 2000 et 2003, prévoient des 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 la durée maximale quotidienne du travail, étaient déjà prévus par le droit français[1433]. Toutefois, la transposition de la directive a permis l'adoption de certaines mesures renforçant la protection des salariés : on songe notamment aux durées minimales de repos[1434] qui n'étaient pas connus du droit français avant la loi du 13 juin 1998[1435], 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 travail[1436].

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 doit 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 travail[1437].

En même temps que le renforcement des droits des salariés, le droit européen a eu un impact considérable sur le regard même que le droit français réservait au temps du travail. En effet, alors que ce dernier appréhendait le temps de travail plutôt comme l'étalon à partir duquel mesurer la valeur du travail, contrepartie du salaire, le

---

[1432] 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.

[1433] Sur la durée maximale quotidienne du travail, v. l'articles L. 212-7, devenu les articles L. 3121-34, L. 3121-35 et L. 3121-36 du Code du Travail.

[1434] V. les articles L. 3121-33, L. 3131-1 et L. 3132-2 du Code du Travail.

[1435] 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.

[1436] Pour une analyse approfondie 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.

[1437] Sur cette question v. *infra*, sous Chapitre II.

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 changement de perception : « 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; qu'il convient, dans ce contexte, de prévoir également un plafond pour la durée de la semaine de travail » énonce la directive de 1993[1438] alors que celle de 2000 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 »[1439]. Ce changement de perception n'est qu'une conséquence de la différence de la manière dont le droit européen traite le travailleur par rapport au droit national. 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 sa santé et sa sécurité. Une protection harmonisée augmenterait ainsi la confiance du travailleur et l'inciterait 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 apporte une modification progressive de la conception consacrée auparavant.

Nous évoquerons, enfin, une illustration concernant le consommateur et plus précisément la réception en droit français de la directive européenne concernant la responsabilité du fait des produits défectueux[1440]. 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 Justice[1441], tant sur le droit de la consommation que sur le régime de la responsabilité civile en général[1442].

[1438] Considérant (8).
[1439] Considérant (5).
[1440] 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.
[1441] CJCE, 25 avril 2002, *Commission c/ France*, aff. C-52/00, *Rec.* I-03827.
[1442] Parmi une bibliographie très abondante en la matière v. notamment 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

La directive constitue une des premières interventions législatives européennes portant sur le consommateur. Elle est en même temps une des premières directives poursuivant une harmonisation « totale » et ne comportant pas de clauses minimales[1443]. Les objectifs de la directive sont clairement affichés : sur la base de la protection tant du fonctionnement du marché que du consommateur[1444], 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 »[1445]. 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. 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. 1er du Code Civil sur la responsabilité du fait

---

communautaire au droit français de la responsabilité civile », *Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1146 ; 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* 1998.I.148 ; 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.*Chron.*291.

[1443] 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.

[1444] 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 ».

[1445] Considérant (4).

des choses – dans le cas d'un dommage provoqué à un tiers ou d'une demande visant le fabriquant[1446]. Il s'agissait d'une position peu favorable au consommateur, étant donné que, dans ce second cas de figure, celui-ci devrait 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 jurisprudence de la Cour de Cassation qui, face au retard du législateur à transposer la directive, a progressivement commencé à mettre le droit français en conformité, en faisant peser sur le vendeur une obligation de sécurité, distincte de la garantie prévue par le droit commun de la vente. Il en découle une responsabilité objective de livrer le bien exempt de tout défaut et correspondant à la sécurité à laquelle le consommateur peut légitimement s'attendre. « Le fabricant est tenu de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens, c'est-à-dire un produit qui offre la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre », énoncent les juges de la Haute juridiction française[1447] avant même la transposition de la directive. Cette notion de l'attente à la quelle on peut légitimement s'attendre, issue de l'article 6 § 1 de la directive[1448] et retrouvée dans la thèse adoptée par la Cour de Cassation, fait effectivement écho à l'établissement de la confiance du consommateur[1449].

La transposition n'a enfin eu lieu qu'en 1998[1450] par l'insertion dans le Code Civil des articles 1386-1 à 1386-18 qui a mis le droit français en conformité avec le droit de l'Union tout en apportant une modification considérable au régime de la responsabilité civile.

[1446] V. entre autres, Jean CALAIS-AULOY & Frank STEINMETZ, *Droit de la consommation*, *op. cit*., not. n° 281-283.

[1447] Cass. Civ. 1ère, 3 mars 1998, Bull. Civ. I, n° 95.

[1448] Cet article dispose qu'«Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances, et notamment: a) de la présentation du produit; b) de l'usage du produit qui peut être raisonnablement attendu; c) du moment de la mise en circulation du produit ».

[1449] Cf. également Elise POILLOT, *Droit européen de la consommatioon et uniformisation du droit des contrats*, *op. cit*., spec. n° 349-357; Hélène AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, *op. cit*., spec. n° 570-587.

[1450] 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.

Paragraphe II : L'instrumentalisation de la protection accordée aux personnes

Si le renforcement de la confiance contractuelle constitue l'une des faces de l'impact du modèle européen du travailleur et du consommateur sur le droit national, force est de remarquer que, dans un second temps, la protection accordée à ces deux acteurs est plutôt dissociée du contexte contractuel pour être finalement instrumentalisée[1451]. Le but visé demeure l'établissement de la confiance du consommateur ou du travailleur ; il ne s'agit cependant 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.

Cette instrumentalisation est, par ailleurs, liée au le caractère fonctionnel de la protection du consommateur et du travailleur. Une des caractéristiques communes du droit de la consommation et du droit du travail, qui a été signalée par la doctrine 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 »[1452]. Le contenu de la norme est ainsi mis au service de l'objectif poursuivi, à savoir, dans le cadre du droit français, la protection du consommateur en tant que partie faible ou du travailleur en tant que subordonné au pouvoir de l'employeur[1453]. 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 treize ans, que « la dimension normative de la règle de droit régresse au profit d'exigences opérationnelles. La loi devient un outil juridique utilisé dans le but d'obtenir un changement sur le plan social ou économique »[1454]. L'intervention du droit européen s'inscrit alors dans ce mouvement en renforçant le caractère fonctionnel de la protection accordée au

---

[1451] 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», *op. cit*..

[1452] Thierry BOURGOIGNIE, *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, n°83.

[1453] V. également en ce sens, Jean CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », *RTD civ.*, 1994, pp. 239-, not. p. 240.

[1454] Natacha SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris, LGDJ, 2000, p. 10.

travailleur et au consommateur. « Le droit communautaire concourt à la fonctionnalisation des notions »[1455] évoque Monsieur Antoine Lyon-Caen.

On observe ainsi une dé-contractualisation de la protection accordée au consommateur et au travailleur. 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'agent du marché (1). 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

Nous l'avons déjà vu[1456], 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 qui sont 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 européen démontre bien qu'il faut du temps pour que la symbiose entre les Etats membres et les institutions européennes et l'avancement de l'intégration européenne permettent de mettre en place un véritable droit commun des contrats. En attendant, les interventions législatives européennes avancent, tant bien que mal, en entrainant une réorientation de la conception que le droit national réservait au consommateur et au travailleur. « 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 du droit privé qui se sont détachées progressivement du droit civil, comme précisément le droit social ou le droit de la consommation. Toutefois le

[1455] 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-1er février 2003*, op.cit., pp. 76-84, not. p. 83.
[1456] Cf. supra, sous Titre II, Partie I, Chapitre I.

droit communautaire est très largement indifférent aux grandes classifications du droit privé. Il ignore le droit civil en tant que tel [...] L'intervention [...] conduit dès lors à un éclatement de la matière, à une remise en cause de son homogénéité, à une balkanisation »[1457].

Nous assistons ainsi à une dé-contractualisation de la protection accordée, dans la mesure où, à cause d'une approche finaliste, 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 »[1458]. Ces propos de Madame Judith Rochfeld, écrits à propos de la protection européenne du consommateur sont également applicables, *mutatis mutandis*, au travailleur.

L'établissement de la confiance demeure au centre de l'influence européenne. Elle 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 »[1459]. Les textes transposant des directives européennes en droit français[1460] sont souvent assez révélateurs de la retranscription de la notion de la confiance en tant que marqueur d'un changement d'orientation. Les textes les plus récents portant sur le droit de la consommation sont les plus illustratifs.

[1457] 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-1er février 2003*, op.cit., pp. 17-38, not. pp. 23-24.

[1458] 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.9, point 9.

[1459] *Idem*, p.9, point 8.

[1460] 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.

Ainsi, la loi n° 2004-575[1461], transposant en droit français la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, 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 »[1462]. Le rapport reflète ainsi la notion de la 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 »[1463]. Si la garantie d'une « protection corollaire du consommateur »[1464] 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 contrat[1465].

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 la loi du 28 janvier 2005[1466] porte l'intitulé très éloquent « De la conso-méfiance à la conso-confiance »[1467] et considère que « rétablir une société de confiance » constitue un objectif primordial. En effet, l'inspiration européenne des conceptions et du

---

[1461] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* n°0143 du 22 juin 2004 page 11168.

[1462] 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.

[1463] Cf. considérant (7) de la directive.

[1464] Philippe STOFFEL-MUNCK, « LCEN. La réforme des contrats du commerce électronique », *Communication Commerce électronique* n° 9, Septembre 2004, étude 30.

[1465] 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* n° 2, Mars 2002, étude 100014.

[1466] **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 page 1648.

[1467] « 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.

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 un peu moins visible dans les textes relatifs au travailleur, notamment parce que l'intégration européenne en la matière est moins avancée et que les interventions législatives touchant au cœur du contrat de travail sont plus rares. Il faudrait, 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 sur le transfert d'entreprises ou la directive 75/129 sur les licenciements collectifs[1468] – l'optique adoptée est avant tout celle de la règlementation 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 »[1469].

[1468] Il est, d'ailleurs, à noter que la Direction Générale Emploi, affaires sociales et inclusion de la Commission Européenne, classifie ces deux directives dans la catégorie « défense des droits des travailleurs », cf. 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 09 septembre 2013).

[1469] 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.

2. Une régression de la protection accordée par 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 pas automatiquement une connotation négative. 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, ou au moins expliquer, en combinaison avec d'autres paramètres[1470], une régression du niveau de protection déjà accordée au niveau national.

On peut ainsi remarquer qu'en dépit d'un niveau de protection du travailleur ou du consommateur souvent plus élevé que celui consacré par le droit européen, le droit français se trouve souvent en inadéquation avec le droit européen. Une des raisons susceptibles d'expliquer ce paradoxe est qu'en dépit du fait que le rapprochement des droits poursuivi par le droit européen doit être fait « dans le progrès »[1471], la protection de la personne et la confiance que le droit européen vise à instiller ne suivent pas la même logique que le droit national.

Il existe dans les deux domaines de dispositions entrainant une régression, plus ou moins importante, de la protection que le droit français réservait au consommateur et au travailleur. On n'en évoquera que quelques-uns à titre d'illustration.

Un des exemples les plus discutés en matière de la protection du travailleur[1472] 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 femmes[1473]. La directive visait à

[1470] 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 Partie II, Titre I, Chapitre II.

[1471] L'insertion des clauses de non régression constitue une des illustrations de cette idée de rapprochement dans le progrès. Cf. *supra*, sous Partie II, Titre I, Chapitre II.

[1472] Cf. sur cette question Nicolas MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français, op. cit.,* not. pp. 156-159. V. également Sophie ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, thèse, PUAM, Aix-Marseille, 1999, not. p. 426 et s.

[1473] 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).

interdire «toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial »[1474]. La Cour de Justice[1475] avait alors considéré que l'interdiction, par l'article L. 213-1 du Code du Travail français[1476], 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 » avait énoncé la Cour[1477].

La Cour a ainsi fait primer la notion de la non discrimination sur une législation protectrice de la femme salariée qui a été jugée comme étant obsolète[1478], alors que pour une partie de la doctrine elle a fait la promotion d'une « égalité formelle au détriment d'une égalité concrète »[1479]. C'est ainsi que tout en affichant comme objectif la protection des salariés on aboutit finalement à une régression par rapport aux droits qui étaient auparavant garantis par le droit national. Comme l'avait remarqué E-S de la Marnière il y a plus de soixante ans « la protection d'intérêts déterminés se retourne bien souvent contre ceux-là même que l'on a voulu protéger et est source pour eux de dommages infiniment plus importantes, plus graves et plus durables »[1480].

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.

[1474] Article 2§1 de la directive.

[1475] CJCE, 25 juillet 1991, *Alfred Stoeckel*, C-345/89, Rec. 1991, I-04047.

[1476] Devenu l'article L. 3122-32 du Code du Travail.

[1477] Cf. point 15 de l'arrêt.

[1478] Sur cette question cf. entre autres Philippe MARTIN, « Le droit social communautaire : droit commun des Etats membres de la Communauté européenne en matière sociale ? », *op. cit*., not. pp. 628-630.

[1479] V. not. Alain SUPIOT, «Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt *Stoeckel*)», *Dr. Soc.* 1992, pp. 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, pp. 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, pp. 204-206 ; Felice MORGENSTERN, « Du particulier au général: les limites du traitement judiciaire des questions de politique sociale », *Revue internationale du travail* 1991, pp. 627-637.

[1480] E-S DE LA MARNIERE, « Les législations de protection », *D*. 1950, p. 93, not. p. 96.

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 »[1481]. 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 part[1482]. 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 »[1483]. Si le législateur « cherche à encourager tout en protégeant »[1484], 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.

La loi du 28 janvier 2005 ci-dessus mentionnée[1485], tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, démontre 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 renoncer[1486]. 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 »[1487]. Le crédit gratuit, à savoir l'échelonnement du paiement sans frais pour le consommateur, est ainsi libéré, en

---

[1481] Natacha SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, op. cit., p. 20.
[1482] Dominique LEGEAIS, « Loi du 28 janvier 2005 de protection des consommateurs », *RTD com.* 2005, p. 398.
[1483] 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, pp. 478-483, not. p. 482.
[1484] Dominique LEGEAIS, « Loi du 28 janvier 2005 de protection des consommateurs », *op. cit.*, p. 398.
[1485] Cf. *supra*, sous paragraphe.
[1486] V. l'article L. 136-1 du Code de la Consommation.
[1487] N° 1141 - Proposition de loi de M. Luc Chatel tendant à redonner confiance au consommateur, disponible sur le site de l'Assemblée Nationale http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1141.asp (consulté le 10 septembre 2013).

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 Rochfeld[1488].

Il ressort ainsi de ces développements que, sous l'influence des conceptions véhiculées par les 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 toujours cacher un risque de régression que le législateur national est amené à gérer.

[1488] 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.

SECTION 2 : LES MODIFICATIONS NON INSTUTIONNALISEES DU DROIT NATIONAL

L'intégration des normes européennes constitue la principale voie d'influence européenne sur le droit national, sans pour autant être la seule. Le droit européen influence les droits nationaux de manière plus indirecte en mettant en place un cadre qui les incite à se rapprocher.

Il devient, en effet, banal de répéter que la symbiose des Etats membres, qu'elle soit politique, économique, culturelle ou juridique, au niveau européen fonctionne 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, dès lorsqu'elles ne suivent pas la voie institutionnelle, sont souvent plus difficilement repérables que les autres. 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. « 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-Caen[1489].

Bien que plus difficilement repérables, notamment faute d'indices et de preuves sur leur origine, ces influences sont souvent visibles et entrainent des modifications du droit national, tant en matière du droit de la consommation qu'en matière du droit du travail. 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*). Il est à préciser que nous nous limiterons, dans le cadre de la présente section, aux modifications d'origine législative, dans la mesure où les influences européennes véhiculées 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 spécifique[1490].

[1489] 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-1er février 2003*, op.cit., pp. 76-84, not. p. 79.

[1490] Cf. *infra*, sous Chapitre 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 l'application 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 norme européenne –mais plutôt à l'occasion de celles-ci– le législateur national peut modifier, de manière spontanée le droit d'un Etat membre. C'est, notamment, le cas des anticipations des normes européennes (1) ainsi que des transpositions *a maxima* des directives[1491] (2).

1. Les anticipations 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, d'une part, tout en le rendant conforme au droit européen à venir, d'autre part. 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 normes européennes à venir ; se constituer un moyen légitime pour aller en quelque sorte « 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 exposerons ci-dessous, à titre d'illustration,

[1491] Sur la transposition maximale des directives dans le cadre de la question plus générale de la place conféré au droit national, cf. *supra*, sous Partie II, Titre I, Chapitre II.

quelques exemples de modifications du droit national effectuées dans le cadre de l'anticipation des normes européennes.

Ainsi, en matière du droit de la consommation, on pourrait évoquer l'exemple de certaines dispositions du projet de loi français relatif à la consommation[1492]. Ce projet qui transpose, entre autres, la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs, crée une liste d'opposition au démarchage téléphonique. Il s'agit alors non seulement de la possibilité pour le consommateur de s'inscrire sur cette liste, interdisant ainsi aux professionnels de le démarcher par voie téléphonique, mais aussi d'imposer des sanctions aux professionnels qui ne respecteront pas cette obligation[1493]. Si cette mesure fait partie du Chapitre du projet de loi dédié essentiellement à la transposition de la directive 2011/83/UE[1494], elle n'est pourtant pas prévue par ladite directive. Elle n'en demeure pas moins d'inspiration européenne : en effet, la création de la liste, établissant un mécanisme d'*opt-out*, est motivée par une anticipation des règles européennes en cours de discussion.

Plus précisément, en 2012, la Commission Européenne a présenté une proposition de Règlement relatif à la protection des données des personnes physiques[1495], qui est actuellement en cours de négociation au Conseil. La proposition de Règlement prévoit, entre autres, un droit d'opposition, par le biais d'un mécanisme d'*opt-out*, au traitement des données à caractère personnel dans le but de les utiliser pour faire du marketing direct[1496]. La mesure proposée par le projet de loi français constitue alors « l'occasion de mettre la législation nationale au diapason »[1497] avec le droit européen en cours de construction. Cette motivation du législateur national est, d'ailleurs, expressément reconnue par l'Etude d'impact accompagnant le projet de loi. Celui-ci anticipe ainsi le contenu du

---

[1492] Projet de loi relatif à la consommation, n° 1015, voté à l'Assemblée Nationale et trasmis au Sénat le 4 juillet 2013 http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl12-725.html (consulté le 10 septembre 2013).
[1493] Articles L. 121-20-1 et L. 121-20-2 du projet de loi.
[1494] Chapitre II, portant l'intitulé quelque peu déconcertant « Améliorer l'information et renforcer les droits contractuels des consommateurs et soutenir la durabilité et la réparabilité des produits ».
[1495] 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), du 25 janvier 2012, COM(2012) 11 final. V. également la communication de la Commission intitulée « Protection de la vie privée dans un monde en réseau. Un cadre européen relatif à la protection des données, adapté aux défis du 21ème siècle » du 25 janvier 2012, COM (2012) 9 final.
[1496] V. article 19 §§ 2 et 3.
[1497] Projet de loi relatif à la consommation, Etude d'Impact, 30 avril 2013, p. 29 disponible sur le site internet de l'Assemblée Nationale http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl1015-ei.asp (consulté le 2 août 2013). Il est, d'ailleurs, à noter que ladite explication fournie par l'Etude d'impact fait partie d'un paragraphe intitulé « Impact sur l'ordre juridique interne/communautaire ».

droit de l'Union, tout en prenant en considération la nature de l'instrument juridique par le biais duquel il sera intégré dans les ordres juridiques nationaux : « s'agissant d'un règlement, il sera directement applicable dans l'ordre juridique interne des Etats membres, si bien qu'il apparait opportun d'en anticiper la mise en œuvre en créant une nouvelle disposition législative nationale allant exactement dans le même sens », remarque l'Etude d'impact[1498].

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 palier les lacunes en ayant recours à la législation sur l'escroquerie ou sur les fraudes[1499]. En 1963, une loi visant le « maintien de la stabilité économique et financière » introduit, entre autres, l'interdiction de « toute publicité faite de mauvaise foi comportant des allégations fausses ou introduisant en erreur»[1500].

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 trompeuse[1501]. Cette volonté est reflétée dans les débats au sein du Parlement européen[1502], les travaux du Comité Economique et Social et enfin dans le programme préliminaire de la Commission pour une politique de protection et d'information des consommateurs[1503], qui classe la réglementation en la matière parmi les actions prioritaires[1504]. Après plusieurs années de travail,

---

[1498] *Idibem*.

[1499] Jean CALAIS-AULOY & Frank STEINMETZ, *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 et s.

[1500] 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.

[1501] 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, pp. 98-, not. p. 104.

[1502] V. notamment le débat de l'Assemblée du 20 septembre 1972.

[1503] 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.

[1504] Cf. notamment 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

une proposition de directive est alors présentée par la Commission en 1978[1505] qui, à cause 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 initiales[1506]. Les règles européennes furent ainsi le fruit d'une « gestation » qui a duré plus de vingt ans[1507].

Toutefois, cette « gestation » a également eu son impact au niveau du droit national. Pendant le temps des discussions au niveau européen et en anticipant l'adoption des règles harmonisées, le législateur français a modifié la loi de 1963, dont l'application avait été jugée décevante[1508], par la loi du 27 décembre 1973, dite loi Royer[1509], mettant en place un délit de publicité trompeuse. En adoptant une définition plus large[1510] et en supprimant des éléments, tels que la mauvaise foi, qui compliquaient la lutte contre la publicité trompeuse, la nouvelle loi vise à palier les lacunes et à renforcer la protection du consommateur[1511]. L'idée de l'anticipation des normes européennes est, d'ailleurs, corroborée par le fait que la France n'a pas pris de mesures de transposition de la directive 84/450/CE. Par conséquent, il a été considéré que le droit national était déjà en conformité avec les

---

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.

[1505] 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.

[1506] La directive 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 afin d'y inclure la publicité comparative.

[1507] Richard WAINWRIGHT, «Use of the comparative law method in european law», *op. cit*., p. 104.

[1508] Jean CALAIS-AULOY & Frank STEINMETZ, *Droit de la consommation*, *op.cit*., n° 128.

[1509] Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, *JO* 30 décembre 1973, p. 14139.

[1510] 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. »

[1511] 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.

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 »[1512].

La modification du 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 règlementés 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 réglementé 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 »[1513].

2. Les transpositions *a maxima* des normes européennes

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 *a minima*[1514], qui font référence aux cas où le législateur national ne fait que le strict minimum pour rendre son droit conforme aux exigences européennes et éviter ainsi les recours en manquement.

[1512] V. le point 2 des conclusions de l'Avocat général de la Cour de Justice, M. Giuseppe Tesauro, dans l'affaire C-373/90, *Rec.* I 140-145, ayant donné lieu à l'arrêt du 16 janvier 1992.
[1513] *Ibidem*. V. également CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83, *Rec.* p. 1891; CJCE 13 novembre 1990, *Marleasing,* aff. C-106/89, *Rec.* I-4135.
[1514] 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 communautaires. Etude à partir de l'exemple du droit d'auteur et des droits voisins*, Paris, Dalloz, 2007, not. n° 173-174.

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. 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 du « non-professionnel » – dans la mesure où cette position du législateur français était bien antérieure à la transposition de la directive 93/13/CE et a simplement été maintenue après la transposition. Nous n'englobons pas non plus les cas où le législateur national a décidé d'appliquer les clauses optionnelles[1515] ou les prescriptions subsidiaires[1516] d'une directive, étant donné qu'il s'agit d'une 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.

[1515] Une telle clause est contenue dans l'article Article 5, § 2, alinéa 1er de la directive 99/44/CE 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» (italics ajoutés).

[1516] 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 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.*, pp. 118-122.

La première hypothèse, à savoir le cas où le législateur attribue à la norme européenne un champ d'application plus large, ne présente pas, *a priori*, de difficultés particulières. 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'Union[1517]. 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 français qui est sous influence européenne ; dans le deuxième cas c'est l'application du droit français qui est sous le contrôle européen[1518].

Tel est, par exemple, le cas de la transposition de la directive 89/391/CEE sur l'obligation de sécurité de l'employeur[1519]. 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 mentale[1520]. La loi n° 2002-73[1521] a ainsi « marqué une première percée du psychologique dans le domaine de la santé au travail »[1522] en modifiant le Code du Travail, dont l'article L. 4121-1, alinéa 1er 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.

La seconde hypothèse, à savoir l'extension par le législateur national du degré de protection accordée au consommateur et au travailleur, peut s'avérer plus compliquée parce qu'elle dépend de la méthode d'harmonisation poursuivie par l'instrument législatif européen et, par voie de conséquence, de la marge de manœuvre que celui-ci accorde au droit national. En effet, en application de ce principe de protection minimale et des clauses de non régression, les Etats membres

---

[1517] Sur cette question ainsi que le rôle du juge national lorsqu'il interprète le droit européen, v. *infra* sous Chapitre II.

[1518] Jean-Pierre PIZZIO, « Droit communautaire de la consommation et droit français de la consommation », *in* Daniel FASCQUELLE & Partick MEUNIER (dir.), *Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000*, La documentation française, Paris, 2002, p. 189.

[1519] 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.

[1520] Sur la question de la transposition de la directive 89/391 en droit des Etats membres v. Loïc LEROUGE, «L'obligation de sécurité de l'employeur en Europe», Revue de droit du travail 2008 pp. 124-.

[1521] Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* du 18 janvier 2002, p.1008.

[1522] Jean MARTINEZ, « Les mouvements d'extension du droit de la santé au travail », *JCP S*, n° 16, 14 Avril 2009, pp. 1170-, not. n° 6-15.

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 travailleur[1523]. 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, 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.

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 minimale[1524]. On songe, à titre indicatif, à l'adoption par les articles L. 121-21 et s. 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 prévue par ladite directive qui prévoit seulement le droit du consommateur de revenir sur sa décision et renoncer au contrat dans un délai de sept jours[1525].

La transposition de la directive 97/80/CE sur le Comite d'entreprise européen[1526] 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

[1523] Sur ces problématiques v. *supra*, sous Partie II, Titre I, Chapitre II.
[1524] V. en ce sens, Aurélie THIERIET-DUQUESNE, «Les limites de l'harmonisation totale», *op. cit*., not. p. 10.
[1525] 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 ».
[1526] Directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.

recours à d'autres instances compétentes[1527]. Se limitant à la discrimination sexuelle[1528], 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 principe de l'égalité de traitement n'a pas été violé[1529]. Lors de la transposition de la directive[1530], le législateur français a saisi l'occasion pour étendre davantage la protection accordée au travailleur. Outre l'adoption d'une notion large de la discrimination[1531], il a inséré dans le Code du Travail un nouvel article L. 122-45-1[1532] pour donner la possibilité aux organisations syndicales d'engager, à la place du travailleur ou du candidat à l'emploi, une procédure à la place du salarié en cas de discrimination. Il s'agit d'un mécanisme qui n'est pas du tout prévu par la directive transposée mais qui a été mis en place à l'occasion de la transposition dans le but d'améliorer le droit national.

[1527] Article premier de la directive.

[1528] Article 2 de la directive.

[1529] Article 4 §1 de la directive, transposé dans l'article L. 122-45 3° du Code du Travail (devenu l'article L. 1134-1).

[1530] Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *JO* n°267 du 17 novembre 2001, p. 18311.

[1531] 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 1er 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. ».

[1532] 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».

Paragraphe II : Les modifications motivées par le contexte européen

Si les modifications du droit national ci-dessus exposées sont produites 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 »[1533].

On pourrait mentionner, à cet égard, les cas où le contexte européen fonctionne comme source d'inspiration des réformes ou des projets de réformes menés au niveau national (1) ; ainsi que celui 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 reformes du droit national

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. Ainsi, à l'occasion des négociations sur la proposition de directive relative aux licenciements collectifs, « la délégation britannique a marqué son accord sur la poursuite des travaux [...]. Elle a fait observer [...] que la législation *britannique*

[1533] 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-1er février 2003*, op.cit., pp. 76-84, not. p. 79.

envisagée s'inspirera de plusieurs suggestions contenues dans la proposition de la Commission »[1534].

La toute récente discussion, qui est toujours en cours en France, autour de la réforme de la législation sur les actions de groupe constitue un bel exemple de modification du droit national inspiré par le contexte européen et, bien évidemment, de droit comparé. Il s'agit, en effet, du projet de loi relatif à la consommation, voté par l'Assemblée Nationale[1535] et actuellement en cours de discussion au Sénat[1536]. Une partie de ce projet remet en discussion la question qui ne cesse de susciter des querelles en France[1537] concernant la défense des intérêts collectifs des consommateurs[1538]. 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 »[1539] le contexte européen, en tant que source d'inspiration, a sans nul doute joué un rôle imporant.

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 consommation[1540]. Elle a ainsi publié un livre vert en 2005[1541] et un livre blanc en

---

[1534] 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 (italics ajoutés).

[1535] Le texte voté par l'Assemblée Nationale le 3 juillet 2013 est disponible sur le site internet http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0176.asp (consulté le 31 août 2013).

[1536] Cf. *supra*, sous.

[1537] 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 ; M. CAPPELLETTI, « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC* 1975, p. 571 ; Francis CABALLERO « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *R.T.D. Civ.* 1985, p. 247 ; Laurence SINOPOLI, « Class actions en France », *Contratto e Impresa/ Europa* n°2/2011, p. 477 ; Serge GUINCHARD, « Une class action à la française ? », *D.* 2005, p. 2180

[1538] Sur cette problématique v. Laurence SINOPOLI, Silvia PIETRINI, Claire DEBOURG et Eva THEOCHARIDI, « Collection des actions et renforcement des effets des décisions » in Laurence SINOPOLI et Ismaël OMARJEE (dir.), *Décisions de justice et dépassement des intérêts individuels*, Dalloz, Paris, (à paraître).

[1539] On pourrait mentionner, pour ne citer que quelques exemples, 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, sans jamais être discuté.

[1540] Pour un exposé des initiatives européennes en la matière v. Jules STRUYCK, « Actions pour les consommateurs, initiatives européennes », 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, pp. 57-68.

[1541] 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.

2008[1542] sur les actions en indemnisation pour violation du droit européen de la concurrence. Visant à « améliorer les conditions juridiques dans lesquelles les 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 »[1543], ceux-ci prévoient des actions collectives permettant de défendre les intérêts des consommateurs. En même temps, un autre livre vert, publié en 2008[1544], 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»[1545]. Le livre blanc a été suivi d'une consultation publique, lancée par la Commission en 2011[1546]. Enfin, la toute récente recommandation de la Commission sur les mécanismes de recours collectifs[1547] 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 fonda- mentaux des parties sont préservés et d'éviter les abus moyennant des garde-fous appropriés »[1548].

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 doctrinales[1549] que législatives, ont ainsi vu le jour en France, comme

---

[1542] 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.
[1543] Point 1.2 du Livre blanc.
[1544] Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs, COM (2008) 794 final du 27 novembre 2008.
[1545] 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.
[1546] Consultation publique de la Commission européenne, intitulée « Vers une approche cohérente en matière de recours collectif », SEC (2011)173 final, du 4 février 2011.
[1547] 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 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.
[1548] Considérant (13) de la Recommandation.
[1549] 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 », *Contrats, Concurrence, Consommation*, 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, pp. 46-48 ;

le colloque organisé en 2005 par la Cour de Cassation et l'association de défense des consommateurs « UFC- Que Choisir » portant sur la réforme du droit français en matière des actions de groupe[1550]. 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 consommateurs, qui porte 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,[1551] le projet de loi comporte 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)[1552]. Ainsi, en dehors de l'ampleur que cette réforme du droit français, en cours de discussion, va finalement avoir, force est de constater que le contexte européen a constitué une source d'inspiration et d'échanges, un déclencheur de modification du droit national, sans passer par la voie institutionnelle d'intégration des normes européennes dans l'ordre juridique national.

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 tout autre dimension. Les modifications apportées au droit français – au-delà de la simple transposition de la directive – sont tellement éloignées, d'un point de vue tant temporel que de contenu, 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.

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.

[1550] 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 15 septembre 2013)

[1551] 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 15 septembre 2013).

[1552] Annexe 1 du projet de loi.

L'influence des réformes menées dans d'autres Etats européens à la même occasion – notamment en Allemagne – a également joué un rôle important.

En effet, la directive 99/44 a suscité de vives discussions, tant au niveau européen, au moment de sa création[1553], 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 obligations[1554]. Il est d'ailleurs significatif qu'après ladite directive, a rebondi la discussion concernant le code civil européen.

L'Allemagne a constitué le premier Etat membre dans lequel cette discussion autour de la directive a abouti à une réforme plus générale du droit des obligations. Si l'idée d'une réforme d'ampleur du droit des obligations allemand remontait à la fin des années 1970, aucune mesure législative d'ampleur importante n'a été prise par le gouvernement allemand jusqu'au début des années 2000[1555]. Au moment de la transposition de la directive 99/44, les autorités allemandes se sont trouvées devant un dilemme: 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)[1556]? 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 »[1557]. Elles ont 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 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

---

[1553] Sur cette question v. supra, sous Partie I, Titre II, Chapitre II.

[1554] Sur cette problématique 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, pp. 333-342.

[1555] 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'européanisation», *Révue européenne de droit de la consommation*, 1/2003, pp. 3-17.

[1556] Sur les arguments pour et contre la *grosse Lösung* v. Claus-Wilhelm CANARIS, « Die Reform des Rechts der Leistungs-störungen », *Juristen Zeitung*, 2001, pp. 499-524., ainsi que Barbara DAUNER-LIEB, « Die geplante Schuldrechtsmodernisierung- Durchbruch oder Schnellschuß?» *JZ*, 2001, pp. 8-18.

[1557] Hans MICKLITZ, «La modernisation du droit des obligations: l'intégration du droit de la consommation et l'européanisation», *op. cit.*, p. 4.

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 des biens aux consommateurs[1558]. Par le biais de cette réforme, le législateur allemand a ainsi manifesté sa volonté de mettre à jour son droit national, d'une part, 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'européanisation du droit privé[1559].

En France, la transposition de la directive a été beaucoup plus controversée. Après près de six ans de débats[1560] et une condamnation du pays en manquement de transposition par la Cour de Justice des Communautés Européennes en 2004[1561], la directive a été transposée *a minima* par voie d'ordonnance en février 2005[1562]. En dehors des questions techniques sur lesquelles portaient les débats[1563], 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

---

[1558] Pour une analyse détaillée de la reforme 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*, Société de Législation comparée, Paris, 2004.

[1559] Reinhard ZIMMERMANN, « Contract Law Reform: The German Experience » *in* Stefan VOGENAUER & Stephen WEATHERILL (dir), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 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, pp. 59-73.

[1560] V. à titre indicatif des controverses, Geneviève VINEY, « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *D.* 2002, Chron. p. 3162 ; « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », *JCP G* 2002, I, p. 158 ; 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, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil », *D.* 2002, Chron. p. 2883, « Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des consommateurs. Article de foi ou réalisme législatif ? » *D.* 2003, Chron., p. 427 ; Patrice JOURDAIN, « Ne pas manquer une occasion de progrès », *D.* 2003, p. 4, Denis MAZEAUD, « La parole est à la défense... », *D.* 2003, Chron., p. 6 ; 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, p. 135 ; 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, p. 183.

[1561] Arrêt de la CJCE du 1er juillet 2004, *Commission c/ France*, aff. C-311/03.

[1562] Il s'agit de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005.

[1563] Cf. 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.

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 »[1564], 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 suscités ne sont pas restés sans suite. Au contraire, ils ont constitué l'occasion d'une réflexion plus profonde sur l'ensemble du droit des obligations, resté pratiquement intouché depuis plus de 200 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 au garde de Sceaux[1565]. Si la loi 17 juin 2008[1566] 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 reforme du régime des obligations et des quasi-contrats publié en 2011[1567].

On peut ainsi légitimement placer ces projets de réforme dans la série des effets de l'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 la 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 »[1568].

2. Le recours au droit comparé

[1564] 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.

[1565] Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code Civil) et du droit de la préscription (articles 2234 à 2281 du Code Civil), déposé au garde de Sceaux le 22 septembre 2005, disponible sur la page internet http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf (consulté le 15 septembre 2013).

[1566] 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

[1567] 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 2013).

[1568] Entretien de Pierre CATALA accordé à Anne-Sophie DECOUX & Caroline SORDET, *JCP G*, n° 39, 28-9-2005, I, p. 170.

Les études de droit comparé constituent un outil auquel le législateur national a de plus en plus recours. Utilisées beaucoup plus rarement pendant les premières décennies de l'existence de l'Union, elles apparaissent de plus en plus 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 Etudes d'impact des différents projets législatifs européens sont rédigées–, force est de constater qu'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.

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-membres[1569]– 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 leurs droits nationaux 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 étrangers[1570].

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

[1569] Sur l'utilisation du droit comparé par les institutions européennes au moment de la création du droit européen v. *supra* sous Partie I, Titre II, Chapitre I.

[1570] V. sur la perméabilité du droit suisse, Pierre TERCIER, « La perméabilité des ordres juridiques » *in* Ouvrage collectif *Perméabilité des ordres juridiques,* Institut Suisse de droit comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1992, p. 12.

pourraient constituer une éventuelle menace pour l'économie du pays, et d'autre part de comprendre comment les autres pays de l'Union traitent certaines questions juridiques et reçoivent les normes européennes.

Le fruit d'une telle démarche comparative est, à titre d'exemple, 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 économique[1571]. Le rapport, qui effectue une 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 »[1572]. 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 en question par rapport à la directive 92/56 du 24 juin 1992 concernant le même sujet. 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* »[1573].

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 tirer des conclusions intéressantes concernant le système français : la disproportion entre la complexité et la longueur de la procédure imposée aux entreprises d'une part, et les garanties offertes aux salariés d'autre part, ou encore l'instabilité juridique, provoquée par les modifications successives des dispositions du Code du Travail sont autant de points qui apparaissent alors plus clairement lorsqu'ils sont examinés à la lumière du droit comparé. Il est à noter que, suite audit rapport, a été adoptée une loi portant relance

[1571] Yves 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.
[1572] Yves CHASSARD (dir.), *op. cit.*, p. 4.
[1573] Yves CHASSARD (dir.), *op. cit.*, p. 9.

de la négociation collective en matière de licenciements collectifs économiques[1574], loi qui est « selon ses promoteurs, habitée d'une rationalité toute communautaire » [1575].

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 » au lieu d'un bradage total de l'identité juridique nationale. C'est une des plus belles illustrations de la « force explosive européenne »[1576]. Elle est, en réalité, tant explosive que créative. On ne doit pas perdre de vue que le rapprochement des droits ne signifie pas forcément unification et que la diversité fait partie de la richesse de notre culture européenne. Ces initiatives comparatives constituent une illustration de la manière dont l'intervention communautaire peut favoriser l'ouverture des droits nationaux et les échanges entre les droits de l'Union Européenne, dans la mesure où l'intervention communautaire devient, même indirectement à travers la démarche comparative, l'occasion d'une meilleure compréhension entre les droits nationaux, et éventuellement de leur amélioration.

1574 Loi 2003-6 du 3 janvier 2003, *JO* du 4 janvier 2003, p. 255.
1575 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-1er février 2003*, op.cit., pp. 76-84, not. p. 79.
1576 Hans MICKLITZ, «La modernisation du droit des obligations: l'intégration du droit de la consommation et l'européanisation», *op. cit.*, p. 14.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

CHAPITRE II : LES ACTEURS DE LA RECEPTION DE L'INFLUENCE EUROPEENNE SUR LE DROIT NATIONAL

274. Le juge et les acteurs de la société civile, acteurs de la réception - Après avoir cerné les principaux axes de l'influence du modèle européen sur la notion du consommateur et du travailleur consacrée par le droit français, il conviendrait de se pencher sur les acteurs qui véhiculent les influences européennes. Nous examinerons à cet égard le rôle des juges, européens et nationaux, ainsi que des acteurs de la société civile[1577]. Si l'action de ces acteurs présente un intérêt tout aussi fondamental que l'action du législateur que nous avons déjà examinée[1578], 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 peuvent concerner majoritairement les domaines ayant fait l'objet d'une intervention européenne, ou 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

---

[1577] 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 vers 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 sur 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, pp. 487-528, not. p. 492. Dans le même ordre d'idées, 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, pp. 377-390, not. pp. 377-378. De son coté, 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, pp. 5-20, not. p. 17.

[1578] V. *supra*, sous Titre II, Chapitre I.

règles harmonisées mais également les 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 presqu'exclusivement nationales »[1579].

Après avoir étudié le rôle des juges, à la fois européens et nationaux, ainsi que de leur dialogue à la réception du modèle européen en droit français et notamment à l'articulation des fonctions économique et protectrice de la confiance du consommateur et du travailleur (*Section* 1), nous évoquerons le rôle des acteurs de la société civile, 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).

[1579]Andreas-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, pp. 9-15, not. p. 9.

SECTION 1 : LE ROLE DES JUGES : L'ARTICULATION DES FONCTIONS ECONOMIQUE ET PROTECTRICE DE LA CONFIANCE DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR

275. Le rôle central du juge, national et européen - Affirmer que les juges, tant européens 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 »[1580]. 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 »[1581].

276. 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 »[1582], expression qui doit sa renommée à Bruno Genevois, alors commissaire du gouvernement, qui l'avait employée dans ses conclusions sur l'arrêt GAJA du Conseil d'Etat[1583] : « A l'échelle de la Communauté

[1580] Robert LECOURT, Allocution inaugurale *in La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire* (ouvrage collectif), 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, pp. 1-4, not. p. 4

[1581] Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leyde, Sijthoff, 1972, p. 89.

[1582] Cf. 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, pp. 17-30 ; *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du Président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 11-28 ; François LICHERE, Laurence POTVIN-SOLIS & Arnaud RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantations ou réalité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

[1583] Conseil d'Etat, Assemblée Plénière, 22 décembre 1978, Ministère de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit, p. 17 *D.* 1979, Jur. p. 161, note Bernard PACTEAU.

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 »[1584]. 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'européanisation du droit national.

277. Cerner le rôle du juge dans l'européanisation du droit national - 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 des plusieurs études, depuis de longues années[1585]. L'intérêt pour le présent travail serait de cerner le rôle de 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 en ce qui concerne le second *(Paragraphe II)*.

[1584] Arnaud HAQUET, « Les conditions du dialogue des juges » *op. cit*, p. 30.
[1585] Pour 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, Université Robert-Schuman, Strasbourg, 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 », *La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire* (ouvrage collectif), *op. cit*., pp. 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

278. 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 traités[1586], il ne fait aucun doute que la Cour influence, par ce biais, les droits nationaux censés appliquer le droit européen en en suivant les interprétations[1587]. 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 plus indirecte: il s'agit de l'encadrement du droit national, dans le cadre du renvoi préjudiciel.

Le mécanisme du renvoi préjudiciel constitue, selon la formulation de la Cour elle-même, « 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 »[1588]. Ce faisant, la Cour participe à un processus d' « échanges interprétatifs »[1589] qui dépasse le cadre du litige concerné par la question préjudicielle.

[1586] Selon l'article 19 al. 2 TUE la Cour «assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités ».

[1587] Cf. également Josse MERTENS, « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire », *CDE* 1976, n°2-3, pp. 135-148, not. p. 148 : « Dans la mesure où la jurisprudence est créatrice du droit, il [le juge européen] contribue à l'élaboration des modèles de relations nouvelles entre les hommes et les Etats 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, pp. 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* ».

[1588] CJCE, 26 janvier 1990, Aff. C-286/88, *Falciola Angelo SpA et Comune di Pavia*, *Rec.* I : 191, point 7. Cf. également Jacques PERTEK, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, Bruylant, 2013, not. p. 30

[1589] 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 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*., pp. 11-28, not. p. 14.

279. 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 membres[1590]. L'autonomie procédurale des Etats membres régit, depuis les fameux arrêts *Rewe* et *Comet*[1591], 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 »[1592]. 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 nationaux[1593].

Or, dans le présent chapitre, la notion de l'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 des 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 des clauses abusives, se situent en dehors des compétences du droit européen. On retrouve alors la notion de l'encadrement du droit national au sens stricte, 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 l'utilisation du terme « encadrement » dans un sens plus générique.

[1590] 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, Université Jean Moulin- Lyon 3, Lyon 1996

[1591] 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.

[1592] 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.

[1593] 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, pp. 75-102.

280. Le juge européen nourrissant 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 dans 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 « point normatif entre le droit communautaire et les droits nationaux »[1594]. 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 base, en l'absence de dispositions de droit dérivé, sur le droit primaire (2).

1. L'intervention du juge européen fondée sur le droit dérivé[1595]

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 suite à 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. Les illustrations de l'encadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres (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).

[1594] 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, pp. 241-266, not. p. 245.

[1595] Dans certains cas, la Cour corrobore les fondements de droit dérivé avec ceux de droit primaire (cf. par exemple les arrêts sur l'égalité de traitement). Néanmoins, ces questions seront abordées ici, dans la mesure où il existe une règle de droit dérivé qui est examinée prioritairement aux règles de droit primaire, suivant le principe de *lex specialis*.

a. L'encadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres

281. 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 garantis, qui demeurent ainsi sous compétence nationale. Toutefois, la Cour de Justice intervient pour encadrer ses règles de procédure nationale, bien qu'elles ne soient pas directement contraires au droit européen, dans le but de garantir les objectifs poursuivis par ce dernier.

Suite aux principes posés par les arrêts *Rewe* et *Comet* 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 »[1596], afin de vérifier si la disposition procédurale nationale peut être justifiée.

282. La possibilité donnée au juge national de relever d'office des moyens tirés de la violation du droit de l'Union - La possibilité donnée au juge national de relever d'office des moyens tirés de la violation du droit de l'Union fut une des premières déclinaisons de cette évolution jurisprudentielle. La Cour a 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 »[1597] avant de faire l'écartement de la disposition nationale une obligation pour le juge national[1598].

283. La protection du consommateur: l'arrêt Océano grupo - En ce qui concerne le consommateur, l'arrêt de référence qui a marqué l'évolution de la

[1596] CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS c/ Etat belge*, Aff. C-312/93, *Rec.* I-04599.
[1597] CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck, op. cit.,* point 21.
[1598] Sur cette question v. Marjolaine ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, *op. cit*., not. §§ 183-186.

position de la Cour en la matière fut sans nul doute *Océano grupo*[1599]. Dans le cadre de l'application de la directive 93/13/CE sur les clauses abusives, la Cour de Justice est 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 »[1600]. 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 soumise[1601]. La conséquence juridique en l'espèce serait que 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 le caractère abusif d'office ; 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.

284. Le prolongement de l'arrêt Océano grupo: la jurisprudence postérieure - 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*[1602]. Toujours en lien avec l'application de la directive sur les clauses abusives,

---

1599 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.

1600 *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).

1601 CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA, op. cit.*, point 29.

1602 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

la question préjudicielle posée par le Tribunal d'Instance de Vienne porte sur la compatibilité du délai de forclusion de deux ans prévu à l'époque[1603] par l'article L. 311-37 du code de la consommation[1604] –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 directive[1605]. Par conséquent, la question porte sur la possibilité pour le juge national de soulever 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 général[1606], 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 auxquels les consommateurs sont défendeurs, l'application de la protection que la directive entend leur conférer »[1607].

285. Une protection juridictionnelle du consommateur européen - En dépit de certaines réactions doctrinales suscitées par cet arrêt[1608], qui critiquaient notamment, non sans raisons, une immixtion trop importante de la Cour de Justice à l'autonomie procédurale des Etats membres et une motivation quelque peu superflue, force est de constater que la jurisprudence européenne concernant l'office du juge dans les litiges impliquant le consommateur[1609] renforce la protection accordée à ce

---

« clauses abusives » ! » *D.,* 2003, pp. 486-490 ; *JCP G* 2003 II. 10082, p. 927, note Gilles PAISANT ; *RTD com*. 2003, p. 345, obs. Dominique LEGEAIS.

[1603] 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).

[1604] 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. pp. 489-490.

[1605] 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.

[1606] V. Conclusions de l'Avocat général Antonio TIZZANO, présentées le 18 avril 2002, où il est notamment expliqué que la règlementation nationale fait obstacle au principe de l'effectivité mis en place par la jurisprudence de la Cour (cf. not. p. 59).

[1607] CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis SA, op. cit.,* point 36..

[1608] V. par ex. Cyril NOURISSAT, « Droit communautaire et forclusion biennale : l'étrange effet utile de l'esprit de la directive « clauses abusives » ! », *op.cit*.,

[1609] V. également les arrêts postérieurs qui corroborent ces positions, en allant jusqu'à consacrer une obligation, et non plus une faculté, pour le juge national de relever d'office les violations du droit de l'Union, notamment en matière des clauses compromissoires. Cf. 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 Győrfi*, 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.

dernier[1610]. On pourrait même parler de construction d' « droit communautaire de la protection juridictionnelle du consommateur»[1611] 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 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-Brouillard[1612]. Cela ne signifie pas pour autant que la fin de la protection du consommateur justifie tous les moyens juridiques pour y parvenir et 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.

286. Une application par analogie aux litiges impliquant le travailleur? - On pourrait, d'ailleurs, suggérer 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 comparabilité des modèles des deux acteurs en droit européen pourrait amener à étendre certaines dispositions ou mécanismes protecteurs du consommateur au travailleur.[1613] Cela pourrait, à titre d'exemple, trouver une application en matière de règles de conflits de lois mises en place par la Convention de Rome[1614] et le Règlement dit Rome I[1615]. La conséquence pratique serait l'obligation du juge de relever d'office la règle de conflit des lois mise en place respectivement par les articles 6[1616] et de la Convention et 8[1617] du Règlement. Le

---

[1610] V. en ce sens Carole AUBERT DE VINCELLES, «Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », *RTD eur.* 2012 pp. 666-679.

[1611] 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, éd. Bruylant, 1998, pp. 287-304.

[1612] Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.,* pp. 5-6.

[1613] Cf. *supra*, sous Partie II, Titre I, Chapitre I.

[1614] Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

[1615] Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

[1616] 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

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.

287. 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. Un des exemples les plus éloquents ayant marqué la protection du travailleur en droit français est sans doute le système probatoire en matière de discrimination sexuelle[1618]. En effet, avant l'adoption de la directive 97/80/CE[1619], l'instrument européen applicable était la directive sur l'égalité des rémunérations[1620] quine 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 ».

---

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 ».

[1617] 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 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 ».

[1618] Pour une présentation générale v. Marie-Thérèse LANQUETIN, « La preuve de la discrimination : l'apport du droit communautaire », *Dr. soc.* 1995, pp. 435-441.

[1619] **Directive 97/80/CE du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe.**

[1620] 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.

288. Déplacement de la charge de la preuve sur le fondement de l'efficacité du principe d'égalité - Dans un arrêt de 1989[1621], la Cour de Justice, en se fondant à nouveau sur l'efficacité du principe de l'égalité des rémunérations garanti par la directive[1622], 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 »[1623]. Le juge établit ainsi une sorte de « présomption de discrimination »[1624] 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.

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 dérivé[1625], avant l'adoption d'un instrument juridique consacrant expressément des règles déterminant la charge de la preuve[1626]. D'ailleurs, 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,

---

[1621] CJCE, 17 octobre 1989, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, Aff. 109/88, *Rec.* 3199.

[1622] Idem, not. le 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 ».

[1623] *Idem*, point 16.

[1624] Expression utilisée par l'Avocat général M. Carl OTTO LENZ dans ses conclusions sur l'arrêt *Danfoss*, présentées le 31 mai 1989 (point 39).

[1625] 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 (ancien article 119 CEE). 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).

[1626] 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.

voire en allant au-delà du champ d'application de celle-ci[1627], avant même l'adoption de mesures législatives[1628].

b. Des définitions précisées

289. 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 constater[1629], aux termes qu'il emploi une signification qui lui est propre et qui peut amener à des frictions avec le droit national.

La définition du consommateur et du travailleur 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 fût la plus patente.

290. La définition du consommateur - Toutefois, la définition de la notion 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 2014[1630], d'une définition du consommateur, cette tâche était principalement confiée à la jurisprudence[1631]. Par ailleurs, l'œuvre du juge national devenait davantage compliquée à cause de l'imprécision des dispositions légales faisant, notamment, apparaître dans certains cas[1632] la notion du non-professionnel[1633] à côté de celle du consommateur. De son coté, le droit européen ne prévoyait pas, non plus, 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

[1627] Sur ces questions v. *infra*, sous Section I, Paragraphe II.
[1628] Cf. la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations (*JORF* n° 267 du 17 novembre 2001, p. 18311) et transposant en droit français la directive 97/80.
[1629] Cf. *supra*, sous Partie II, Titre I, Chapitre I.
[1630] Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JORF* 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.
[1631] Sur la notion du consommateur consacrée par le droit français avant la réception du droit européen, v. *supra* sous Partie I, Titre I, Chapitre II.
[1632] V. notamment la loi « Scrivener » n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur les clauses abusives.
[1633] Sur les délimitations de cette notion, qui n'est toujours pas définie par le législateur v. Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.,* not. pp. 112-116.

juges, européen et français, qui n'ont pas toujours partagé les mêmes points de vue. On dirait, afin de schématiser, qu'alors que la Cour de Cassation consacrait une vision extensive du consommateur, la Cour de Justice était beaucoup plus restrictive. 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 ; surtout, d'autre part, sur l'application des dispositions protectrices du consommateur aux professionnels agissant en dehors de leur domaine de compétence.

291. Les personnes morales en tant que consommateurs - En ce qui concerne les personnes morales et alors que la Cour de Cassation les faisait bénéficier de la protection accordée aux consommateurs[1634], un arrêt rendu par la Cour de Justice en 2001[1635] a suscité des débats, pas toujours justifiés. Dans le cadre de l'interprétation de la directive 93/13/CE sur les clauses abusives, le juge européen s'est penché, à la demande d'une juridiction italienne, sur l'étendue de la notion du consommateur et l'éventuelle application des règles protectrices de la directive sur une personne morale. Sans grande surprise et se fondant sur la lettre de l'article 2 b) de la directive[1636] 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'apparente[1637], dans la mesure où, en présence d'une directive d'harmonisation minimale, les Etats membres peuvent adopter ou conserver des mesures législatives garantissant un niveau de protection plus élevée que celui garanti par la directive ou

---

[1634] Cf. 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, pp. 89-115, not. pp. 101-103.

[1635] 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.

[1636] 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».

[1637] V. en ce sens Augustin BOUJEKA, «Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français», *D*. 2005 pp. 1948-1952 ; Monique LUBY, «Notion de consommateur: ne vous arrêtez pas à l'apparence», *CCC*, 2002, chron, n°14, p. 4-6.

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 jurisprudentielle[1638].

Afin de se mettre au diapason de la jurisprudence européenne – ou en tout cas faire « mine de la respecter »[1639] – 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 angles[1640]. Se prononçant sur la qualification d'une clause insérée dans un contrat de location avec option d'achat 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'était pas 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 même[1641].

292. 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 de contrats avec

---

[1638] Jean-Pierre PIZZIO, obs. sous CJCE, 22 novembre 2001, *D.* 2002, *op. cit*., not. p. 2930.

[1639] Yves PICOD, «Notion de consommateur : le critère du rapport direct appliqué à une association », *D.* 2006, pp. 238-240, not. p. 238.

[1640] Cass. Civ. 1ère, 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.

[1641] Cf. cependant, le tempérament opéré par l'arrêt de la 1ère Chambre Civile, 11 décembre 2008 (inédit), fondé principalement sur le critère du rapport direct avec l'activité professionnelle. Sur ce point, v. Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.,* not. pp. 139-140.

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*[1642], 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 domicile[1643] 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, correspondant aux deux questions posées par la juridiction nationale. Dans un premier temps, le juge européen cherche à identifier le critère déterminant si une personne est couverte par la protection garantie par la directive. Il estime que ce dernier « 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 »[1644]. En l'appliquant aux faits en 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 personnelles[1645]. Il ne peut, par conséquent, être protégé par la directive en tant que consommateur[1646].

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 minimale contenue dans l'article 8 de la directive[1647] : « la directive ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale sur le démarchage étende

[1642] CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, Aff. C-361/89, *Rec.* I-01189. Refs?????
[1643] Loi n° 72-1137, du 22 décembre 1972, relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.
[1644] CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, *op. cit.,* point 15.
[1645] CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, *op. cit.,* points 16 et 18.
[1646] CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, *op. cit.,* point 19.
[1647] 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 ».

la protection qu'elle établit à des commerçants, lorsque ceux-ci accomplissent des actes en vue de la vente de leur fonds de commerce »[1648].

Si, de prime abord, l'influence de cet arrêt sur le droit français était alors limitée, grâce au caractère minimal de l'harmonisation opérée, on retrouve ses traces dans un revirement opéré par la Cour de Cassation presque quatre ans après[1649]. 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 »[1650]. Par l'arrêt de 1995, un nouveau critère, inspiré fortement de la jurisprudence *Di Pinto* de la Cour de Justice, fit son apparition: il s'agit du critère du rapport direct du contrat conclu avec l'activité professionnelle du contractant. La résonnance du raisonnement mis en place par le juge européen, se référant au « le lien qui unit les transactions faisant l'objet du démarchage à l'activité professionnelle du commerçant »[1651] ainsi que par le législateur européen[1652], est plus qu'apparente.

L'utilisation de ce critère fait désormais partie de la jurisprudence constante[1653], en dehors de quelques nuances apportées pour les personnes morales[1654]. 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 »[1655].

293. Définition du travailleur - Contrairement à la définition du consommateur, la réception de celle du travailleur en droit français n'a pas suscité autant de polémiques, en dépit de certaines zones d'ombre[1656]. C'est encore une fois

---

[1648] CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, *op. cit.,* point 23.
[1649] Cass. Civ. 1ère, 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.
[1650] Cf. *supra*, sous Partie I, Titre I, Chapitre II. Cf. aussi Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.,* not. pp. 119-123.
[1651] CJCE, 14 mars 1991, *Patrice Di Pinto*, *op. cit.,* point 15.
[1652] Cf. l'article 2 b) de la directive 93/13/CE sur les clauses abusives, dont la protection est réservé au consommateur « personnes physiques qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».
[1653] Sur ce point, v. Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.,* not. pp. 139-140.
[1654] Cf. l'arrêt de la 1ère Chambre Civile, 11 décembre 2008, *op. cit*.
[1655] Sur les apports de la nouvelle loi v. Carole AUBERT DE VINCELLES & Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur», *D.* 2014, p. 880-884.
[1656] Pour un aperçu général de la question v. parmi d'autres Philippe COURSIER, « La notion de travailleur salarié en droit social communautaire », *Droit soc.* 2003 pp. 305-311.

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 matière[1657]. 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 contexte et à la lumière des objectifs du traité ». Nous ne nous limiterons qu'à retracer les traits dominants du relief.

294. La caractéristique essentielle de la relation du travail - En effet, depuis l'arrêt de principe *Lawrie Blum*[1658], le juge européen ne fait qu'affiner les contours de la notion du 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 européen[1659]. Dans cet arrêt de principe, après avoir indiqué la nécessité d'une « portée communautaire »[1660] de la notion du travailleur qui ne varie pas au gré des droits nationaux, et précisé que cette dernière doit être extensive[1661], 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

---

[1657] CJCE 23 mars 1982, *D.M. Levin c/ Secrétaire d'État à la justice*, Aff. 53/81, *Rec.* 01035, point 9.

[1658] 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.

[1659] 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 à cause de la perméabilité du droit européen ainsi que des passerelles notionelles entre en droit international privé européen et en droit européen substantiel, en matière de la définition du travailleur.

[1660] 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 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).

[1661] CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum, op. cit.,* point 16. Sur l'interprétation extensive de la notion du travailleur v. également l'arrêt *Levin*, CJCE 23 mars 1982, *D.M. Levin c/ Secrétaire d'État à la justice*, *op. cit.*.

rémunération »[1662]. 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 maitresse de la conception interne du contrat de travail : le lien de subordination[1663].

295. L'élargissement de la notion du travailleur - Au fil des années, les réponses du juge européen à d'autres questions relatives qui lui ont été posées ont complété la définition initialement dressée. La Cour a ainsi du se prononcer sur l'interprétation du terme « travail » visant, selon elle, « toute prestation de travail, salariée ou non salariée »[1664], sur la notion de la « prestation caractéristique » du contrat de travail[1665] ou encore sur la notion de l'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 également les stagiaires[1666], les sportifs[1667] ou encore les personnes à la recherche d'un emploi[1668]. Cette évolution de la définition correspond en réalité à l'autonomisation du modèle européen du travailleur par rapport aux objectifs exclusivement rattachés au libre fonctionnement du marché[1669] ; elle est en même temps illustrative de l'appropriation par le droit européen des notions puisées dans

---

[1662] CJCE, 3 juillet 1986, *Deborah Lawrie-Blum, op. cit.,* point 17.

[1663] Cf. *supra*, sous Partie I, Titre I, Chapitre I.

[1664] Dans le cadre de l'interprétation de l'article 14bis du Règlement 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.

[1665] CJCE, 26 mai 1982, *Roger Ivenel c/ Helmut Schwab*, Aff. 133/81, *Rec.* 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 ».

[1666] 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 ».

[1667] 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 ».

[1668] 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».

[1669] Sur cette évolution v. *supra*, sous Partie II, Titre I, Chapitre I.

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 des définitions qui lui sont propres et qui influenceront, à leur tour, le droit national.

296. La définition de la notion de congés payés- En dehors des définitions 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 la protection du travailleur, Cour de Justice a été invitée à encadrer à plusieurs reprises les contours de la notion des congés payés, notamment dans le cadre de l'interprétation de la directive 93/104/CE sur le temps de travail, telle que modifiée par la directive 2003/88/CE. Ces interprétations ont eu, par la suite, des retombées sur la jurisprudence de la Cour de Cassation. La question portant sur la notion des congés annuels a été posée sous différents angles à la Cour de Justice. On se focalisera sur la nature des congés annuels ainsi que sur les modalités chronologiques permettant d'articuler les congés annuels avec d'autres types de congés, notamment les congés maladie ou maternité[1670].

297. La nature du congé annuel – le repos effectif - Dans un premier temps, le juge européen a du 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 qu'il 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 »[1671]. Plusieurs conséquences découlent de ce principe : l'interdiction de la subordination de ce droit à une période de travail effectif minimale[1672] ou l'interdiction du remplacement des jours de congé non utilisés par le salarié par une indemnité financière[1673]. Il en résulte également que lorsque le salarié

[1670] 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, pp. 893-901.
[1671] 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, not. points 43 et 44; *D.* 2002, p.444, note Jean-Louis CLERGERIE.
[1672] *Ibidem*. Cf. 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*; Revue de droit du travail* 2012 p. 371, obs. Marc VERICEL.
[1673] 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.

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 au repos du travailleur 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 »[1674]. De la même manière, la finalité différente du congé maladie –qui est celle du rétablissement du salarié de sa maladie– justifie qu'en cas de coïncidence entre le congé annuel et le congé maladie, le salarié puisse bénéficier effectivement de ce dernier à une période ultérieure, après la date de reprise de travail ou être indemnisé[1675].

298. L'articulation des congés annuels et les 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 Cassation[1676]. Il a été ainsi accepté que le salarié peut bénéficier d'un report de ces congés annuels en cas d'arrêt maternité[1677], maladie[1678] ou accident de travail[1679]. 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 Justice[1680]. 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

---

1674 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.

1675 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 VERICEL.

1676 V. Yves CHALARON, «Congés payés annuels», *Répertoire de droit du travail*, mai 2005 (mise à jour juin 2014), not. §§ 120-153.

1677 Cass. Soc. 2 juin 2004, *Bull. V*, n° 161: «les congés annuels doivent être pris au cours d'une période distincte du congé de maternité».

1678 Cass. Soc. 24 février 2009, *Bull. 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».

1679 Cass. Soc. 27 septembre 2007, *Bull. V*, n° 147; Cass. Soc. 16 février 2012, *Bull. V*, n° 75.

1680 Jean-Philippe LHERNOULD, «L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », *op. cit.* 2010, not. pp.

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 »[1681]. Pourtant, cette différenciation ne paraît pas compatible avec l'interprétation du juge européen et la nature du congé annuel en tant que droit social.

299. La définition de la notion du transfert d'entreprise – le transfert d'une activité de services - Enfin, l'interprétation de la notion du 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 national[1682]. 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/CEE[1683], 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 du travail, connu du droit français depuis 1928, a ainsi pu être exporté vers le droit communautaire »[1684] 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 »[1685]. Le point le plus important du débat, qui a duré tout au long les années 1980, portait sur le champ d'application de l'article L. 122-12 al. 2 du Code de Travail[1686], notamment dans le cas où le transfert ne concernerait sur une activité de services. La Cour de Cassation exigeait pendant longtemps un lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur afin de qualifier le

[1681] Cass. Soc., 4 décembre 1996, *Bull. V*, n° 420.
[1682] Pour une présentation générale de l'historique de la question v. parmi d'autres Stéphane DARMAISIN, « Le concept de transfert d'entreprise », *Droit Soc.* 1999, pp. 343-350.
[1683] Directive 77/187/CEE du Conseil, 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 Cf. également *supra*, sous Partie II, Titre II, Chapitre I.
[1684] 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.*, pp. 20 et 21.
[1685] *Idem*, p. 18.
[1686] Devenu l'article L. 1224-1 du Code du Travail et 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 ».

transfert d'entreprise et, par conséquent, d'appliquer l'article L. 122-12 al. 2[1687] excluant 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.

Néanmoins, la Cour de Justice a mis en question cette exigence dans l'arrêt *Tellerup*[1688]. S'appuyant sur la finalité de la directive et en considérant la relation tripartite entre le travailleur, l'employeur principal et le prestataire dans sa globalité, elle estime que la notion du transfert issue de la directive englobe également ces cas de figure. Le transfert est alors effectué en deux temps : d'abord du prestataire initial à l'employeur principal et ensuite de ce dernier au nouveau prestataire[1689].

Au terme d'une longue polémique, les trois arrêts de la Cour de Cassation du 16 mars 1990[1690], rendus sur le double visa de l'article L. 122-12 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 », ce qui a permis à certains auteurs d'affirmer que « la Cour de Cassation s'est en définitive mise au diapason de la jurisprudence de Luxembourg »[1691].

300. 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'activité[1692], objet du transfert, se focalisant notamment au sujet du maintien de l'identité économique de l'entreprise en tant que critère de l'application des dispositions de la directive[1693]. La Cour de Justice a donné l'impression de résoudre la question dans

---

[1687] V. par exemple les arrêts Cass. Soc., 12 juin 1986, *Bull. V*, p. 229 ; *Dr. soc.* 1986, p. 1, note Gérard COUTURIER ; Cass. Soc., 7 novembre 1989 (inédit) ; 23 octobre 1980, *Bull. V*, n° 763, 30 mai 1979, *Bull. V*, n° 476 et 13 juillet 1993 (inédit).

[1688] CJCE, 10 fév. 1988, *Tellerup c/ Daddy's Dance Hall*, Aff. C-324/86 ; *RTD eur.* 1988, p. 715, note Pierre RODIERE ; *Droit soc.* 1988, p. 455, note Gérard COUTURIER.

[1689] V. notamment les points 9 et 10 de l'arrêt.

[1690] Cass. Ass. Plén., 16 mars 1990, *RJS* 1990, n° 281 ; conclusions Henri DONTENWILLE, p. 206 et chron. Jean DEPREZ, p. 199. Cf. également les arrêts postérieurs Cass. Soc., 28 mars 2006 *Bull. V*, n° 124 ; 23 novembre 2005, *Bull. V*, n° 339 ; 14 décembre 2004, *Bull. V*, n° 331, *Dr. soc.* 2005, p. 229, obs. Antoine MAZEAUD ; 17 décembre 2003, *Bull. V*, n° 318.

[1691] 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., pp. 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, pp. 363-373, not. pp. 366-367.

[1692] Sur la notion de l'entreprise v. Sylvie HENNION-MOREAU, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Droit soc*. 2001 pp. 957-966.

[1693] Stéphane DARMAISIN, « Le concept de transfert d'entreprise », *op. cit*. not. p.

l'arrêt *Schmidt*[1694] 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 clos[1695] sans compter les zones de frictions qui demeurent concernant la conception des activités administratives écartées du champ d'application de la directive[1696].

301. Un impact sur la conception même du contrat de travail? - En tout état de cause, il ne fait aucun doute que la définition des termes de la directive par la jurisprudence de la Cour de Justice a eu un impact considérable sur le droit français. Le juge européen considère que « la relation de travail est essentiellement caractérisée par le lien qui existe entre le travailleur et la partie de l'entreprise à laquelle il est affecté pour exercer sa tâche »[1697]. Ainsi, au-delà des problématiques de la réception des notions de la directive, il est question de savoir si cette position n'a pas un impact sur la conception même du contrat de travail consacrée par le droit français. Stéphane Darmaisin conclut ainsi que la Cour contribue « à faire du contrat de travail un « contrat conclu avec l'activité » et non avec l'employeur : en faisant jouer la directive de 1977 dans des hypothèses pour lesquelles seule l'activité était transférée, elle a incidemment revisité le dogme du contrat de travail unissant l'employeur et le salarié »[1698].

c. Le contrôle de marge de manœuvre des Etats membres

302. 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

---

[1694] CJCE 14 avril 1994, *Christel Schmidt c/ Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, Aff. C-392/92, *Rec.* I-1259.

[1695] V. notamment les arrêts de la Cour de Justice du 26 septembre 2000, *Didier Mayeur c/ Association Promotion de l'information messine (APIM)*, Aff. C-175/99, *Rec.* I-07755, *Dr. soc.* 2002, p. 1013, note Antoine MAZEAUD ainsi que du 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.

[1696] 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, pp. 799-.

[1697] CJCE 14 avril 1994, *Christel Schmidt c/ Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, op. cit., point 13 ; CJCE, 7 février 1985, A*rie Botzen e.a. c/ Rotterdamsche Droogdok Maatschappij BV*, Aff. C-186/83, *Rec.* 00249, point 15.

[1698] Stéphane DARMAISIN, « Le concept de transfert d'entreprise », *op. cit*. not. p..

directives[1699], une des tâches principales auxquelles se livre du juge européen constitue l'encadrement de la latitude laissée aux Etats membres, notamment par les directives mettant en place des règles d'harmonisation minimale[1700]. 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 des juges européens 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 seront[1701] ; nous examinerons ici trois exemples issus de la protection du travailleur qui se prêtent à une réflexion plus générale sur les interactions du droit européen et du droit national et, partant, sur l'européanisation de ce dernier.

303. Le recours aux contrats à durée déterminée – les raisons objectives - L'intervention de la Cour de Justice pour encadrer la marge de manœuvre des Etats membres lorsqu'ils 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 que 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 des Etats membres de prévoir, entre autres, des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats[1702]. L'interprétation du juge européen porte précisément sur cette notion de « raisons objectives »[1703]. Le juge européen s'est prononcé par une série d'arrêts portant sur

---

[1699] Cf. *supra*, sous Titre II, Partie I, Ch. I.

[1700] Cf. *supra*, sous Titre II, Partie I, Ch. II. Les problématiques de l'harmonisation maximale ainsi que leur conséquences sur le niveau de protection accordée par le droit français étant déjà évoquées (Cf. *supra*, sous Titre II, Partie I, Ch. II), les interventions de la Cour de Justice ne seront pas à nouveau examinées. En effet, la technique de l'harmonisation maximale est telle qu'elle ne laisse par nature 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.

[1701] Cf. *infra* sous Section I, Paragraphe II

[1702] Clause 5 §1a) de l'accord-cadre.

[1703] Cette notion est également utilisée par la directive 97/81/CE sur le travail à temps partiel, telle que modifiée par la directive 98/23/CE (clause 4 de l'accord-cadre qui figure en annexe de la directive). 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. Cf. CJUE, 22 avril 2010, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c/ Land Tirol*, Aff. C-

les contrats à durée déterminée dans le secteur public grec[1704]. 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 »[1705], il interprète la notion des 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 État membre »[1706]. 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 règlementaire. La Cour a par la suite affiné sa position en considérant que, même lorsque des besoins spécifiques sont invoqués par l'Etat, le recours aux contrats à durée déterminée successifs était abusif, dès lors qu'en réalité les contrats à durée déterminée couvrent des besoins qui ont un caractère permanent et durable[1707].

En dépit du fait que ces arrêts ne concernaient pas directement le droit français, ils ont eu une écho sur la jurisprudence de la Cour de Cassation. En effet, avant l'arrêt *Adeneler* précité, la Chambre Sociale[1708] 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 question[1709]. Suite aux arrêts rendus par la Cour de Justice, le juge

---

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.

[1704] V. 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), pp. 38-39.

[1705] CJCE, 4 juillet 2006, *Konstantinos Adeneler e.a. c/ Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, Aff. C-212/04, *Rec.* I-06057, point 62.

[1706] *Idem*, points 69 et 70.

[1707] 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.

[1708] Cf. à titre d'exemple Cass. Soc., 26 novembre 2003, *Bull. V*, n° 298.

[1709] 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. 5

national a rapidement mis le droit national en conformité[1710] avec le droit de l'Union[1711]. 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 des raisons objectives, « qui s'entendent de l'existence d'éléments concrets établissant le caractère par nature temporaire de l'emploi ». Sur ce fondement, et 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.

304. Egalité de traitement - 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 travailleur[1712]. Hormis l'action législative qu'elles ont pu engendrer[1713], 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 les exemples des discriminations en raison de l'âge[1714] ainsi que, de manière plus générale, sur les actions positives.

305. Discriminations fondées sur l'âge du travailleur - En effet, il résulte des articles 1[1715] et 3§1[1716] la directive 2000/78/CE[1717] que les discriminations

---

1710 Sur l'obligation d'interprétation conforme du droit national, v. *infra* sous Paragraphe II.

1711 Cass. Soc., 23 janvier 2008, *Bull. V*, n° 298.

1712 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 droit du travail: législation française et droit communautaire*, Centre de documentation et de recherche européennes, 1990.

1713 Cf. *supra*, sous Titre II, Partie II, Ch. I.

1714 Pour une analyse générale v. Yann LEROY, « Age du salarié », *Répertoire du droit de travail* 2013, not. §§ 1-69.

1715 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 ».

1716 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

fondées sur l'âge du travailleur sont interdites tant au moment de la conclusion qu'au moment de la rupture du contrat du travail[1718]. 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 retraite[1719], c'est notamment dans le domaine des justifications que l'apport de sa jurisprudence sur le droit français est le plus perceptible.

306. Un principe général du droit européen - Dans un premier temps, les juges européens ont, dans un arrêt très commenté[1720] et très controversé[1721], érigé la non-discrimination en raison de l'âge en principe général du droit de l'Union[1722]. Par sa jurisprudence postérieure, la Cour a fondé ledit principe sur la Charte des droits

---

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 ».

[1717] 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.

[1718] 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.

[1719] Cf. 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).

[1720] 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, pp. 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.

[1721] L'arrêt a été critiqué, notamment à cause de l'interventionnisme de la Cour de Justice, tant en France (cf. 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) qu'à l'étranger. En Allemagne, Roman Herzog, un ancien juge de la Cour Constitutionnelle 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, pp. 329-360, not. p. 329.

[1722] V. les points 74 et 75 de l'arrêt ci-dessus mentionné, 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 1er, 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 ».

fondamentaux et plus précisément sur son article 21[1723]. Malgré les controverses doctrinales que cette position a suscitées, notamment à cause de l'effet horizontal accordé à ce principe[1724], force est de constater que cette interprétation jurisprudentielle renforce le caractère du 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.

307. Les justifications susceptibles d'être apportées par les Etats-membres - Ensuite, la Cour apporte des éclaircissements concernant les justifications qui permettent aux Etats membres de déroger au principe de non-discrimination, mentionnées aux articles 2§5[1725], 4§1[1726] et 6§§1-2[1727] de la directive. Lors de l'interprétation de ces justifications et notamment lors de la mise en œuvre du

---

[1723] V. l'arrêt de la Cour du 19 janvier 2010, *Seda Kücükdeveci 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). Cf. 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, pp. 237-239.

[1724] Olivier DUBOS, « La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l'invocabilité des directives : de l'apostasie à l'hérésie ? », *JCP G* 2006, II. 10107, pp. 1293-1297.

[1725] «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 ».

[1726] « 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 ».

[1727] «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 ».

contrôle de proportionnalité, la Cour se montre très rigoureuse, plus que le Conseil Constitutionnel. 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 à d'autres critères liés au marché[1728]. En revanche, le Conseil Constitutionnel s'est prononcé dans un sens favorable à la justification[1729] dans un arrêt examinant la loi pour l'égalité des chances, qui introduisait le contrat premier embauche[1730] et portait également sur des règles défavorables appliquées à une classe de travailleurs déterminée sur le seul critère de l'âge. Il semble alors, comme le remarque Madame Sophie Robin-Olivier, 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 »[1731]. 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 des éventuelles dérogations.

308. 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 des actions positives. La finalité des

[1728] 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 recherche »

[1729] 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).

[1730] 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.

[1731] 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.

mesures positives, terme que l'on préférera à celui des discriminations positives[1732], « 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, y compris la promotion, qui, en favorisant spécialement les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes»[1733]. Prévus par l'article 2§4[1734] de la directive 76/207/CEE[1735] - utilisé par la Cour de Justice comme une sorte de fondement générique[1736] - afin de remédier « aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes »[1737], 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 »[1738]. Le contrôle classique de

---

[1732] 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, pp. 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.

[1733] 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 spécifiquement aux femmes par les conventions collectives. CJCE, 25 oct. 1988, *Commission c/ France*, Aff. C-312/86, *Rec.* I-6315 (point 15). Cf. 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, pp. 171-195.

[1734] 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 ».

[1735] 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).

[1736] V. en ce sens, Arnaud HAQUET, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTD eur*. 2001, pp. 305-334, not. p.

[1737] 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 ».

[1738] 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

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 faite, 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 mesures instituant des préférences automatiques ou absolues en faveur des femmes[1739].

Il s'agit alors de cas où le droit français était censé être plus protecteur d'un groupe de travailleurs défavorisé ; pourtant, il a été jugé non conforme aux dispositions du droit de l'Union pour 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 »[1740] de tous les individus concernés, la Cour estime qu'elle 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 famille[1741], des avantages pour les veuves non remariées pour l'accès aux emplois publics[1742] ou encore, la question qui a suscité d'importantes querelles en France, concernant l'interdiction du travail de nuit des femmes.

309. Le cas du travail de nuit des femmes - Ce dernier sujet a, en effet, constitué, pendant plus de dix ans, le théâtre d'interactions entre le juge européen, le juge et le législateur nationaux. Après une première condamnation de la France par la Cour de Justice pour mauvaise transposition plus générale de la directive 76/207/CEE[1743], 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 femmes[1744]. En

---

CLERGERIE.

[1739] 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).

[1740] 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) ; Cf. 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).

[1741] CJCE, 25 oct. 1988, *Commission c/ France, op. cit.*

[1742] CJCE, 30 septembre 2004, *Serge Briheche c/ Ministre de l'Intérieur, Ministre de l'Éducation nationale et Ministre de la Justice*, *op. cit.*

[1743] 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 », *Droit soc.* 1990, pp. 466-470 ; Pierre RODIERE, « Droit social : famille et égalité de traitement », *RTD Eur*. 1989, pp. 298-.

[1744] Interdiction prévue par l'ancien article L. 213-1 du Code du Travail et adoptée principalement pour

considérant que « le souci de protection qui a inspiré à l'origine l'interdiction de principe du travail de nuit féminin n'apparaît plus fonde »[1745], la Cour a rejeté les justifications avancées par la France dans la mesure où elles mettaient en avant « de risques qui ne sont pas propres aux femmes ou de préoccupations étrangères à l'objet de la directive »[1746]. La France a été condamnée une nouvelle fois six ans après[1747], 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, avec atermoiement, par supprimer ladite interdiction[1748].

310. Influence de la conception du travailleur au-delà du simple contrôle de la marge de manœuvre des Etats-membres - On constate de cet exemple relativement flagrant[1749] que le juge européen influence ainsi la conception du travailleur en droit français, au-delà de la remise en cause de certaines dispositions législatives ou certaines positions jurisprudentielles. En nourrissant le statut du travailleur, citoyen de l'Union, 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 chances»[1750]. 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

---

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.

[1745] 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 si le travail de nuit doit être limité au stricte nécessaire, il n'est pas démontré qu'il entraîne effectivement de 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.

[1746] CJCE, 25 juillet 1991, *Stoeckel, op. cit.*, point 18.

[1747] CJCE, 13 mars 1997, *Commission c/ France*, Aff. C-197/96, *Rec.* I-1489 ; *JCP G*, II. 22939, p. 481, note Jean-Louis CLERGERIE.

[1748] Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, *JORF* n°108 du 10 mai 2001 p. 7320.

[1749] 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, pp. 389-402, not. p. 394.

[1750] 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.

nécessairement sur l'égalité individuelle entre les personnes[1751], idée qui va également dans le sens d'un travailleur-citoyen, traité de manière individuelle. Il porte, d'autre part, aussi 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 aboutissement finalement à une restriction de la protection unidirectionnelle et absolue jadis consacrée par le droit français[1752].

311. Le juge européen, catalyseur du processus d'européanisation 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 d'intégration »[1753]. 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 ou le transfert d'entreprises, 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 dernière[1754]. L'européanisation du droit national n'est, en fin de compte, que ce processus de relecture des conceptions du droit interne, même – voire notamment – lorsqu'elles ont constitué le point de départ des règles européennes.

[1751] L'avocat général Poiares MADURO, évoque dans ses conclusions sur l'arrêt *Serge Briheche* précitéés 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, souligné par l'auteur)

[1752] 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, pp. 695-707, not. p. 700.

[1753] 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.

[1754] Sur cette question v. *supra* sous Partie I, Titre II, Chapitre II.

2. L'intervention du juge européen fondée sur le droit primaire

312. 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 deux domaines, 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 vie 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.

313. Intervention sur le fondement de la libre circulation des marchandises – les mesures d'effet équivalent - Etant donné que tant le consommateur que le travailleur sont d'abord traités par le droit européen dans leur fonction économique, à savoir en tant qu'acteurs du marché[1755], les principaux fondements de droit primaire sur lesquels se base 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 visées, 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 de l'entrave aux libertés de circulation ainsi que du contrôle des exigences impératives, opéré par le juge européen.

314. Cassis de Dijon, le point de départ: la protection du travailleur et de consommateur comme exigence impérative - Le point de départ est sans nul doute le, désormais très célèbre, arrêt *Rewe-Zentral*, communément appelé *Cassis de Dijon*[1756]. En effet, quelques années auparavant, la Cour avait décidé que les mesures d'effet équivalent aux restrictions quantitatives ne revêtaient pas nécessairement un

[1755] Sur cette question v. *supra* sous Partie II, Titre I, Chapitre I.

[1756] 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.

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*[1757]sans exiger que la mesure défavorise les produits exportés ou importés par rapport aux produits nationaux[1758]. 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 transactions commerciales et à la défense des consommateurs »[1759]. Une liste non exhaustive de justifications a ainsi été créée pour les mesures indistinctement applicables aux cotés de celles de l'article 36. Ces justifications ont vocation à s'appliquer en l'absence d'une harmonisation européenne en la matière, pour pallier les lacunes d'un cadre règlementaire européen inachevé.

315. Le contrôle de proportionnalité, notamment le test de proportionnalité - 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 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

[1757] CJCE, 11 juillet 1974, *Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville*, Aff. 8/74, *Rec.* 00837.
[1758] Sur la notion des mesures d'effet équivalent, v. parmi d'autres, 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, pp. 607-.
[1759] CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral, op. cit.*, point 8.

d'autres mesures moins contraignantes pour atteindre pour atteindre efficacement l'objectif)[1760].

316. Des raisons françaises pour la protection du consommateur rejetées par la Cour de Justice - La Cour a alors pu juger que la loi italienne interdisant la vente des 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 nécessaire[1761]. De la même manière, l'interdiction par la loi française[1762] de la commercialisation, sur le territoire national, des yaourts ayant fait l'objet d'une surgélation sous la dénomination « yaourt surgelé », a été jugée disproportionnée par rapport à l'objectif visé[1763]. 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 France[1764]. 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 consommateurs[1765].

317. Des raisons françaises acceptées par la Cour de Justice - En revanche, l'interdiction française de vente de matériel pédagogique suite à un démarchage à domicile a été considérée compatible avec le droit primaire. Reconnaissant 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 »[1766], 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

---

[1760] 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 ».

[1761] 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.

[1762] 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.

[1763] CJCE, 14 juillet 1988, *Smanor SA*, Aff. 298/87, *Rec.* 04489, point 25.

[1764] CJCE, 22 octobre 1998, *Commission c/ France,* aff. 184/96, *Rec.* 01235, not. point 22.

[1765] CJCE, 23 février 1988, *Commission c/ France,* aff. 216/84, *Rec.* 00793, point 13.

[1766] CJCE, 16 mai 1989, *R. Buet et SARL Educational Business Services (EBS) c/ Ministère public,* aff. 382/87, *Rec.* 01235, point 11.

d'un droit de résiliation ne suffit pas pour les protéger et qu'il est nécessaire d'interdire le démarchage à domicile » affirme-t-elle[1767].

318. Des raisons françaises 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 l'interdiction –par certains Etats membres, dont la France[1768]– 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 membres »[1769]. Puis, elle constate, sans pour autant expliciter son raisonnement, que les mesures respectent le contrôle de proportionnalité et n'apparaissent pas comme excessives au regard de l'objectif poursuivi[1770].

319. 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 consommateur ou des travailleurs en font partie. C'est ainsi que la France a tenté de justifier sa réglementation[1771] qui plafonnait la rémunération versée par les établissements de crédit sur les comptes à vue en invoquant la protection des consommateurs, 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

---

[1767] *Idem*, point 15.

[1768] Prévue à l'époque par l'article L. 221-9 du Code du travail.

[1769] 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, 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.

[1770] CJCE, 28 févr. 1991, *Union départementale des syndicats CGT de l'Aisne c/ SIDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, *op. cit.*, point 12.

[1771] 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.

par le juge européen, estimant que l'entrave à la liberté d'établissement des sociétés n'était pas tolérée parce que la mesure allait au-delà du nécessaire[1772].

320. Le cas de la fixation du prix du livre - 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 juridique[1773]. 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 1985[1774], ont été jugées comme mesures d'effet équivalent discriminatoires les dispositions plafonnant le prix de vente au public fixé par l'importateur pour des livres édités en France, exportés, puis réimportés ainsi que pour 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 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*, que 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 ; que, 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 »[1775].

[1772] 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.

[1773] V. à titre d'exemple

[1774] 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.

[1775] Cass. Com, 5 mai 1987, n° de pourvoi 85-17.516 (inédit), *JCP E* 1987, 16531 (souligné par l'auteur du présent travail). Voir Cass. Crim, 16 juin 1983, *Bull. Crim*, n° 187 (sur la publicité des boissons

321. L'encadrement de plus en plus strict de la marge d'appréciation du juge national - D'ailleurs, 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 se prêtent à réflexion autour du dialogue entre juge européen et juge national: « l'objectif principal de la procédure préjudicielle [qui] 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 d*es 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, et nous osons lui recommander résolument de continuer dans cette voie»[1776].

322. 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 fait notamment référence aux arrêts *Viking*[1777] et *Laval*[1778],

---

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.

[1776] 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/ SIDEF Conforama, Société Arts et Meubles et Société Jima*, *op. cit*, point 7 (souligné par l'auteur du présent travail).

[1777] 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, pp. 80-88 ; Horatia MUIR WATT, « Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social », *Rev. Crit. de DIP* 2008, pp. 356-; *AJDA* 2008, pp. 240-, chron. Emmannuelle BROUSSY, Francis DONNAT & Christian LAMBERT ; Bernard EDELMAN, « Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social », *D.* 2009, pp. 1547-1551 ; *RTD eur.* 2008., p. 47, note Pierre RODIERE ;

[1778] 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. de DIP* 2008, p. 781-818.

désormais plus connus par les critiques qu'ils ont pu susciter, plutôt 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 des marins appelant à une grève de solidarité, l'employeur agit en justice en invoquant, entres 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 circulation[1779]. Elle répondra, dans les deux cas, par le contrôle de proportionnalité.

323. La reconnaissance de l'importance du droit à l'action collective en tant que droit fondamentale - Le juge européen tend d'abord à justifier sa compétence, étant donné que le droit de grève est expressément exclu par les Traités de la compétence de l'Union[1780]. En dépit de cette exclusion, la Cour estime que les affaires en question relèvent du droit européen, en se basant sur l'obligation des Etats

[1779] L'arrêt Laval a la particularité de traiter également de l'interprétation de la directive 96/71 du 16 décembre 1996 sur le détachement des travailleurs. Toutefois, nous nous ne référons pas, pour le 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.
[1780] Cf. art. 153§5 TFUE.

membres de respecter ce dernier, même lorsqu'ils agissent dans des domaines qui relèvent de leur compétence exclusive[1781]. 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 législatifs nationaux et internationaux[1782]. Etant donné que la Charte européenne des droits fondamentaux n'était pas encore revêtue de force contraignante, la Cour fait, comme a 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 constante[1783], 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.

324. La tentative de concilier finalités économiques et protections sociales: 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 libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale »[1784]. 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

[1781] V. CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit*., point 40; CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri, op. cit*., point 87.
[1782] V. CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit*., point 43; CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri, op. cit*., point 90.
[1783] 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.
[1784] 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.

action collective de porter une certaine atteinte auxdites libertés fondamentales »[1785]. S'il 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 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 mesure[1786]. 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 poursuivi[1787] ; 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 minimal[1788].

325. L'intensité du contrôle de proportionnalité - Après avoir été reconnu en tant que droit fondamental d'une importance particulière pour la construction européenne, le droit de grève est traité en tant qu'entrave au libre fonctionnement du marché. Si certains auteurs ont pu remarquer que la Cour de Justice considère la grève dans sa dimension plutôt économique que sociale, notamment par rapport à l'approche adoptée par la Cour EDH[1789], il n'en demeure pas moins que cette position n'est guerre 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 le droit de mener une action collective en tant qu'entrave susceptible d'être justifiée[1790]. 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 en

[1785] CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit*., point 52.
[1786] V. CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit*., points 80-90.
[1787] CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, *op. cit*., point 108.
[1788] CJCE 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, *op. cit*., points 109 et 110.
[1789] 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, pp. 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.,.*
[1790] V. not. CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, op. cit.*

l'espèce[1791]. 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 travailleurs[1792] ! Quant à l'arrêt *Laval*, le refus du caractère proportionnel de la mesure qui est basé notamment sur l'absence de dispositions nationales sur le salaire minimal est pour le moins très peu convaincant[1793].

326. Des normes nationales écartées même en l'absence d'une harmonisation européenne. Le consommateur et le travailleur moteurs mais aussi entraves au fonctionnement du marché - 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'entrave[1794]. La notion très large de l'entrave, en dépit des restrictions apportées par la jurisprudence *Keck et Mithouard*[1795], 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»[1796].

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 à cause 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, le juge européen « devient l'arbitre

---

[1791] V. en ce sens Nicolas MOIZARD, « Quelques observations sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice en matière de droit social », *D.* 2010, pp. 1216-1224, not. p. .

[1792] CJCE 11 décembre 2007, *Viking Line*, *op. cit*., point 80.

[1793] 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.

[1794] V. également en ce sens, Jean-Pierre PIZZIO & Patricia FOUCHER, «L'incidence du droit communautaire sur le droit français de la consommation», *Révue des Affaires Européennes* 1994, pp. 37-43, not. pp. 41-42.

[1795] CJCE, 24 novembre 1993, *Bernard Keck et Daniel Mithouard*, Aff. C-267/91 et C-268/91, *Rec.* I-06097.

[1796] 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. 343 (fin).

ultime d'intérêts contradictoires mais également fondamentaux»[1797]. 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 tantôt des moteurs du marché et tantôt des justifications à des entraves 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 »[1798]. L'obligation des Etats membres d'opter toujours pour la mesure de protection la moins gênante pour le marché va, d'ailleurs, dans ce sens du compromis; autrement dit, on cherche à les protéger mais pas trop. On ne saurait, à l'instar d'un auteur, qualifier ce mécanisme de « tyrannie juridique »[1799]. Toutefois, il est vrai 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*.

[1797] Horatia MUIR WATT, « Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social », *op.cit*., not. p.
[1798] 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).
[1799] Bernard EDELMAN, « Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social », *op. cit.,* not. p.

Paragraphe II : L'application du droit européen par le juge national

327. 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 Justice[1800] 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 lui sont fournies 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 »[1801].

328. Le juge national demeure un organe étatique contribuant à l'européanisation 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 serait possible d'y voir une aporie dans l'articulation des systèmes juridiques des

---

[1800] TPI, 10 juillet 1990, *Tetra Pak Raising SA c/ Commission Européenne*, Aff. T- 51/89, *Rec*., II-00309, point 42.

[1801] 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, pp. 19-58, not. p. 33.

Etats membres avec l'ordre juridique communautaire »[1802]. Les instances européennes en sont d'ailleurs bien conscientes, d'où la tendance -déjà exposée[1803]- de la Cour de Justice de souvent restreindre la marge de manœuvre accordée aux juridictions nationales. Ainsi, lors des discutions autour de la proposition de directive sur les clauses abusives, le rapporteur du Comité Economique 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 »[1804]. 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'européanisation 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, en allant au-delà du simple respect de leurs obligations (2).

1. L'interprétation du droit national à la lumière du droit européen

329. L'obligation d'interprétation conforme pesant sur le juge national - Dans le cadre des obligations d'application effective du droit européen qui pèse 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 accordée par son droit national, une interprétation et une application conformes aux exigences du

[1802] Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les Etats membres de l'Union européenne*, Dalloz, Paris, 2001, p. 19.
[1803] Cf. *supra*, sous Partie II, Titre II, Chapitre II, Section I, Paragraphe I.
[1804] 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.

droit communautaire »[1805]. 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 direct[1806].

330. L'exemple de l'interprétation de la directive sur le temps de travail - La réception en droit français de la directive 93/104/CE, telle que modifiée par la directive 2003/88/CE sur le temps de travail offre une belle illustration de l'œuvre du juge national ainsi que de l'influence plus générale 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 membres[1807], il n'en demeure pas moins que sa réception en droit français 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, de congé parental[1808]. Nous nous limiterons à quelques illustrations relatives aux durées de repos minimal ainsi qu'aux durées maximales de travail[1809].

331. 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 Cour de Justice. Comme nous avons déjà expliqué, dans l'arrêt *Bectu*[1810], 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 »[1811]. La même

---

1805 *CJCE, 10 avr. 1984, Sabine von Colson et Elisabeth Kamann contre Land Nordrhein-Westfalen, Aff. C. 14/83*, Rec. *01891, point 28*.

1806 Jean-Sylvestre BERGE & Sophie ROBIN-OLIVIER, *Droit européen. Union Européenne, Conseil de l'Europe*, op. cit., not. n° 676.

1807 Cf. 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. Suite à 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 », *RJS* 2009, pp. 523-.

1808 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. pp. 893-901.

1809 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, pp. 821-831.

1810 CJCE, 26 juin 2001, *The Queen contre Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*, *op.cit*.

1811 *Idem*, point 43.

importance est accordée aux autres prescriptions énoncées par la directive concernant, notamment, la notion du 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 française a eu à se prononcer sur la compatibilité avec le droit de l'Union du régime applicable aux salariés de la RATP[1812]. Soumis à un statut particulier dérogatoire au Code du Travail[1813], le personnel de la RATP ne bénéficie pas du temps de pause prévu par l'article 4 de la directive 2003/88[1814]. L'employeur prétendait que, compte tenu de la nature de l'activité exercée[1815], l'exception prévue par l'article 17 §2[1816] 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 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 a manqué de vérifier si les dispositions du droit interne établissant le régime dérogatoire des salariés de la RATP sont conformes au

---

1812 Cass. Soc., 17 février 2010, *Bull. 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, pp. 446-447 ; *Dr. soc.* 2010, p. 581, obs. Philippe FLORES & Sabine MARIETTE.

1813 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).

1814 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 ».

1815 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 ».

1816 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 ».

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, au 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 utile[1817]. Le juge corrige, par ce biais, la transposition lacunaire par le législateur national des règles édictées par le droit dérivé.

332. 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 société[1818]. Le salarié réclamant des indemnités pour non-respect du forfait en jours, s'est vu débouter par la Cour d'Appel, qui avait 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 d'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 devrait, par conséquent, en être responsable[1819]. Les magistrats de la Chambre Sociale cassent et annulent l'arrêt de la Cour d'Appel, sur un visa d'inspiration particulièrement 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

---

1817 Jean-Philippe LHERNOULD, «L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », *op. cit.*, not. p. 893-.

1818 Cass. Soc., 26 septembre 2012, *Bull. 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, pp. 273-276.

1819 V. en ce sens, Simon AMALRIC, « Un nouvel examen des conditions de validité des conventions de forfait en jours », *op. cit.,* not. p.

sur la base desquels la convention de forfait en jours avait été conclue ne sauraient 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 effective que l'amplitude et la charge de travail restent raisonnables et assurent une bonne répartition, dans le temps, du travail de l'intéressé.

333. Un impact européen sur la conception nationale du temps de travail - 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 à partir duquel mesurer la valeur du travail, 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, s'agissant d'un cadre dirigeant, 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.

334. 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 antérieures[1820]. L'arrêt *Marleasing*[1821] a du traiter de l'interprétation que le juge national doit

[1820] Denys SIMON, «Directive», *Répertoire de droit européen*, décembre 1998 (mise à jour : mars 2012), not. § 71.
[1821] 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.

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 dispositions[1822]. 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 transposée[1823], (ce qui a pu avoir été le cas avant même l'expiration du délai de transposition[1824]).

335. L'application anticipée des dispositions de directives pour palier un retard de développement - 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[1825]. En effet, même lorsque les termes de la directive sont clairs, précis et incondionnels, leur effet direct n'est limité qu'à l'égard de l'Etat membre. L'idée est, selon la jurisprudence constante, que l'« État ne puisse tirer avantage de sa méconnaissance du droit communautaire »[1826]. 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 conforme[1827]

1822 Denys SIMON, «Directive», *Répertoire de droit européen, op. cit.,* not. § 71.

1823 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.

1824 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.

1825 Sur ces techniques, v. Thomas VON DANWITZ, « Effets juridiques des directives selon la jurisprudence récente de la Cour de justice », *RTD eur*. 2007, p. 575-595.

1826 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.

1827 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.

et donc de l'application anticipée du droit européen que les effets de la directive peuvent être atteints[1828]. 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.

336. L'application anticipée de la directive sur les produits défectueux - 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 85/375/CEE sur les produits défectueux. Si la France a été condamnée par la Cour de Justice pour manquement à son obligation de transposition[1829], la Cour de Cassation 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 ».

337. La décontractualisation 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 »[1830]. Le juge national a fondé cette obligation sur l'article 1135 du Code Civil[1831] plutôt que de la rattacher à l'obligation d'information du vendeur ou à la garantie des vices cachés comme elle le faisait auparavant[1832]. D'autres arrêts sont venus, par la suite, confirmer et peaufiner cette position[1833]. Dans un arrêt rendu quelques jours avant l'entrée en vigueur de la loi de transposition, la Cour de Cassation vise expressément « les articles 1147 et 1384,

---

[1828] 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.

[1829] CJCE, 13 janvier 1993, *Commission c/ France*, Aff. C-293/91, *Rec.* I-00001.

[1830] Cass. Civ. 1ère, 20 mars 1989, *Bull. Civ. I*, n° 137 ; *RTD civ.* 1989, p. 756, obs. Patrice JOURDAIN ; *D.* 1989, p. 381, note Philippe MALAURIE.

[1831] Muriel SANTA-CROCE, « Contrats internationaux - Domaine de la loi du contrat - Exécution du contrat par équivalent - Extinction des obligations - Prescriptions et délais », *JurisClasseur Code Civil*, Art. 1134 et 1135 (fasc. 80), 01 Mars 2008, point 40.

[1832] Olivier BARRAT, «Vente (3° effets)», *Répertoire de droit immobilier*, janvier 2007 (mise à jour mars 2014), not. § 744.

[1833] V. par exemple Cass. Civ. 1ère, 11 juin 1991, *Bull. civ. I*, n° 201 ; *CCC* 1991, *comm.* n° 219, obs. L. LEVENEUR ; *JCP G* 1992, I. 3572, obs. Geneviève VINEY ; Cass. Civ. 1ère, 27 janvier 1993, *Bull. civ. I*, n° 44 ; *D.* 1994, *Somm.,* p. 238, obs. Olivier TOURNAFOND ; Cass. Civ. 1ère, 17 janvier 1995, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *D.* 1995, *Jur.*, p. 350, note Patrice JOURDAIN.

alinéa premier, du Code civil, *interprétés à la lumière de la directive* CEE n° 85-374 du 24 juillet 1985 »[1834] 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 sécurité[1835], 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 basent sur les concepts nationaux déjà existants mais qui sont altérés par l'influence européenne : l'obligation de sécurité est sortie du contexte contractuel afin de pouvoir servir les finalités du droit de l'Union[1836]. 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, pas nécessairement parce qu'il est partie faible au contrat de vente mais parce qu'il a fait confiance à la libre circulation des produits au sein de l'Union. C'est alors la rupture de sa confiance qui est sanctionnée, pour laquelle il peut engager la responsabilité du fabriquant, alors qu'il n'a pas directement contracté avec lui. Cela signifie qu'on est moins dans une logique de chaines de contrats, telle qu'appréhendée traditionnellement par le droit civil national, mais plutôt dans une approche de protection autonome d'un acteur du marché dont la confiance a été brisée.

338. 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 aux exigences du droit de l'Union. Elle « permet d'absorber dans la sphère de la légalité nationale les contenus normatifs de la légalité communautaire : elle fonctionne, en définitive, (ce qui est d'ailleurs le destin général de cette technique) comme un mécanisme régulateur des rapports entre légalités

[1834] Cass. Civ. 1ère, 28 avril 1998, *Bull. civ. I*, n° 158 ;
[1835] V. en ce sens, Marie-Eve PANCRAZI-TIAN, « L'influence du droit communautaire sur le droit français de la consommation», *op. cit*., p. 99.
[1836] V. en ce sens, Patrice JOURDAIN, note sous l'arrêt Cass. Civ. 1ère, 17 janvier 1995, *op. cit*.,

différentes, entre lesquelles il fait œuvre de « pacification » »[1837]. En même temps que la pacification, elle fonctionne comme un mécanisme de renouvellement du droit national, par le biais duquel le juge national peut parfois aller au-delà des exigences imposées par le droit européen.

2. La propagation de l'influence du droit européen sur la jurisprudence nationale

339. Des convergences spontanées - 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 convergences spontanées qui ne peuvent être négligées. 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 Dubos[1838]. On peut ainsi parler d'initiatives spontanées du juge national, de la même manière que nous avons expliqué le rapprochement spontané opéré par le législateur[1839]. Est-ce le résultat d'une « conscience judiciaire européenne »[1840] acquise progressivement par les juridictions nationales ? Rien n'est moins sûr et le

[1837] 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, pp. 695-707, not. p. 701.
[1838] Olivier DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire, op.cit.*, p. 880.
[1839] Cf. *supra*, sous Partie II, Titre II, Chapitre I.
[1840] 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 souveraineté nationale » Adolphe TOUFFAIT, conclusions sur Ch. Mixte, 23 mai 1975, *RTD eur*. 1975, p. 337.

juge national demeure conditionné par des contraintes socio-culturelles qui justifient parfois de résistances à l'application des solutions venues d'ailleurs[1841]. Cela étant, l'européanisation du droit national passe nécessairement par l'européanisation du juge et les juridictions françaises en font, ne serait-ce qu'avec modération, la preuve.

340. L'exemple du système probatoire en matière de discrimination- Un des exemples de cette propagation de l'influence européenne sur le droit national porte sur le cas où le juge national, après avoir reçu un mécanisme juridique européen décide de le transposer 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 avons déjà exposé[1842], 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 écho dans la jurisprudence des juridictions nationales, avant même sa consécration par le législateur[1843]. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Appel de Riom[1844], maintenu par la Cour de Cassation[1845] retranscrit en droit français les positions de la Cour de Justice, tant en matière de qualification de la discrimination –notamment par la méthode de comparaison statistique– qu'en matière probatoire[1846]. 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

---

[1841] Cf. 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, pp. 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 ».

[1842] Cf. *supra*, sous Partie II, Titre II, Chapitre II, Paragraphe I.

[1843] Cf. la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001, relative à la lutte contre les discriminations, *JORF* n° 267 du 17 novembre 2001, p. 18311.

[1844] CA de Riom, 16 janvier 1995, *Dr. soc.* 1995, p. 441.

[1845] Cass. Soc., 12 février 1997, *Bull. V*, n° 58 ; *Dr. soc.* 1997, p. 526, obs. Marie-Thérèse LANQUETIN.

[1846] Marie-Thérèse LANQUETIN, obs. sous l'arrêt Cass. Soc., 12 février 1997, *op.cit*.

de manutentionnaires que les femmes étaient systématiquement payés davantage et que cette différence n'était justifiée par aucun élément objectif ».

341. L'extension à la discrimination syndicale- La jurisprudence postérieure n'est venue que corroborer ce régime protecteur du travailleur[1847] qui a été étendu par les juges nationaux aux discriminations syndicales. Ces dernières, bien connues du droit français avant toute intervention européenne[1848], sont des discriminations motivées par les activités syndicales du salarié[1849] et n'étaient pas visées par le champ d'application de l'intervention européenne en matière de discrimination. Dans un arrêt de 2000[1850], 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. Ils 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 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.

[1847] Cf. par exemple Cass. Soc., 23 novembre 1999, *Bull. 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. V*, n° 317.

[1848] 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.

[1849] Laetitia BONNARD-PLANCKE & Pierre-Yves VERKINDT, «La lutte contre la discrimination syndicale», *Dr. soc.* 2006, pp. 393-401.

[1850] Cass. Soc., 28 mars 2000, *Bull. V*, n° 126 ; Marie-Thérèse LANQUETIN « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. soc.* 2000, pp. 589-593 ; Jean-Michel LATTES, « Preuve de la discrimination syndicale entraînant un retard dans le déroulement de la carrière », *D.* 2000, *Somm.*, pp. 375-376.

342. 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 français[1851]. On peut citer à cet égard l'arrêt *Holst*[1852] 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/CE[1853] 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 »[1854], 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 »[1855]. En dépit du fait que le juge européen ne fonde pas sa motivation sur l'interdiction des discriminations, il 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 la discrimination syndicale.

343. Une influence européenne sur le droit commun des contrats- 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 »[1856] sur le droit général des contrats. Etant donné que le droit européen portant sur la protection du consommateur touche, au moins en partie, des aspects du

---

1851 V. en ce sens, Sophie ROBIN-OLIVIER, « Politique sociale de l'Union Européenne. Chronique 2009-2010», *RTD Eur*. 2010, pp. 673-694, not. p. 676.
1852 CJUE, 11 février 2010, *Ingeniørforeningen i Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening*, Aff. C-405/08, *Rec*. I-00985.
1853 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.
1854 *Idem*, point 49.
1855 *Idem*, point 58.
1856 Cf. 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-Mareille, 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 ».

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 contrats[1857]. Il s'agit d'une question très large, qui dépasse les limites et les objectifs de la présente recherche. Elle s'inscrit 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 général[1858]. 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 contenu[1859]. Les arrêts de la Cour de Cassation[1860] en matière de la révision pour imprévision en sont des témoins, même si la vielle 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 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 la protection de la confiance de l'acteur, consommateur ou travailleur, qui constitue la pierre maitresse 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

---

[1857] 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-1er 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 ».

[1858] 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*, thèse, Paris, LGDJ, 2000.

[1859] 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. 32

[1860] Cass. Com., 3 novembre 1992, *Bull. civ. IV*, n° 338; *RTD civ*. 1993, p. 124, obs. Jacques MESTRE

défavorables[1861]. 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 français est traditionnellement plutôt réticent face à une intervention très pesante du juge.

344. Le droit européen, source de renouvellement de la jurisprudence nationale[1862]**-** Nous avons ainsi démontré que tant le juge européen que le juge national constituent des véritables moteurs de la réception du droit européen et, partant, de l'européanisation 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 interne[1863], une occasion de revisiter, consciemment ou inconsciemment, volontairement ou involontairement, son propre droit.

[1861] Hélène AUBRY, *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, op. cit., not. §471.

[1862] Cf. cependant Frédéric Bérenger, 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.

[1863] 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, pp. 387-395, not. p. 394.

SECTION 2 : LE RENCORCEMENT DU ROLE DES ACTEURS NATIONAUX DE LA SOCIETE CIVILE

345. Renforcés par le droit européen, 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 européen[1864]. Toutefois, le rôle des acteurs de la société civile ne se limite pas à l'élaboration des normes européennes. Lors de la réception de ces dernières dans les ordres juridiques nationaux, la société civile peut véhiculer des influences européennes et participer, par ce biais, à l'européanisation du droit national.

En effet, 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 sur 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, la société civile devenant à nouveau acteur 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*).

[1864] Sur la notion de la société civile ainsi que son rôle à l'élaboration des normes européennes, cf. *supra* sous Partie I, Titre II, Chapitre I.

Paragraphe I : La promotion de la norme négociée

346. L'ère de la négociation collective- Même si l'intervention des partenaires sociaux au niveau européen demeure, au moins pour l'instant, 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'Etat[1865]. On ne peut ainsi nier l'influence qu'exerce cette dimension du droit européen sur la promotion de la norme négociée en droit national, de telle sorte qu'on pourrait affirmer que « du siècle de la grève on est passé au siècle des négociations »[1866].

Au niveau national, la place accordée à la norme négociée se renforce, faisant ainsi écho eu principe de la subsidiarité sociale consacrée par le droit de l'Union (1). L'influence est plus indirecte concernant la place de la norme négociée au sein de l'entreprise(2).

1. <u>L'essor de la norme négociée au niveau interprofessionnel</u>

347. L'importance de la norme négociée par rapport à la norme étatique- S'il n'est pas toujours aisé d'évaluer la mesure exacte de la promotion du dialogue social au niveau européen sur chaque Etat membre, il convient, 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 consulter les partenaires sociaux est tout à fait particulier. Le droit français est axé sur la notion de la 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

[1865] 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», *D*. 1997, pp. 68-74.

[1866] 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..

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 pourvoir 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 général[1867].

348. La méfiance française à l'égard d'un rôle très important des partenaires sociaux- Cette tradition juridique française explique, d'ailleurs, la méfiance exprimée par une partie de la doctrine vers une éventuelle substitution des partenaires sociaux au législateur[1868]. Comme le remarque Monsieur Pierre Rodière « la démocratie politique cède devant son substitut social, l'affirmation alternative du rôle normatif des partenaires sociaux »[1869]. Plus récemment, Monsieur Bernard Teyssié 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»[1870]. 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 en cas de désaccord ou 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–[1871] le Conseil Constitutionnel a jugé que «ni les dispositions du 8ème 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»[1872].

[1867]V. 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. pp. 7-11.

[1868]V. à titre indicatif sur cette question Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail,* éd. PUF, Paris, 2002, p. ; 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, pp. 119-.

[1869]Pierre RODIERE, *Droit social de l'Union Européenne*, 2ème éd. 2014, Paris, LGDJ, p. 124.

[1870] Bernard TEYSSIE, «Un nouveau droit de la relation de travail ? » *Dr. soc.* 2008, pp. 623-, not. p.

[1871] 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.

[1872]Conseil Constitutionnel, 10 juin 1998, n° 98-401 DC, *Rec. Cons. Const*., p. 258.

349. 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'Union[1873], 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 exposé[1874], 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 »[1875]. Le rôle important qui est réservé à celles-ci par les Traités tant dans l'élaboration des normes européennes[1876] que dans leur application[1877], 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 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 directives[1878]. Néanmoins, cette priorité ne dispense pas les Etats membres de leur devoir de prendre des mesures complémentaires lorsque l'action des partenaires sociaux s'avère inefficace ou lacunaire[1879]. 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 oeuvre d'une directive en matière sociale»[1880].

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'Union[1881]. Lors de l'examen d'un recours en annulation

---

1873 V. Gérard LYON-CAEN, « Subsidiarité et droit social européen», *Dr. soc.* 2007, p. 382-387.
1874 Cf. *supra* sous Partie I, Titre II, Chapitre I.
1875 Mélanie SCHMITT, « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. soc.* 2010, pp. 682-, not. p. V. également Mélanie SCHMITT, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, thèse, PUAM, Aix-Marseille, 2009.
1876 Cf. *supra* sous Partie I, Titre II, Chapitre I.
1877 Cf. *supra* sous Partie II, Titre I, Chapitre II.
1878 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.
1879 «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.
1880 Antoine LYON-CAEN, «Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en oeuvre du droit communautaire», *op. cit*., not. §3 (italics du texte cité).
1881 Cf. Jean-Emmanuel RAY, «Du tout-Etat au tout-contrat», *Dr. soc.* 2000, pp. 574-, not. p.

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 »[1882].

350. L'obligation du gouvernement de consulter les partenaires sociaux- On retrouve l'écho de cette « autono(r)mie »[1883] des partenaires sociaux, combinée à un recul de la toute-puissance de la loi étatique[1884] en droit français, 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 été ainsi donné par la prise commune du 16 juillet 2001 sur les voies et moyens de l'approfondissement de la 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 »[1885]. Par la suite, la loi sur le dialogue social du 4 mai 2004[1886] 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 reforme de nature législative relative au droit du travail ». Puis, sous la pression de l'échec du Contrat Première Embauche[1887], la loi du 31 janvier 2007[1888] a

[1882] TPI, 17 juin 1998, *UEAPME c/ Conseil*, Aff. T-135/96, *Rec.* II-2338, point 89.
[1883] Terme emprunté à Jean-Emmanuel RAY, «Les sources de la loi du 31 janvier 2007», *Dr. soc.* 2010, p. 496-, not. p.
[1884] Éric AUBRY, « L'article L.1 du Code du travail : dialogue social et démocratie politique ». *Dr. soc.* 2010, pp. 517-, not. p.
[1885] *Dr. soc.* 2003, pp. 92-.
[1886] 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.
[1887] 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, pp. 504-, not. p.
[1888] 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, pp. 515-; 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, pp. 511-; Dominique DORD, « La loi du 31 janvier 2007 : avantages et inconvénients du point de vue du Parlement », *Dr. soc.* 2010, pp. 507-;

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 social[1889].

Enfin, le législateur entend aller encore plus loin et inscrire au plus haut niveau de la hiérarchie des normes l'obligation de précéder toute intervention législative à une concertation préalable avec les interlocuteurs sociaux. Le projet de la loi constitutionnelle du 14 mars 2013 relatif à la démocratie sociale[1890] prévoit la création d'un nouvel article 51-3 de la Constitution disposant que « tout projet de loi ou d'ordonnance ou toute proposition de loi qui procède à une réforme en matière de relations individuelles et collectives du travail, d'emploi ou de formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ne peut, sauf en cas d'urgence, être délibéré en conseil des ministres ou inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale ou du Sénat sans que les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives aient été mises en mesure de négocier, si elles le souhaitent, sur l'objet de cette réforme ». Cela signifierait concrètement que si une loi est adoptée sans respect de la procédure de concertation, elle devrait être déclarée non conforme à la Constitution.

351. Donner un temps à la négociation plutôt qu'un champ de compéténce-En dépit de la nature de ce nouveau droit « au dialogue social » et de ses contours qui ne sont pas encore bien définis[1891], ainsi que des déclarations dont les concrétisations pratiques s'avèrent souvent assez difficiles[1892], force est de constater, que 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. Certains auteurs parlent même de « délégitimation de la loi qui, en tombant brutalement d'en haut fait preuve d'un autoritarisme désuet, mais aussi d'une ambition démesurée en se voulant générale et impersonnelle »[1893]. Est-ce à dire que le temps est arrivé où la France dépassera cette « gauloise

[1889] 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 ».

[1890] Projet de loi constitutionnelle relatif à la démocratie sociale, enregistré le 14 mars 2013, Assemblée Nationale, n° 813.

[1891] Sur le champ d'application et les conséquences de l'éventuelle adoption de cet article, V. Vincent BONNIN, « La « démocratie sociale » constitutionnalisée ? », *Dr. soc.* 2014, p. 428-437.

[1892] Cf. Jean-Emmanuel RAY, «Les sources de la loi du 31 janvier 2007», *op. cit.*, not. pp.

[1893] Jean-Emmanuel RAY, «Les sources de la loi du 31 janvier 2007», *op. cit.*, not. pp.

incapacité au compromis»[1894] pour connaître un essor du dialogue social comparable à ce qui se passe outre-Rhin ? Rien n'est moins sur, dans la mesure où il s'agit avant tout de reflexes culturels qui ne s'effacent pas au rythme des modifications du cadre législatif ou institutionnel[1895] ; d'autant plus que les questionnements concernant la représentativité[1896] et la légitimité des partenaires sociaux demeurent d'actualité, malgré la mise en place des accords dits « majoritaires »[1897]. Toutefois, l'idée qui ressort clairement de ce processus est celle de donner un temps à la négociation plutôt qu'un champ de compétence[1898] et elle est certainement d'inspiration européenne.

2. L'essor de la norme négociée au niveau de l'entreprise

352. La promotion de l'autorèglementation de l'entreprise- 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'entreprise. Toutefois, des initiatives législatives européennes vont dans le sens d'un renforcement des négociations collectives et l'implication des salariés au sein de l'entreprise. Il s'agit notamment des

[1894] Jean-Emmanuel RAY, «Les sources de la loi du 31 janvier 2007», *op. cit.*, not. pp.
[1895] 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, pp. 519-, not. p.
[1896] 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 », *Rev. trav.* 2009, pp. 426-435.
[1897] 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, pp. 590-600.
[1898] 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. Cf. Dominique-Jean CHERTIER, *Pour une modernisation du dialogue social. Rapport au Premier Ministre*, 31 mars 2006, not. pp. 42-44, disponible sur internet http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000351/0000.pdf (consulté le 19 août 2014).

règles concernant le Comité d'Entreprise Européen ainsi que de celles relatives à l'implication des salariés dans les sociétés européennes[1899].

353. Le renforcement de l'information et de la consultation des travailleurs- Le CEE- Dans un souci d'atténuer les difficultés résultant de la grande diversité des droits nationaux en matière du 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 travailleurs[1900]. Les premières tentatives s'étant avérées infructueuses, le Comité d'Entreprise Européen vit finalement le jour par la directive 94/45/CE[1901], modifiée ensuite par la directive 2009/38/CE[1902].

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)[1903]. 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)[1904].

Une fois le Comité d'Entreprise constitué, l'accent est mis sur l'« esprit de coopération »[1905] dans l'exécution des devoirs et obligations des parties, notamment

---

[1899] 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.

[1900] 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, pp. 368-378 ; V. également Mélanie SCHMITT, *Droit du travail de l'Union Européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, not. p. 252.

[1901] 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.

[1902] 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).

[1903] Article 5 de la directive de 2009.

[1904] Cf. 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.

[1905] 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 ».

dans la réalisation des procédures d'information et de consultation[1906]. Dans ce contexte, l'information[1907], à savoir la transmission des données aux représentants des travailleurs en vue de prendre connaissance et de les examiner, ainsi que la consultation[1908], 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 directive[1909]. 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 consultation[1910]. Sur la garantie de l'effet utile se base également l'obligation –affirmée par la jurisprudence de la Cour de Justice[1911] et reprise par la directive de 2009[1912]– 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 l'entreprise qui est le cas de figure le plus emblématique[1913], 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 travail[1914].

1906 V. Bernard TEYSSIE, « Le comité d'entreprise européen. (Directive n° 94/45 du 22 septembre 1994) » *JCP E*, 1995, 416- .

1907 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 ».

1908 L'article 2 de la directive de 2009 définit l'information 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 ».

1909 Cf. le considérant (14) de la directive de 2009.

1910 *Ibidem*.

1911 Cf. 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.

1912 Cf. l'article 4§4 de la directive.

1913 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 Paragraphe II.

1914 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

354. 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 européennes 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 2157/2001[1915] et de la directive 2001/86/CE[1916] sur la société européenne ainsi que du règlement 1435/2003[1917] et de la directive 2003/72/CE[1918] sur la société coopérative européenne. La question de la représentation des travailleurs fut, d'ailleurs, une des raisons majeures du blocage des initiatives européennes portant sur la constitution d'un statut pour la société européenne[1919]. 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 société[1920], accompagné d'une directive, visant la réalisation du règlement en matière de la protection des droits travailleurs.

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 la 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 société[1921]. 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

---

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 ».

[1915] Règlement (CE) n° 2157/2001 du 8 octobre 2001 relatif au statut de la société européenne (SE).

[1916] Directive 2001/86/CE du 8 octobre 2001 complétant le statut de la Société européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

[1917] Règlement (CE) n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC).

[1918] Directive 2003/72/CE du 22 juillet 2003 complétant le statut de la société coopérative européenne pour ce qui concerne l'implication des travailleurs.

[1919] Marie-Ange MOREAU, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *Dr. soc.* 2001, p. 967-976, not. p. ; Mélanie SCHMITT, *Droit du travail de l'Union Européenne*, *op. cit.*, not. p. 299.

[1920] Compte tenu des finalités du présent travail, nous ferons abstraction des règles concernant la constitution de la SE ou de la SCE.

[1921] Articles 3 et 4 de la directive 2001/86/CE; Articles 3 et 4 de la directive 2003/72/CE.

prendre au sein de l'entreprise »[1922]. 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.

355. La mise en place d'une obligation de négocier au sein de l'entreprise- En dehors de la question de la dimension transnationale, transfrontière de la négociation collective[1923] ainsi que de son impact sur le modèle social européen[1924], les règles issues des directives tendent à instaurer une « obligation de négocier, de source européenne »[1925] au sein de l'entreprise, même si le législateur européen n'exige pas toujours que les parties parviennent à un accord[1926]. 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 »[1927] et ne porte que sur les questions « transnationales »[1928]. D'ailleurs, 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»[1929]. Quant aux règles sur l'implication des travailleurs, elles ne concernent que les sociétés ayant adopté de la forme d'une SE ou d'une SCE.

Toutefois, ces directives véhiculent l'idée de l'autoréglementation de

---

[1922] Article 2 h de la directive 2001/86/CE; Article 2 h de la directive 2003/72/CE.

[1923] Sur cette question v. Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. soc.* 1997, p. 352-367.

[1924] Cf. Marie-Ange MOREAU, « L'implication des travailleurs dans la société européenne », *op. cit.*, not. p.

[1925] v. Antoine LYON-CAEN, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *op. cit.,* not. §40.

[1926] 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.

[1927] Est considéré comme entreprises 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).

[1928] Article 1 §3 de la directive de 2009. Le paragraphe 4 du même article précise, d'ailleurs, 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 ».

[1929] Élodie BETHOUX & Rachid BRIHI, «À quoi sert le comité d'entreprise européen ?», *RDT* 2012 pp. 9-, not. p.

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 ne pose que des questionnement sur l'articulation avec les règles nationales déjà existantes[1930] –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 nationaux[1931]– une influence plus indirecte peut être détectée. On remarque, en effet, un déplacement du centre de gravité de la négociation collective vers l'entreprise[1932]. En effet, le nombre des accords conclus au niveau de l'entreprise enregistre constamment une augmentation significative[1933]. 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 encore l'expression des salariés[1934].

356. L'insertion de la notion de la confiance dans la relation du 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 du 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 salarié[1935]. La négociation collective implique, en effet, une certaine confiance[1936] qui n'existe pas dans cette conception de la relation qui lie l'employeur au salarié. L'importance et l'autonomisation progressive de

[1930] 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.*

[1931] Cf. l'article 12§2 de la directive 2009/38/CE.

[1932] Bruno SILHOL, «Branche et entreprise dans le nouveau droit de la négociation collective », *Dr. soc.* 1997, p. 931-936, not. p. 931.

[1933] 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 en 2012 par rapport à 2011 (38 799 textes contre 33 869 textes enregistrés en 2011, soit près de 5 000 textes de plus). Cf. 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. pp. 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.

[1934] V. le rapport du Ministère du Travail précité, not. p. 20.

[1935] Jacques BARTHELEMY, «La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise » *Dr. soc.* 1990, pp. 580-583, not. p. 580.

[1936] V. en ce sens Bernard TEYSSIE, «A propos de la négociation collective d'entreprise » *Dr. soc.* 1990, pp. 577-579, not. p.

l'accord collectif d'entreprise, perçu comme un « outil de gestion»[1937], reflète une approche différente, plutôt inspirée de la gestion des intérêts que de la relation conflictuelle subordonnée[1938], 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 la confiance régissant le modèle européen du travailleur[1939], font penser que la norme négociée dans l'entreprise a la faveur européenne.

[1937] *Ibidem*.

[1938] Cf. 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.

[1939] Cf. *supra*, sous Partie II, Titre I, Chapitre I.

Paragraphe II : La promotion de l'action collective en justice

357. 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 champs étudiés, subissent, en effet, une « collectivisation de l'intérêt protégé »[1940] mais également l'internationalisation des litiges. La protection, devant la justice, de l'intérêt collectif constitue ainsi le volet processuel de cette collectivisation.

Si les actions des associations de défense des consommateurs en sont la marque la plus ostentatoire (1), on peut retrouver cette même problématique de protection de l'intérêt collectif du travailleur, notamment à travers l'exemple des actions des travailleurs en cas de restructurations (2).

1. Les actions en cessation des associations de défense des consommateurs

358. 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 »[1941] constitue un lieu commun aux niveaux tant européen que national. Ces organisations contribuent également à la collectivisation des intérêts protégés, tout en véhiculant des influences sur le droit national. Nous avons déjà évoqué[1942] 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 collectif[1943]. C'est pour cette raison que nous nous focalisons

[1940] Natacha SAUPHANOR-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.,* p. 6.
[1941] 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.
[1942] Cf. *supra*, sous Partie II, Titre II, Chapitre I.
[1943] Cf. 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*., pp. 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 ».

sur l'action en cessation, dans le cadre de laquelle les associations de défense des consommateurs sont censées défendre l'intérêt collectif des consommateurs[1944].

Déjà connues en France depuis la loi de 1973[1945], ces actions ont fait l'objet d'une réglementation au niveau européen par de la directive 98/27/CE[1946], codifiée par la directive 2009/22/CE[1947]. Les dispositions de cette directive doivent être combinées avec les dispositions des directives établissant de règles substantielles, notamment la directive 93/13/CE sur les clauses abusives[1948]. 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 »[1949] 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. D'ailleurs, le droit français a, à son tour, procédé à un assouplissement des conditions d'action se traduisant par une dépénalisation de

---

1944 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, 2004, pp. 313-342. L'auteur se réfère à l' «autonomie relative de l'intérêt collectif par rapport à la somme des intérêts individuels» (v. not. pp. 341-342).

1945 Loi n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat (dite loi « Royer »), *JORF* 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.

1946 Directive 98/27/CE du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs.

1947 Directive 2009/22/CE du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs.

1948 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.

1949 Directive 2009/22/CE, considérant (3).

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 directives européennes, puis dans le contexte de l'action prévue par l'article L. 421-2 du même Code[1950], qui, en principe, impliquerait une action civile et, partant, l'existence d'une infraction pénale[1951]. Toutefois, il a été jugé par la Cour de Cassation, faisant une interprétation qui pourrait même être considérée comme *contra legem*[1952], que l'objet de l'action intentée dans le cadre de l'article L. 421-2 n'est pas nécessairement un comportement pénalement répréhensible[1953].

359. L'élargissement de l'effet de l'action en cessation par la CJUE- Le champ d'action des associations a été également élargi par la jurisprudence de la Cour de Justice[1954]. 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 »[1955].

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

---

[1950] Cf. 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*., pp. 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*, pp. 711-. ; Nicolas DUPONT, «Vers une dépénalisation de l'action collective des associations habilitées ? », *D.* 2010, pp. 1842-1846.

[1951] 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-BROUILLARD, *Les contrats de consommation : règles communes, op. cit.,* pp. 1026-1027.

[1952] 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. 711..

[1953] Cass. Civ. 1ère, 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 ».

[1954] Carole AUBERT DE VINCELLES, « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », *RTD eur*. 2012, pp. 666-683.

[1955] 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 considérées abusives et insérées dans des contrats de téléphonie, 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 concernera à la fois les consommateurs impliqués au procès mais également les autres consommateurs dont les contrats comportent des clauses identiques[1956]. Cet arrêt est, d'ailleurs, 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»[1957].

360. 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 »[1958]. 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 consommateurs[1959].

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*[1960]. 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 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

---

1956 CJUE, 26 avril 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ Invitel Távközlési Zrt*, Aff. C-472/10, not. point 38.
1957 *Idem*, not. point 43. Cf. Hélène AUBRY, Elise POILLOT & Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Droit de la consommation », *D.* 2013, p. 945-955, not. p.
1958 Cass. Civ. 1ère, 3 février 2011, *Bull. civ. I*, n° 23 ; *D.* 2011, p. 1659, note Gaël CHANTEPIE.
1959 V. en ce sens, Gaël CHANTEPIE, note sous Cass. Civ. 1ère, 3 février 2011, *op. cit.,* not. pp. 1661-1662.
1960 Carole AUBERT DE VINCELLES, « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », *op. cit.*, not. § 7.

sur la fonction préventive de l'action en cessation[1961]. Or, la Cour de Justice précise bien que la portée de l'action concerne également « les consommateurs ayant conclu un contrat »[1962]. Cet effet restreint réservé par le droit français a, d'ailleurs, été indiqué par le rapport de la Commission Européenne de 2012 comme une des entraves à l'efficacité des actions en cessation[1963].

En tout état de cause, on constate que la réception des normes européennes en droit national renforce la protection collective des intérêts des consommateurs, en ouvrant également la voie aux actions transfrontalières, où des associations nationales pourraient agir contre un professionnel établit 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 voie[1964], l'internationalisation du contexte économique et social rend indispensable le rôle des acteurs de la société civile représentant les intérêts collectifs.

2. Les actions des travailleurs en cas de restructurations[1965]

361. La collectivisation de la défense des travailleurs en justice- Cette idée de collectivisation de l'intérêt protégé se retrouve en matière de protection des travailleurs, même si le champ d'intervention du droit européen est nettement moindre et les influences beaucoup plus indirectes. Ainsi, nous avons déjà pu constater l'importance que le droit européen accorde à l'information et la consultation des travailleurs. Elle est visible non seulement à travers les règles concernant le comité d'entreprise européen ou l'implication des travailleurs dans les sociétés européennes[1966], mais également à travers des instruments législatifs plus transversaux, notamment la directive 2002/14/CE sur l'information et la

---

[1961] Cf. les quatre arrêts rendus le 1er février 2005. Cass. Civ. 1ère, 1er 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.

[1962] CJUE, 26 avril 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c/ Invitel Távközlési Zrt*, *op. cit*., point 38.

[1963] 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. pp. 13-14.

[1964] COM(2012) 0635 final, *op. cit*., not. p. 6.

[1965] On entend ici le terme «restructurations» dans un sens large, comme étant « un ensemble d'initiatives ou de projets affectant les structures, juridiques ou productives, de l'entreprise mais avant tout susceptibles d'entraîner des conséquences sur l'emploi» V. Antoine LYON-CAEN, «Le comité d'entreprise et les restructurations», *Dr. soc.* 2004, p. 285-289, not.

[1966] Cf. *supra*, sous Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II, Paragraphe I.

consultation des travailleurs. A ces règles s'ajoutent également certaines dispositions de la directive 2001/23/CE sur le transfert d'entreprise ainsi que de la directive 98/59/CE sur les licenciements collectifs[1967]. Si le droit de l'Union ne prévoit pas expressément de procédure de sanction d'un défaut d'information ou de consultation des travailleurs, on peut remarquer, notamment à travers la jurisprudence de la Cour de Justice, une certaine promotion de la défense collective des intérêts des travailleurs. Le cas des licenciements pour motif économique, dans le cadre des restructurations, constitue le terrain où l'action est le plus visible[1968].

362. Le renforcement, par la CJUE, des actions des représentants des travailleurs dans le cadre des restructurations- Ainsi, dans l'affaire *Mono Car Styling*[1969], la Cour de Justice a été saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 6 de la directive 98/59/CE sur les licenciements collectifs. Cet article prévoit, en effet, que les voies de recours en cas de contestation par les salariés de la procédure de licenciement pour non respect des droits garantis par la directive, appartiennent à la compétence des Etats membres. Ces derniers doivent veiller « à ce que les représentants des travailleurs et/ou les travailleurs disposent de procédures administratives et/ou juridictionnelles aux fins de faire respecter les obligations prévues par la présente directive ». Le droit belge prévoyant des conditions assez strictes pour l'action individuelle du salarié en contestation des licenciements collectifs (limitation des griefs susceptibles d'être invoqués, notification des objections à l'employeur par les représentants des travailleurs dans un délai de trente jours ainsi qu'information de l'employeur par lettre recommandée dans un délai également de trente jours), la juridiction de renvoi s'interrogeait sur la compatibilité de ces dispositions avec le droit de l'Union.

Tout en reconnaissant que la directive n'opère pas d'harmonisation en matière des voies de recours, le juge européen fonde son raisonnement sur l'effet utile des dispositions de la directive ainsi que sur le droit à une protection juridictionnelle effective[1970] afin d'encadrer l'autonomie procédurale de l'Etat membre[1971]. Ce faisant,

---

1967 Cf. *supra*, sous Partie II, Titre II, Chapitre I.

1968 Dominique BALMARY, « Le licenciement économique : du contrôle à la négociation ? », *Dr. soc.* 2004, pp. 272-278; Françoise FAVENNEC-HERY, « Restructurations : le rôle de la négociation collective », *Dr. soc.* 2004, p. 279-284.

1969 CJCE, 16 juillet 2009, *Mono Car Styling SA, en liquidation c/ Dervis Odemis e.a.*, Aff. C-12/08, *Rec.* I-06653.

1970 CJCE, 16 juillet 2009, *Mono Car Styling SA, op. cit.*, not. points 35 à 49.

1971 Sur la question de l'encadrement de l'autonomie procédurale v. *supra*, sous Partie II, Titre II, Chapitre II, Section I, Paragraphe I.

le juge cherche à définir la nature des droits garantis par la directive. Il considère à ce titre que le droit d'information et de consultation « est conçu au bénéfice des travailleurs en tant que collectivité et possède, donc, une nature collective » ; peu importe pour cette qualification la possibilité laissée aux Etats membres d'adopter des mesures de protection individuelle des salariés[1972]. Par conséquent, la disposition nationale en cause qui n'apporte des limites qu'à l'exercice individuel des droits des travailleurs respecte bien la protection juridictionnelle effective des droits collectifs consacrés par la directive[1973].

363. L'influence des positions de la CJUE sur le droit national: le renforcement des actions du CEE- Cette expression collective de l'intérêt des salariés[1974] pourrait-elle signifier une légitimité du comité d'entreprise européen, en tant qu'organe transnational, bénéficiaire du droit d'information et de consultation consacré par le droit européen, d'agir en justice pour défendre les intérêts des salariés? En effet, la notion de l'action collective des organes représentatifs des travailleurs n'est pas inconnue des droits nationaux. Ainsi, en droit français, un syndicat peut agir en justice pour défendre l'intérêt collectif de la profession ou encore en action en substitution, même si cette dernière se trouve à mi-chemin entre l'action individuelle et l'action collective[1975]. Or, les comités d'entreprise –européens ou nationaux– ne peuvent pas agir en défense de l'intérêt collectif de la profession[1976]. Ils sont, cependant, à même d'agir lorsque l'employeur ne respecte pas leurs prérogatives, en manquant à son obligation d'information. C'est, notamment, le cas lorsque la procédure d'information dans le cadre des restructurations n'a pas été respectée. La célèbre affaire *Vilvorde-Renault,* une des premières à impliquer l'action

[1972] CJCE, 16 juillet 2009, *Mono Car Styling SA, op. cit.*, not. point 50.
[1973] *Idem*, point 51.
[1974] Sophie ROBIN-OLIVIER, « Politique sociale de l'Union Européenne. Chronique 2009-2010», *op. cit.,* not. p.
[1975] Cf. Sophie ROZEZ, « Les organisations syndicales de salariés», *in* Ismaël OMARJEE et Laurence SINOPOLI (dir), *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, *op. cit.*, pp. 144-151.
[1976] Cf. Cass. Soc., 20 septembre 2006, *Bull. V*, n° 278 où la Cour considère, pour refuser la recevabilité de l'action en justice du comité d'entreprise, que « les organisations ou groupements ayant la capacité d'ester en justice, liés par une convention ou un accord collectif de travail, peuvent en leur nom propre intenter contre toute personne liée par la convention ou l'accord toute action visant à obtenir l'exécution des engagements contractés et le cas échéant, des dommages-intérêts, cette disposition ne concerne pas le comité d'entreprise mais seulement les organisations ou groupements définis à l'article L. 132-2 du code du travail qui ont le pouvoir de conclure une convention ou un accord collectif de travail ». V. dans le même sens, Cass. Soc., 1er juin 1994, *Bull. V*, n° 186 ; *Dr. soc.* 1994, p. 715, obs. Antoine LYON-CAEN.

du comité d'entreprise européen en tant qu'organe transnational de représentation des salariés[1977], en constitue une illustration.

Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre[1978], statuant en référé, était saisi d'une demande du comité de groupe européen de Renault invoquant un défaut d'information du comité quant aux raisons économiques et stratégiques motivant de la fermeture de l'usine de Vilvorde, en Belgique. C'est à la lumière de la directive de 1994 sur le comité d'entreprise européen que le juge vérifie l'exécution des obligations de l'employeur. Le Tribunal prend également en considération «l'objectif de la communauté et des Etats membres de promouvoir le dialogue social » et se réfère dans son visa au « point 17 de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs [...], qui énonce que l'information, la consultation et la participation des travailleurs doivent être développées selon des modalités adéquates en tenant compte des pratiques étatiques en vigueur » ainsi qu'au principe de non régression par rapport à la protection déjà accordée au niveau national « soit en l'espèce le droit français qui donne à la consultation des instances représentatives du personnel, quel qu'en soit les modalités, un caractère préalable ». Il conclut, sur ces fondements, que Renault avait manqué à ses obligations. Par conséquent, il lui est interdit de procéder à la fermeture de l'usine avant l'accomplissement de son devoir d'information. L'arrêt est confirmé quelques jours plus tard par la Cour d'Appel de Versailles[1979]. Si le Tribunal se réfère –de manière plutôt symbolique– à la Charte des droits sociaux fondamentaux, elle reflète, également, par l'exigence d'une consultation préalable, la jurisprudence de la Cour de Justice[1980] sur l'effet utile des dispositions de la directive impliquant que l'information soit fournie au comité d'entreprise en temps utile[1981]. D'ailleurs, la Cour d'Appel de Versailles, confirmant l'arrêt du TGI se réfère expressément à une interprétation « à la lumière de l'objectif mentionné par la charte de 1989 » impliquant que « l'information et la consultation dont la société était débitrice devaient être « mises en œuvre en temps utile », ce qui correspond d'ailleurs simplement, en refusant même aux termes de la charte toute

---

1977 Marie-Ange MOREAU, « Restructurations et comité d'entreprise européen », *Dr. soc.* 2006, pp. 308-, not. p.

1978 TGI Nanterre, 4 avril 1997, ordonnance en référé n° 97/00992 ; Marie-Ange MOREAU & Antoine LYON-CAEN « À propos de « l'affaire Renault » », *Dr. soc.* 1997, p. 493-509.

1979 CA Versailles, 7 mai 1997, arrêt n° 308 ; *Dr. soc.* 1997, p. 506, note Antoine LYON-CAEN.

1980 Cf. supra sous Partie II, Titre II, Chapitre II, Section II, Paragraphe I.

1981 V. en ce sens, Marie-Ange MOREAU & Antoine LYON-CAEN, « À propos de « l'affaire Renault » », *op. cit.*, not. p. -

valeur intrinsèque de norme, à l'impératif général et logique de recherche de l'effet utile des règles de droit »[1982].

Suivant un raisonnement similaire, la Cour d'Appel de Paris[1983] a confirmé l'arrêt rendu par le TGI[1984] dans l'affaire de la fusion *Gaz de France-Suez*. Sur le fondement des directives 94/45/CE et 2002/14/CE le CE, les juges ont énoncé que le comité d'entreprise européen doit disposer de l'ensemble des informations nécessaires à l'appréciation du projet de la fusion, y compris le rapport de l'expert, auquel il avait le droit de recourir[1985].

364. L'action du CEE dans le cadre des opérations de concentration- Enfin, l'action du comité d'entreprise européen face aux instances européennes, notamment dans le cadre des opérations de concentration, constitue un autre volet de sa fonction représentative des intérêts collectifs[1986]. En dehors des démarches auprès de la Commission Européenne –qui ne sont pas cependant des actions en justice–, le Tribunal de l'UE a déjà accepté la demande du comité d'entreprise européen en annulation de la concentration, lorsque celle-ci nuit aux intérêts des salariés[1987]. Ainsi, dans l'affaire *Schneider-Legrand*, le comité d'entreprise européen de la société Legrand est intervenu devant le Tribunal, au soutien de la décision de séparation des entreprises Legrand et Schneider, adoptée par la Commission[1988].

365. Une protection collective et transnationale des intérêts des travailleurs et des consommateurs- Que le comité d'entreprise défende un intérêt *per se*[1989] ou une communauté d'intérêts[1990] qui ne coïncide pas avec l'addition des

---

[1982] Versailles, 7 mai 1997, *op. cit*.

[1983] CA Paris, 1re ch., sect. A, 21 nov. 2006, *Sté Gaz de France et a. c/ Comité d'entreprise européen de Gaz de France*. Sur cette même affaire v. également Cass. Soc. 16 janvier 2008, *Bull. V*, n° 6 où la Cour de Cassation a maintenu l'arrêt rendu par la CA de Paris, en considérant que les juges du fond ont a bon droit considéré que l'information fournie au comité d'entreprise européen était incomplète.

[1984] TGI Paris, ord. réf., 21 nov. 2006, *Comité d'entreprise européen de Gaz de France c/ Sté Gaz de France e.a.*

[1985] V. Bernard TEYSSIE, «À propos de l'information du comité d'entreprise européen sur un projet de fusion », *JCP S* 2006, pp. 1969.

[1986] V. en ce sens, Marie-Ange MOREAU, « Restructurations et comité d'entreprise européen », *Dr. soc.* 2006, pp. 308-, not. p.

[1987] Marianne KELLER, « 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, not. p.

[1988] TPI, 22 octobre 2002, *Schneider Electric SA c/ Commission des Communautés européennes*, Aff. T-77/02, *Rec.* II-04201.

[1989] Marianne KELLER, « L'action en justice du comité d'entreprise pour la défense de ses prérogatives économiques ou les vertus altruistes d'une action propre », *op. cit.*, not. p.

[1990] Quentin URBAN, « La « communauté d'intérêts », un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés », *RTD com*. 2000, pp.1-

intérêts individuels, force est de constater que, sous 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 mise sur des 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 »[1991] qui est un des apports les plus importants de l'influence du droit européen sur l'action de la société civile.

[1991] Élodie BETHOUX & Rachid BRIHI, «À quoi sert le comité d'entreprise européen ?», *op. cit.*, not. p.

CONCLUSION DU TITRE II

CONCLUSION DE LA PARTIE II

CONCLUSION GENERALE

366. Traiter le processus de l'européanisation du droit national nous a permis d'identifier les transformations que subit la notion du consommateur et du travailleur, aux niveaux tant national qu'européen. Elles se réalisent au moment de l'élaboration mais également au moment de l'application des normes européennes.

367. L'européanisation du droit national au moment de l'élaboration des normes européennes : des notions contractuelles nationales, point de départ du droit de l'Union– Conçus comme des contractants, parties à des contrats déséquilibrés, le travailleur et le consommateur sont soumis à des régimes différents par le droit national antérieurement à toute intervention européenne. Malgré une préoccupation de protection de la partie faible, commune aux deux contrats, les logiques dont les régimes sont imprégnés 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 ce déséquilibre. En revanche, le travailleur est nécessairement subordonné à son employeur. Cela signifie que les interventions législatives ne visent 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.

Cette différence de conception et de préoccupations motivant l'intervention législative dans le champ contractuel empêcherait, alors, de traiter les deux contractants de manière similaire ou analogue. D'ailleurs, une telle démarche ne présenterait pas, en principe, de grand intérêt pour le droit national qui a toujours la possibilité de recourir au droit commun des contrats afin de compléter les éventuelles lacunes des régimes contractuels spéciaux.

Ces conceptions nationales constituent le point de départ des normes européennes. En dépit d'une neutralité apparente des règles européennes, considérée comme une sorte de gage de légitimité, une décortication du processus décisionnel européen permet d'identifier les moyens et les acteurs, plus ou moins institutionnalisés, par lesquels les influences du droit national, «naturalisées» européennes, sont véhiculées. La prise en compte du droit national par le droit de

l'Union devient pour le législateur européen une contrainte juridique dont dépend, ne serait-ce qu'en partie, l'efficacité de la norme adoptée.

On constate alors une promotion des intérêts mais également du droit français au moment de l'élaboration du droit de l'Union. On retrouve les notions-clés de la conception des deux contractants par le droit national, notamment la subordination et le déséquilibre contractuel. L'ampleur de l'influence du droit national se justifie notamment, outre les raisons politiques, par le niveau de protection élevé du travailleur et du consommateur déjà assuré par le système juridique national. Toutefois, le bilan sur l'importance de l'influence reste relativement mitigé, étant donné que les contraintes et les finalités des deux ordres juridiques sont très différentes.

368. L'européanisation du droit national au moment de l'application des normes européennes : une protection européenne dé-contractualisée, influençant les conceptions nationales– 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 sont ainsi constatées en ce qui concerne, d'abord, le fond de la conception, l'objectif de l'intervention législative: il s'agit de (r)établir la confiance de ces deux acteurs au marché intérieur, en leur assurant une protection efficace mais pas nécessairement la meilleure protection possible. Le consommateur et le travailleur sont tantôt des moteurs, tantôt des entraves au libre fonctionnement du marché. Des similarités portent, ensuite, sur la forme : les fondements juridiques et les méthodes employées sont analogues, fondées, 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, de la place à un raisonnement par analogie. Une telle démarche aurait pour conséquence le renforcement des politiques sociales de l'Union, éventuellement un élargissement de ses compétences, voire une application par analogie des règles protectrices du consommateur –plus développées que celles protégeant le travailleur, notamment grâce à un consensus politique plus important– au travailleur.

Reçues dans l'ordre juridique national, ces conceptions européennes influencent la notion et le régime que le droit national conférait 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'européanisation entraîne une altération de la notion même du droit protégé : la protection n'est plus uni-directionnelle, dans le sens où elle irait toujours en faveur de la partie faible, consommateur ou travailleur, mais elle devient pluri-directionnelle, en intégrant d'autres critères qui sont également pris en considération. Cette altération peut être souvent perçue comme une baisse du niveau de protection jadis garantie par le droit national. On ne saurait, toutefois, arriver à une telle affirmation, étant donné que la comparaison ne peut pas se faire en termes absolus mais doit tenir compte de la nature des intérêts protégés.

Le rôle du juge, tant européen que national, s'avère central dans ce processus d'européanisation, 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 véhiculant des interactions. Enfin, on ne saurait négliger la place occupée par la société civile qui constitue, dans les deux champs d'étude, un acteur important renforçant la collectivisation des intérêts protégés.

369. Vers une certaine convergence des conceptions européenne et nationale par le processus de l'européanisation– Le processus de l'européanisation 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, notamment par le biais du régime spécial accordé au consommateur, le domaine du droit commun des contrats. 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 et la proposition de Règlement sur la vente 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, qui réservait initialement au consommateur et au travailleur une approche exclusivement contractuelle, développe progressivement des mécanismes dé-contractualisés, en portant un regard plus attentif aux acteurs. Les interventions européennes l'incitent ainsi à repenser la protection des personnes. La conclusion de Monsieur Robert Kovar, dans son rapport de synthèse du colloque intitulé « Vers une culture juridique européenne ? » décrit cette démarche du droit national: « l'élargissement des perspectives du juriste est l'une des caractéristiques de cette culture juridique européenne en gestation. Elle s'accompagne d'un approfondissement de la réflexion du juriste sur les institutions de son droit. Le juriste français, plus que d'autres, peut-être, est incité à remettre en cause des conceptions qui pouvaient lui sembler intangibles. [...] le privatiste est convié par le droit communautaire [...] à s'intéresser d'une manière quelque peu nouvelle à la personne »[1992].

370. Un décloisonnement des matières– L'étude 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. Cette constatation saurait-elle justifier de traiter le travailleur en tant que quasi-consommateur ? Une réponse affirmative est pourtant loin d'être évidente, d'autant plus que la démarche inverse aurait également pu être soutenue. Il serait ainsi possible de penser le décloisonnement 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. En dépit de son intérêt, une telle thèse ne servirait

[1992] Robert KOVAR, « Rapport de synthèse » *in* Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO (dir), *Vers une culture juridique européenne?*, *op. cit*., pp. 223-225, not. p. 224.

pas les 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.

En tout état de cause, le décloisonnement constaté incite à réfléchir, aussi bien au niveau national qu'au niveau européen à la protection de la personne en tant qu'acteur dans un marché dont les enjeux sont désormais transnationaux. Il ne s'agit pas tellement de penser à un droit de la partie faible mais plutôt de garantir aux acteurs le cadre institutionnel nécessaire afin qu'ils puissent en toute confiance saisir les opportunités de ce marché transnational.

BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE

OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS, COURS, MANUELS

En langue française :

AUBIN Gérard, BOUVERESSE Jacques, *Introduction historique au droit du travail*, Paris, PUF, 1995.

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

BARRAU Patrick, HORDERN Francis, *Histoire du droit du travail par les textes, t. 1 De la Révolution à la Première Guerre Mondiale (1791-1914)*, [dans chapitre précédent ?].

BERGE Jean-Sylvestre, ROBIN-OLIVIER Sophie, *Droit européen. Union Européenne, Conseil de l'Europe*, Paris, PUF, Thémis, 2011

BERGE Jean-Sylvestre, *L'application du droit national, international et européen*, Paris, Dalloz, 2013.

BLANC Louis, *Organisation du travail*, 9e éd. refondue et augmentée de chapitres nouveaux, Paris, éd. Au bureau du nouveau monde, 1850.

BRY Georges, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 5ème édition, 1912.

BRY Georges, *Cours élémentaire de législation industrielle*, Paris, Lerose, 1895.

CABRILLAC Rémy (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Paris, 3ème édition, Litec, 2008.

CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, *Droit de la consommation,* Paris, Dalloz, Précis, 8ème édition, 2010.

CARBONNIER Jean*, Droit civil /4 Les obligations,* Paris, PUF, 27ème éd., 2004.

CORNU Gérard (dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 2007.

COURCELLE Louis, *Traité de législation ouvrière*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1902.

COUTURIER Gérard, *Droit du travail, 1) Les relations individuelles de travail*, 3ème éd., Paris, PUF, 1996.

DUBOUIS Louis, BLUMANN Claude, *Droit matériel de l'Union Européenne*, Paris, Montchrestien, 5ème édition, 2012.

DOCKES Emmanuel, AUZERO Gilles, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, Précis, 29ème édition, 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, V. Giard et E. Briere, 1892.

DURAND Paul, *Traité de droit du travail*, Tome 1, Paris, Dalloz, 1947.

GAUDEMET Yves, STIRN Bernard, DAL FARRA Thierry, ROLIN Frédéric, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 2ème édition, Paris, Dalloz, 2002.

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*, 1ère édition, Paris, PUF, 1992.

GHESTIN Jacques (dir.), *Traité de droit civil*, Paris, LGDJ, 2013.

HALPERIN Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2ème édition, Paris, PUF, 2012.

HENNION Sylvie, LE BARBIER-LE BRIS Muriel, DEL SOL Marion, *Droit social européen et international*, 2ème édition, Paris, PUF, 2013.

LE GOFF Jacques, *Droit du travail et société*, *Tome 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, Thémis, 2011.

LOKIEC Pascal, *Droit du travail, t. II, Les relations collectives de travail*, Paris, PUF, Thémis, 2011.

OLLIER Pierre-Dominique, *Le droit du travail*, Paris, Armand Colin, 1972.

OLSZAK Norbert, *Histoire du droit du travail*, Collection, « Que sais-je ? » n° 3450, Paris, PUF, 1999.

PIC Paul, *Traité élémentaire de la législation industrielle*, Paris, A. Rousseau, 1894.

PICOD Yves, DAVO Hélène, *Droit de la consommation*, 2e éd., 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, *Traité de droit social de l'Union Européenne*, 2ème édition, Paris, LGDJ, 2014

SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, (dirigé par) GHESTIN Jacques, *Les contrats de consommation. Règles communes*, Paris, LGDJ, 2013.

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, *Critique du droit du travail*, 2ème édition « Quadrige », Paris, PUF, 2007.

SUPIOT Alain, *Droit du travail*, Paris, PUF, Collection « Que sais-je ? », 2004.

TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, Précis, 11ème édition, 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, Université Paris II, Paris, 1975.

ARNAUD André-Jean, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE, *Terminologie contractuelle commune*, Paris, Société de législation comparée, 2008.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, SOCIETE 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-Marseille, PUAM, 2002.

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.

BARAV Ami, *La fonction communautaire du juge national*, thèse dactyl., Strasbourg, Université Robert-Schuman, 1983.

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.

BELLISSENT 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-Marseille, PUAM, 2007

BERNARD Henri, *Le livret ouvrier*, thèse, Université de Lyon, Paris, éditions 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*, 3ème 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*, Paris, éd. A. Colin, 7ème éd., 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*, Paris, thèse soutenue à l'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, Fondation Varenne, LGDJ, Paris, 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.

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*, 2ème éd., Paris, La documentation française, 2010.

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.

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, 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, Paris, 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*, thèse, Université Paris Nanterre Ouest La Défense, Nanterre, 2011.

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, 1987.

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).

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.

DOLLAT Patrick, *La citoyenneté européenne. Théorie et statuts,* Bruxelles, Bruylant, 2008.

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 Franck MODERNE, éditions 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 éditons 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, Librairie générale de droit et de jurisprudence R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1963.

FASQUELLE Daniel, MEUNIER Partick (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.

FOUILLEE Alfred, *L'idée moderne du droit*, 3ème édition, Paris, Hachette, 1890.

FOURCADE Cécile, *L'autonomie collective des partenaires sociaux. Essai sur les rapports entre démocratie politique et démocratie sociale*, Paris, LGDJ, 2006.

GERMAIN Louis, *La jurisprudence et la réglementation légale du contrat de travail*, thèse dactyl., Université de Paris, Paris, 1906.

GOULET Isabelle, *Vers un principe de non-discrimination en droit du travail ?*, thèse dactyl, Université Paris II, Paris, 2001.

GOUNOT Emmanuel, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé*, Université de Dijon, 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, Université Montpellier I, Montpellier, 1998.

HAURIOU Maurice, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté,* Paris, Blond & Gay, 1933.

JACQUES Philippe, *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, Paris, Dalloz, 2005.

JACOB DE FRADERA Maria Vera, *Réflexions sur l'apport du droit comparé à l'élaboration du droit communautaire*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2002.

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*, thèse, Aix-Marseille, PUAM, 2000.

LATTES Jean-Michel, *Le principe de non discrimination en droit du travail*, thèse dactyl., Université Toulouse I, Toulouse, 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, Université Jean Moulin- Lyon 3, Lyon, 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, Une histoire du droit du travail : des années 1830 à nos jours*, 3ème édition Paris, éd. Calligrames, 1989.

LE GOFF Jacques, *Du silence à la parole –Une histoire du droit du travail*, Rennes, P.U.R. 2004.

LE GOFF, *Droit du travail et société – Les relations individuelles de travail*, Rennes, P.U.R. 2002.

LECOURT Robert, *L'Europe des juges,* Bruxelles, Bruylant, 2007 (réimpression de l'ouvrage paru en 1976).

LEGENDRE Angélique (dir.), *L'action collective ou action de groupe, Se préparer à son introduction en droit français et en droit belge*, Bruxelles, Larcier, coll. Contrats & Patrimoine, 2010.

LEVY Emmanuel, *La vision socialiste du droit*, éd. Marcel Giard, Collection Internationale des Juristes Populaires, Paris, 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-Marseille, PUAM, 2008.

MARKOVITS Yvan, *La directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Paris, LGDJ, 1990.

MATTERA Alfonso, *Le marché unique européen*, 2e édition, Paris, Jupiter, 1990.

MARZO Claire, *La dimension sociale de la citoyenneté européenne*, Aix-Marseille, PUAM, 2011.

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, 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-Marseille, 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 Bouwer, 1996.

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

NICOLOPOULOS Panagiotis, *Le droit communautaire devant le juge répressif national*, thèse, 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.

PANCRAZI-TIAN Marie-Eve, « L'influence du droit communautaire sur le droit français de la consommation».

PASQUIER Thomas, *L'économie du contrat de travail : conception et destin d'un type contractuel*, Paris, LGDJ, 2010.

PARTSCH Philippe-Emmanuel, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, Bruxelles, Larcier, 2003

FUCHS Angelika, MUIR WATT Horatia, PATAUT Etienne, *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Paris, Dalloz, 2004.

PEGLION-ZIKA Claire-Marie, *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.

PELISSIER Jean, LYON-CAEN Antoine, JEAMMAUD Antoine, DOCKES Emmanuel, *Les grands arrêts du droit du travail,* Paris, Dalloz, 2008.

PERRON Xavière, *L'obligation de conseil*, thèse, Université de Rennes I, Rennes, 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.

POMBIEILH Denise, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats*, thèse, 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.

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.

REVET 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, Université Paris I, 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, Collection droit de l'Union européenne, Bruylant, Bruxelles, 2008.

ROBIN-OLIVIER Sophie, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, thèse, PUAM, Aix-Marseille, 1999.

ROCCATI Marjolaine, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

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 *Mélanges en l'honneur de G. Viney*, Paris, LGDJ-Lextenso,2008, pp.835-866.

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.

RZEPECKI Nathalie, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-Marseille, 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.
SAUPHANOR-BROUILLARD Natacha, *Les contrats de consommation : règles communes*, Traité de droit civil (sous la direction de Jacques GHESTIN), Paris, LGDJ, 2013.

SAURON Jean-Luc, LANCERON Virginie, *L'administration nationale et l'Europe. Acteurs nationaux et décisions communautaires*, Paris, La documentation française, 2008.

SAURON Jean-Luc, « Les réseaux d'administrations communautaires et nationales » *in* JEAN Bernard, AUBY DUTHEIL DE LA ROCHERE Jacqueline (dir), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

SCHMITT Mélanie, *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, thèse, Aix-Marseille, 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, Bruxelles, Nomos 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*, Centre de documentation et de recherche 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 communautaire: une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, 2009.

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, 2e édition, 2007.
SUPIOT Alain, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 2002.

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, Université Paris XII, Paris, 2008.

TROLET Georges, *L'assurance accidents du travail dans la loi du 9 avril 1898*, thèse, Université de Paris, 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 dactylographiée, Université Aix-Marseille 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,* thèse, Université de Montpellier, Paris, LGDJ, 1998.

VACHEROT Etienne, *La Démocratie*, Bruxelles, A. Lacroix, Van Meenen et cie, Imprimeurs-Editeurs, 2ème édition, 1860.

VANNES Viviane (dir.), *Le lien de subordination dans le contrat de travail*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

DE VAREILLES-SOMMIERES Pascal (dir.), *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998.

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*, thèse, Université de Paris I, Paris, LGDJ, 1986.

WAIYAMUK Awnrumpa, *La protection du consommateur en droit international privé européen*, thèse, 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.

BECK Ulrich, *What is globalization*, Cambridge, Polity Press, 2000.
BASEDOW Jürgen (ed), *European Private Law*, *Sources*, t. I, La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1999.

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.

EPPINK Derk-Jan, *Life of a European Mandarin. Inside the Commission*, (traduit en anglais par Ian Connerty), Tielt, 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,* Wolters Kluwer Law & Business, Aspen casebooks series, Boston, Chicago, 8ème édition, 2011.

ROSAMOND Ben, *Theories of European integration*, New York, Palgrave Macmillan St. Martin's press, 2000.

SENDEN Linda, *Soft Law in European Community Law*, Hart Publishing, Portland, Oregon, 2004.

SNYDER Francis (ed.), *The Europeanisation of law : the legal effects of european intégration*, Oxford-Portland, Hart publishing, 2000.

STEINDORFF Ernst, « Privatrecht und Europäischer Binnenmarkt » in BÜRGGEMEIER Gert (dir.), Verfassungen für ein ziviles Europa, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1994.

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, Oxford University Press, 1996.

WILHELMSSON Thomas, Social contract law and European integration, Aldershot, Dartmouth Publishing, 1995.

WOODS Lorna, WATSON Philippa, *Steiner & Woods Eu law*, 11ème édition, Oxford, Oxford University Press, 2012.

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, pp. 193s.

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 », *Revue de droit du travail* 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.

ANTOMMATEI Pierre-Henri, COURSIER Philippe, TEYSSIE Bernard, « Droit social européen et international », *JCP éd. E*, 1996, p. 567.

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice », *RTD Eur*. 2012, p. 666-.
AUBERT DE VINCELLES Carole, SAUPHANOR-BROUILLARD Natacha, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur», *D*. 2014, p. 879-888.

AUBIN Gérard, « La loi du 9 avril 1898, rupture ou continuité ? », *Droit Social*, 1998, p. 635-637.

AUBRY Éric, « L'article L.1 du Code du travail : dialogue social et démocratie politique », *Dr. Soc*. 2010, p. 517-.

AUBRY Hélène, POILLOT Élise, SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Droit de la consommation », *D. 2013*, p. 945-.

AZOULAI Loïc (dir.), « Application du droit communautaire par la Cour de Cassation (janvier-juillet 2008) », *Revue Europe*, n° 11, 2008, Chron. 1., p.

AZOULAI LOÏC, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, 2010, Paris, Dalloz, p. 1-

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-.

BALMARY Dominique, « le licenciement économique : du contrôle à la négociation ? », *Dr. Soc*. 2004, p. 272- 278.

BARON Frédéric, *Marché intérieur et droit social dans l'Union Européenne*, Aix-Marseille, PUAM, 1998.

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.

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).

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, n° 47, p. 606-.

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, éd. 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.

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* Alain SUPIOT (dir.), *Le travail en perspectives*, Paris, LGDJ, pp. 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. 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. 1076.
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 d'une communauté de lois: le front européen », *in Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p. 113-136.
BERGE Jean-Sylvestre, «Le droit national des contrats, nouveau complexe du droit européen des contrats ?», *RDC*, 2012, pp. 569 s.
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, n° 2, pp. 523-526.

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
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, pp. 9-12

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, n° 168, pp. 1719-1728.

BETHOUX Elodie, BRIHI Rachid, «À quoi sert le comité d'entreprise européen ?», *Revue de droit du travail 2012*, p. 9.

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.

BONNECHERE M., « L'ordre public au sens du droit du travail », *JCP* 1974, 11604, p. 601.

BONNIN Vincent, « La "démocratie sociale" constitutionnalisée ? », *Dr. Soc.* 2014, p. 428-.

BOURGOIGNIE Thierry, «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.

BORE Louis, « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995, p. 267.

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. 104.

BROUSSY Emmanuelle, DONNAT Francis, LAMBERT Christian, EDELMAN Bernard, « Droit du travail, droit de la concurrence. Un nouveau contrat social », *D.* 2009, chron. p. 1547.

BROUSSY Emmanuelle, DONNAT Francis, LAMBERT Christian, *AJDA* 2006, Chron. p. 247.

BUREAU Dominique, «Remarques sur la codification du droit de la consommation», *D.*

1994, p. 291.

BUSSANI Mauro, MATTEI Ugo, « Le fonds commun du droit privé européen », *RIDC*, 1-2000, p. 29.

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, [dans chapitre précédent].

C. ROBIN, « L'obligation d'information en droit du travail : l'exemple du bulletin de paye », *Revue de Recherche Juridique* 2004, III, p. 1978.

CABALLERO Francis, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *R.T.D. Civ*. 1985, p. 247-276.

CALAIS-AULOY Jean, « Les actions en justice des associations de consommateurs », *D*. 1988, Chron., p. 193.

CALAIS-AULOY Jean, « La Communauté européenne et les consommateurs » in Mélanges offerts à André Colomer, Paris, Litec, 1993, p. 119-127, not. p. 120.

CALAIS-AULOY Jean, "Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel", *Recueil Dalloz, Cahier droit des affaires*, 2002, Chron., p. 2458.

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.

CALAIS-AULOY Jean, « L'influence du droit de la consommation sur le droit commun des contrats », *RTD Civ.* 1994, p. 239-254.

CANUT Florence, « Application à la RATP des dispositions relatives au temps de pause issues de la directive « temps de travail » du 4 novembre 2003 », *Revue de Droit du Travail* 2010, p. 446.

CAPPELLETTI M., « La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile) », *RIDC* 1975, p. 571.

CARREAU Caroline, « Publicité fausse 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.

CHALTIEL Florence, « La citoyenneté européenne », Cahiers du Conseil constitutionnel n° 23 (Dossier La citoyenneté), février 2008, p. 109.

CHASSARD Yves, VENTURINI Patrick, « La dimension européenne de la protection sociale », *Dr. soc.* 1995, pp. 772 s.

CHAUCHARD Jean-Pierre, « Les avatars du travail indépendant », *Dr. Soc.* 2009, p. 1065.

CHAZAL Jean-Pascal, « De la cohérence de la notion de consommateur : de l'unicité de la définition à la multiplicité des régimes », *D.* 1999, p. 249.

CHAZAL Jean-Pascal, «Le consommateur existe-t-il?», *D.* 1997, p. 260.

CHEVALLIER Jacques, « Présentation » *in* CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE, *La société civile* (ouvrage collectif), Paris, PUF, 1986.

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.

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.

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, not. p. 11.

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 Vandersanden*, 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.

CONSTANTINESCO Vlad, « Nationalité et citoyenneté à l'épreuve du droit européen. Retour sur quelques arrêts de la Cour de justice des Communautés européens », in Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier : la France, l'Europe, le monde, 2008, Paris, Pedone, p. 267.

CORNU Gérard, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », *D.* 2002, pp. 351-352.

COURSIER Philippe, « La notion de travailleur salarié en droit social communautaire », *Droit soc.* 2003, p. 305.

COUTURIER Gérard, « 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*, 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.

DARMAISIN Stéphane, « Le concept de transfert d'entreprise », *Dr. Soc.* 1999, p. 343.

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.

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, éditions 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*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, p. 241-286.

DECOUX Anne-Sophie, SORDET Caroline, Entretien de Pierre CATALA, *JCP G* 2005, I, n°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, chr., p. 01.

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, éd. Economica, 2001, pp. 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* 4-2000, pp. 753-780.

DELORS Jacques, 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.

DELPECH Xavier, «Première bougie pour le régime de l'auto-entrepreneur », *D.* 2010, p. 77.

DESBARATS I., « Affaire *Baby Loup* : laïcité fragilisée ou liberté religieuse renforcée ? », *JCP S* 2013, n° 29, p. 1297.

DESPAX Michel, « L'évolution du rapport de subordination », *Dr. Soc.* 1982, p. 11.

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*, Dalloz, 2004, p. 203.
DOCKES Emmanuel, « Notion de contrat de travail », *Dr. Soc.* 2011, p. 546.
DOCKES Emmanuel, « Pouvoir patronal et démocratie », *Semaine sociale Lamy* 2008, n°1340 (supplément du 11/02/2008).

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.

DUBOS Olivier, « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? », *LPA*, 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 dépénalisation de l'action collective des associations habilitées ? », *D.* 2010, p. 1842.

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, CEDIN, Paris X, éd. Pedone, 2003, p. 5-18.
DE LA MARNIERE E-S, « Les législations de protection », *D.* 1950, p. 93.

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.

FALLON Marc, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Rev. Crit. de DIP* 2008, p. 781.

FASQUELLE Daniel, « Rapport introductif » in FASQUELLE Daniel, MEUNIER Partick (dir.), Le droit communautaire de la consommation. Bilan et perspectives. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 14 et 15 janvier 2000, La documentation française, Paris, 2002.
FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ.* 2002, p. 463.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « La confiance légitime et l'estoppel, rapport général» in FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), La confiance légitime et l'estoppel, op.cit., p. 9-61.
FAVENNEC-HERY Françoise, « Restructurations : le rôle de la négociation collective », *Dr. Soc.* 2004, p. 279.

FIESCHI-VIVET Paul, « L'impact de la Communauté Européenne sur le droit du travail français », *RJS* 10/90, Chr., 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 », *Contrats, Concurrence, Consommation*, 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 », *Gazette du Palais*, 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», *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 2000, pp. 228-242.
GAUDU François, « L'ordre public en droit du travail », *in Le contrat au début du XXIème siècle, Mélanges offerts à J. Ghestin,* Paris, LGDJ, 2001, p. 363.

GENIAUT Benoît, « Le contrat de travail et la réalité », *RTD* 2013, p. 90.

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

GICQUIAUD Emilie, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif», *RTD Com.* 2014

p. 267.

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.

GRARD Loïc, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation » in Daniel FASQUELLE & Partick 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.
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.

GRIGNARD Marcel, « Articuler démocratie sociale et démocratie politique », *Dr. Soc.* 2010, p. 515.

GUINCHARD Serge, « Une class action à la française ? », *D.* 2005, Chron., p. 2180-2181.
GUINCHARD Serge, « Vingt ans après : l'évolution des sanctions de la publicité mensongère », *Mélanges offerts à A. Chavanne*, Paris, Litec, 1990.

HALPERIN Jean-Louis, « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal*. 1997, p. 1176.

HAQUET Arnaud, « L'action positive, instrument de l'égalité des chances entre hommes et femmes », *RTD Eur*. 2001, p. 305.
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.

HESSE Philippe-Jean, « La genèse d'une loi : de la révolution industrielle à la révolution juridique », *Droit social*, 1998, p. 638-643.

HEUZE Vincent, « A propos d'une « initiative européenne en matière de droit des contrats», *JCP* 2002, I, n°152, pp. 1314-1345.
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.

HUET Jérôme, « Nous faut-il un « euro » droit civil ? », *D.* 2002, pp. 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-1er février 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 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.

JEAMMAUD Antoine, LE FRIANT Martine, LYON-CAEN Antoine, «L'ordonnancement des relations du travail», *D.* 1998, p. 359.

JEAMMAUD Antoine, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? » *in* OSMAN Filali (dir.), *Vers un Code européen de la consommation ?* , Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 35-51.
JEAMMAUD Antoine, « Le principe de faveur. En quête sur une règle émergente », *Dr. Soc.* 1999, p. 115.

JEAMMAUD Antoine, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt *Labbane* », *Dr. Soc.* 2001, p. 231.
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.

KERBRAT-ORECCHIONI Catherine, « La notion d'interaction en linguistique : origine, apports, bilan » *in Langue française*, vol. 117 n°1, *La linguistique comme discipline en France*, pp. 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*, *op. cit.*, p. 11-12.
KOVAR Robert, SIMON Denis, « La citoyenneté européenne », CDE 1993, p. 285-316.
LABAYLE Henri, « Vers une citoyenneté européenne ? Le point de vue du droit communautaire », LPA 1992, p. 23.
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.

LAGARDE Xavier, « Transaction et ordre public », *D.* 2000, p. 217.

LANGLOIS Philippe, « La négociation collective d'entreprise : la politique communautaire », *Dr. Soc.* 1990, p. 673.

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.

LANQUETIN Marie-Thérèse, « Un tournant en matière de preuve des discriminations », *Dr. Soc.* 2000, p. 589-.

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.

LAULOM Sylvaine, MERLEY Nathalie, « La fabrication du principe de faveur », *RDT* 2009, p. 219.

LECLERC Christophe Olivier, PASQUIER Thomas, « La dépendance économique en droit du travail : éclairages en droit français et en droit comparé. 1ère partie : la tentation de la dépendance économique », *RTD* 2010, p. 83.

LECOURT Robert, « Allocution inaugurale » in *La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire* (ouvrage collectif), 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.

LEGEAIS Dominique, « Loi du 28 janvier 2005 de protection des consommateurs », *RTD Com.* 2005, p. 398-399.

LEGRAND Pierre, « Le primat de la culture », *in* de VAREILLES-SOMMIERES Pascal (dir.), *Le droit privé européen*, *op. cit*., pp. 1-19.
LEGRAND Pierre, « Sens et non-sens d'un code civil européen », *RIDC* 1996, pp. 779-812.
LEQUETTE Yves, « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar », *D.* 2002, pp. 2202-2214
LEROUGE Loïc, «L'obligation de sécurité de l'employeur en Europe», *Revue de droit du travail* 2008 p. 124.

LHERNOULD Jean-Philippe, « Transfert d'entreprise. Etat des relations entre le droit communautaire et le Code du travail », *RJS,* 2002, p. 804.
LHERNOULD Jean-Philippe, « Révision de la directive temps de travail », *RJS*, 2009, p. 523.
LHERNOULD Jean-Philippe, «L'obligation d'adaptation du droit du travail français à la jurisprudence de la CJUE », *Dr. Soc.* 2010, p. 893.

LIMPENS Anne, « Harmonisation des législations dans le cadre du Marché commun », *RIDC*, vol. 19, n° 3, juillet-septembre 1967, pp. 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.
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.
LUBY Monique, « Publicité commerciale », *Dalloz, Répertoire de droit communautaire*, janvier 2005.
LUBY Monique, «Notion de consommateur: ne vous arrêtez pas à l'apparence», *Contrats, Concurrence, Consommation,* 2002, Chron, n°14, p. 4.

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*, n° 2, Mars 2002, p. 87-91.

LYON-CAEN Antoine, « Le droit, la mobilité et les relations de travail : quelles perspectives » *Rev. Marché Commun*, n°334, 1991, p. 108-113.
LYON-CAEN Antoine, « La négociation collective dans ses dimensions internationales », *Dr. Soc*. 1997, p. 352.
LYON-CAEN Antoine, «Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire», *D*. 1997, p. 68.

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-1er février 2003*, p. 76-84.
LYON-CAEN Antoine, «Le comité d'entreprise et les restructurations », *Dr. Soc*. 2004, p. 285.
LYON-CAEN Gérard, «Les caractères originaux du droit social européen» *in Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, pp. 325-338, not. p. 330.
LYON-CAEN Gérard, « Subsidiarité et droit social européen », *Dr. Soc*. 2007, p. 382.
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, Etude n° 183, p. 2109-2112.

MALAURIE Philippe, « Le Consommateur. Rapport de synthèse, présenté au 81e Congrès des notaires », *Defr.*, 1985, n° 33593, p. 1042.

MALAURIE Philippe « 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, n° 110, pp. 281-285.

MANACORDA Stefano, « Un bilan des interférences entre droit communautaire et droit pénal: neutralisation et obligation d'incrimination », *RSC* 2006, p. 245.
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. 149.

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.
MARTINEZ Jean, « Les mouvements d'extension du droit de la santé au travail », *JCP S* n°16, 14 Avril 2009, Etude n°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.

MAZEAUD Antoine, « Transfert d'entreprise : brèves observations à la lecture de la directive du 19 juin 1998 » *Dr. soc.,* 2000, p. 417.
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-Marseille, 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 drois 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. 73-99.
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 s.
MERTENS Josse, « La jurisprudence de la Cour de justice comme instrument de l'intégration communautaire », *CDE* 1976, n°2-3, 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.

MESTRE Jacques, FAGES Bertrand, «La résiliation unilatérale sans motif et … sans abus», *RTD Civ.* 2006, p. 314.

MICKLITZ Hans, «La modernisation du droit des obligations: l'intégration du droit de la consommation et l'européanisation», *Revue européenne de droit de la consommation* 1/2003, p. 3-17.

MOIZARD Nicolas, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée. L'exemple du droit du travail français*, Aix-Marseille, PUAM, 2000.
MOIZARD Nicolas, « Quelques observations sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice en matière de droit social», *D.* 2010, p. 1216.

MORAND Michel, « Elément 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.
MOREAU Marie-Ange, « Restructurations et comité d'entreprise européen », *Dr. Soc.* 2006, p. 308.

MOREAU Marie-Ange, LYON-CAEN Antoine, « À propos de « l'affaire Renault » » *Dr. Soc.* 1997, p. 493.

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.

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.

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

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*, Dalloz 2005, p. 615.
MUIR WATT Horatia, « Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social », *Rev. Crit. de DIP* 2008, p. 356.

MULLER-JACQUOT Jeanine, « La directive CEE 91/533 du 14 octobre 1991 et ses incidences sur le contrat de travail », *Droit Ouvrier* 2000, p. 114.

NERON Sylvain, « La rénovation de la démocratie sociale : perspectives et prospectives », *Rev. trav.* 2009, p. 426.

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, p. 119.

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.

PAISANT Gilles, «Le point sur les clauses abusives», *in* CALAIS-AULOY Jean, CAUSSE Hervé (dir), *Après le code de la consommation, grands problèmes choisis*, p. 93-106.

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, Etude n° 135, p. 923-925.

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*, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, Lausanne, 2009, p. 1-16.

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. 637.

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, *Gazette du Palais* 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.

PIGASSOU Paul, « L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale», *Dr. Soc.* 1982, p. 578.

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.

PIZZIO Jean-Pierre, «Le droit de la consommation à l'aube du XXIe siècle. Bilan et perspectives», p. 878.

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 Jean-Pierre, «L'application du droit primaire» in OSMAN Filali (dir.), Vers un Code européen de la consommation ?, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 90.

PIZZIO Jean-Pierre, « Droit communautaire de la consommation et droit français de la consommation », *in* FASCQUELLE 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*, La documentation française, Paris, 2002, p. 189.

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, octobre 2002, p. 59.
PIZZIO-DELAPORTE Corinne, « Libertés fondamentales et droits du salarié le rôle du juge », *Dr. Soc.,* 2001 p. 404.

POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, « Note de lecture sur l'ouvrage de Jean-Sylvestre BERGE et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Introduction au droit européen* », *RTD Civ.* 2009, pp. 397-401.
POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine, «Quelles méthodes pour quelle Europe?», *in* POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine (dir), *Trajectoires de l'Europe, unie dans la diversité depuis 50 ans*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 189-198.
POTVIN-SOLIS Laurence, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in LICHERE 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.

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, p. 387-395.

RADÉ Christophe, « Des critères du contrat de travail », *Dr. Soc.* 2013, p. 202.

RADÉ Christophe, « L'ordre public social et la renonciation du salarié », *Dr. Soc*. 2002, p. 931.

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.
RAY Jean-Emmanuel, «Du tout-Etat au tout-contrat», *Dr. Soc*. 2000, p. 574.
RAY Jean-Emmanuel, «Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004 » *Dr. Soc.* 2004, p. 590.
RAY Jean-Emmanuel, «Les sources de la loi du 31 janvier 2007», *Dr. soc*. 2010, p. 496.
RAYMOND Guy, « Commentaire de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs », *Contrats Concurrence Consommation*, février 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, Dalloz, p. 23-30.

REVET Thierry, « L'objet du contrat de travail », *Dr. Soc.* 1999, p. 859.
REVET Thierry, « L'ordre public dans les relations de travail », *in L'ordre public à la fin du XX*ème *siècle*, Dalloz, p. 43.

ROBIN Sophie, «L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger», *Dr. soc.* 1994, p. 127-135.
ROBIN-OLIVIER Sophie, «La référence des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam», Dr. soc. 1999, p. 609.
ROBIN-OLIVIER Sophie, « Les contrats à durée déterminée des « seniors » à l'épreuve du principe général de non-discrimination en fonction de l'âge », *Revue de droit du travail* 2006, p. 133.
ROBIN-OLIVIER Sophie, « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIe siècle, un Livre vert présenté par la Commission européenne », RDT 2007, p. 89.
ROBIN-OLIVIER Sophie, PATAUT Etienne, « Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval) », *Revue de Droit du Travail* 2008, p. 80.

ROBIN-OLIVIER Sophie, « Politique sociale de l'Union Européenne. Chronique 2009-2010», *RTD Eur*. 2010, p. 673.

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

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, «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.
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 », *Recueil Dalloz* 2009, pp. 2047-2052.

RODIERE Pierre, « Construction européenne et droit du travail » in *Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 1989, pp. 33-49, not. p. 33.
RODIERE Pierre, « Droit social : famille et égalité de traitement », *RTD Eur*. 1989, p. 298.
RODIERE Pierre, « Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ?», *Dr. Soc.* 2007, p. 1015.

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.

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.

SAVATIER Jean, « Travail de nuit des femmes et droit communautaire », *Dr. Soc.* 1990, p. 466.

SCHMITT Mélanie, « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. Soc.* 2010, p. 682.
SCHMITT Mélanie, « Nouvelles décisions de la Cour de justice sur la discrimination liée à l'âge : un pas en avant, deux pas en arrière », *Revue de droit du travail* 2010, p. 237.

SCHMITT Mélanie, «L'influence de l'Union européenne sur les réformes françaises du marché du travail et de l'emploi », RDT 2014, p. 454.
SCHULTE-NÖLKE Hans, TWIGG-FLESNER Christian, EBERS Martin (dir.), *Compedium CE de Droit de la consommation. Analyse comparative*, Université de Bielefeld, avril 2007.

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.
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, not. p. 138.
SCHWARTZ Ivo E., «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.
SCHWARTZ R., La laïcité paradoxalement consacrée, Sem. soc. Lamy 2013, n° 1577, p. 8.

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.

SINOPOLI Laurence, « Class actions en France », *Contratto e Impresa/ Europa* n°2/2011, p. 477.

SINOPOLI Laurence, PIETRINI Silvia, DEBOURG Claire, THEOCHARIDI Eva, « Collection des actions et renforcement des effets des décisions » in SINOPOLI Laurence, OMARJEE Ismaël (dir.), *Décisions de justice et dépassement des intérêts individuels*, Paris, Dalloz, à paraître.

SOULIER Gérard, «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.
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.

SUPIOT Alain, « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. Soc.* 2000, p. 131-145.
SUPIOT Alain, «Principe d'égalité et limites du droit du travail (en marge de l'arrêt *Stoeckel*)», *Dr. Soc.* 1992, p. 382-385.

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, p. 49-75.
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.

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. 1069.

TERCIER Pierre, « La perméabilité des ordres juridiques » *in* Ouvrage collectif *Perméabilité des ordres juridiques,* Institut Suisse de droit comparé, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1992, p. 12.

TEYSSIE Bernard, «La négociation collective et la norme communautaire dans l'accord européen sur la politique sociale», *JCP E*, 1994, I, p. 352.
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, « Le comité d'entreprise européen. (Directive n° 94/45 du 22 septembre 1994) », *JCP E*, 1995, 416.
TEYSSIE Bernard, « A propos de l'information du comité d'entreprise européen sur un projet de fusion », *JCP S* 2006, p. 1969.
TEYSSIE Bernard, «Un nouveau droit de la relation de travail ? », *Dr. Soc.* 2008, p. 623.

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. 10.
TISSEYRE Sandrine, « Paradoxes autour de la notion de non-professionnel », *D.* 2011, p. 2245.

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, « 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, « 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.

VANDAMME François, « 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.

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*, éd. Economica, Paris, 2001, pp. 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. 861.
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.

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.

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», *RTDEur* 2002, p. 662.
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, « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », *JCP G* 2002, I, Etude n°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'interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP G*, 2002, I, 177.
VINEY Geneviève, « L'apport du droit communautaire au droit français de la responsabilité civile », *Mélanges Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2004, p.1135-1150.
WAQUET Philippe, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », *RJS* 12/1996, p. 791-798.
WAQUET Philippe, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », *Dr. Soc.* 2000, p. 1051.

WITZ Claude, «Rapport de synthèse» *in* JAMIN Christophe, MAZEAUD Denis (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, éd. Economica, 2001, pp. 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. 238.

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.

CANARIS Claus-Wilhelm, « Die Reform des Rechts der Leistungs-störungen », *Juristen Zeitung*, 2001, p. 499-524.

CARTWRIGHT John, « Protecting legitimate expectations and estoppel : english law » in FAUVARQUE-COSSON Bénédicte (dir.), La confiance légitime et l'estoppel, Société de Législation comparée, Paris, 2007, p. 321-348.

DAUNER-LIEB Barbara, « Die geplante Schuldrechtsmodernisierung- Durchbruch oder Schnellschuß?» *JZ* 2001, p. 8-18.

ENCARNACION Omar, *The myth of civil society: Social capital and democratic consolidation in Spain and Brazil*, New York, Palgrane Macmillan, 2003.

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.

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*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, p. 27-38.

GOOD David, « Individuals, Interpersonnal Relations and Trust », *in* DIEGO Gambetta (dir.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, édition électronique, Département de Sociologie, Université d'Oxford, 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 & Littelfield Publishers, 2001.

HERZOG R., GERKEN L., « 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.

HÜMMERICH Klaus, HOLTHAUSEN Joachim, « Der Arbeitnehmer als Verbraucher», *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2002, p. 173.

KENNER Jeff, « The EC Employment Title and the "Third Way: Making Soft Law Work?"» *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations (IJCLLIR)*, 1999, Volume 15/1, pp. 33-60.

KERBER Wolfgang, "Interjurisdictional Competition within the European Union", *Fordham International Law Journal*, vol. 23, 2000, p. 217.

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, « Europäiches Gemeinschaftrecht und Privarecht », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1993, p. 13.

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 Study Centre for Consumer Law of the Catholic University of Leuven et le Centre for European Private Law of the University of Münster, Leuven, 3 juin 2011, p.8.

REICH Norbert, « European Consumer Law and its Relationship to Private Law », European Review of Private Law, n° 3, 1995, p. 285 et 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*, op.cit., pp. 1-11.

SNYDER Francis, «The Effectiveness of EC Law, » in Daintith Terence (ed.) *Implementing EC Law in the UK*, John Wiley, Chichester, 1995.

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*, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 235-244.

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 », *European Law Journal,* Vol. 11, n°. 3, May 2005, pp. 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), 4/2002, pp. 817-862.

WELLENS Karel C, BORCHART, Gustaaf M., «Soft Law in EC Law», *ELR* 1989, p. 267-321.

ZIMMERMANN Reinhard, « Contract Law Reform: The German Experience » *in* VOGENAUER Stefan, WEATHERILL Stephen (dir), *The Harmonisation of European Contract Law*, Hart Publishing, Oxford, 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.

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

INTERVENTIONS ORALES, EXPOSÉS, RAPPORTS

JURISPRUDENCE

Principales décisions de la Cour de justice (par ordre d'enregistrement) :

Tribunal

TPI (première chambre), 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

CJUE

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.* p. 01141, not. p. 01158.

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, 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, p. 462.

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.

CJCE, *Pinna c/ Caisse d'allocations familiales de la Savoie* 15 janvier 1986, C-41/84

CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque SA et autres c/ Fédération nationale des cinémas français*, aff. jointes 60/84 et 61/84, Rec. p. 02605.

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.

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, 23 février 1988, *Commission c/ France*, aff. 216/84, Rec. 00793.

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, 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 ; *Dr. Soc.* 1989, p. 551-, obs. Marie-Thérèse LANQUETIN, Hélène MASSE-DESSEN.

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.

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.,

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 et 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 contre La Comercial Internacional de Alimentacion SA,* aff. C-106/89, Rec. I-04135.

CJCE, 18 octobre 1990, *Massam Dzodzi c/ Etat belge*, Aff. C-297/88 et C-197/89, *Rec.* I-03763.

CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Ldª contre Office national d'immigration,* Aff. C-113/89, *Rec.* I-01417

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, 24 novembre 1993, *Bernard Keck et Daniel Mithouard*, aff. C-267/91 et C-268/91, Rec. I-06097.

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, 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, 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 Süzen c/ Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice*, aff. C-13/95, *Rec.* I-1259.

CJCE, 11 novembre 1997, *Marschall*, C-409/95, Rec. I-6363.

CJCE, 10 février 2000, Deutsche Telekom c/ Lilli Schröder, Aff. C-50/96, Rec., I-743.

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-5017.

CJCE, 13 mars 1997, *Commission c/ France*, aff. C-197/96, *Rec.* I-1489; *JCP G*, II 22939.

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-1875.

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.* 1999, p. I-01459.

CJCE, 22 avril 1999, *Travel Vac c/ Manuel José Sanchis*, aff. C-423/97, *Rec.* I-2195.

CJCE, 28 octobre 1999, *Commission/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, Aff. 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, 24 janvier 2002, *Commission c/ Italie*, aff. C-372/99, Rec. I-00819.

CJCE, 19 mars 2002, *H. Lommers c/ Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, aff. C-476/99, Rec. I-6363.

CJCE, 17 septembre 2002, Baumbast et R c/ Secretary of State for the Home Department, Aff. C-413/99, Rec. p. I-07091.

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 ; *JCP G* 2003, II, 10082, note Gilles PAISANT ; *RTD Com.* 2003, p. 345, obs. D. LEGEAIS.

CJCE, 18 mars 2004, María Paz Merino Gómez c/ Continental Industrias del Caucho SA., aff. C-342/01, Rec. I-02605.

CJCE, 11 décembre 2003, Deutscher Apothekerverband, C-322/01, Rec. p. I-14887.

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, 12 juillet 2005, *Egon Schempp c/ Finanzamt München V*, Aff. 403/03, *Rec.* I-06421

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.* 2006, p. I-7995.

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 ; *D.* 2007, p. 465 *; Revue de droit du travail* 2006, p. 130-, obs. Nicolas MOIZARD.

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, 1er 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-121.

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.

CJCE, 19 janvier 2010, *Seda Kücükdeveci 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, 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 Győrfi*, 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

Conclusions des avocats généraux :

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*, aff. 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*, aff. C-313/02, *Rec.* I-09483.

Mengozzi Paolo, Conclusions présentées le 18.01.2007, dans le cadre de l'affaire Commission c/ Royaume Uni, C-127/05, Rec. I-4619

Trstenjak Verica, Conclusions présentées le 21 octobre 2008, Affaires jointes C-261/07 et C-299/07, *VTB-VAB NV c/ Total Belgium NV et Galatea BVBA c/ Sanoma MagazinesBelgium NV.*

Trstenjak Verica Conclusions présentées le 6 septembre 2012, dans l'Affaire C-206/11, *Georg Köck c/ Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb*

Pedro Cruz Villalón, Conclusions présentées le 19 décembre 2012, dans l'Affaire C-216/11, *Commission Européenne c/ France.*

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, *Rec. Cons. Const.*, p. 258.

Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2003, n° 2002-465 DC.

Conseil Constitutionnel, 30 mars 2006, n° 2006-535 DC, *AJDA* 2006, p. 732.

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, 1, p. 272.

Cass. Civ., 10 novembre 1884, *D.P.* 1985, I, p. 433.

Cass. Civ., 5 février 1896, *D.P.* 1896, 1, p. 578.

Cass. Civ., 16 juin 1896, *D.P.* 1897, 1, p. 433, note Raymond SALEILLES.

Cass. Crim., 15 juin 1900, *D.* 1905, I, 1, p. 22.

Cass. Crim., 26 février 1904, *D.* 1905, I, 1, p. 22.

Cass. Crim, 17 novembre 1905, *Leroy c/ Ministère public*, *D.* 1906, II, 1, p. 53.

Cass. Ch. Réunies, 8 janvier 1908, *D.P.* 1908, 1, 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, *Faure c/ Ministère public*.

Cass. Crim., 13 janvier 1922, *D.P.* 1923, 1, 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, 1, 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*, 4ème 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. 1ère, 24 novembre 1954, *Bull. Civ. I*, n° 338.

Cass. Soc, 31 mai 1956, *Brinon*, *JCP* 1956, 9397, note P. 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 J. BRETHE DE LA GRESSAYE.

Cass. civ. 1ère, 19 janvier 1965, *Bull. Civ. I*, n°52 ; *D.* 1965, Jur., p. 389.

Cass. civ. 1ère, 17 mai 1965, *Bull. Civ. I*, n° 324.

Cass. civ. 3ème, 12 juin 1968, *Bull. Civ. III*, n° 273.

Cass. Crim., 7 novembre 1968, *Bull. Crim*. 1968, n° 291.

Cass. Soc., 5 mars 1969, *Bull*., n° 155.

Cass. Soc., 15 décembre 1971, *Bull. Civ*. IV, n°735.

Ch. Mixte, 23 mai 1975, *RTD Eur*. 1975, p. 337, conclusions A. TOUFFAIT.

Cass. Ass. Pl., 18 juin 1976, *Bulletin des arrêts Cour de cassation Assemblée plénière*, n° 9, p. 13 ; *D.* 1977, p. 173, note Antoine JEAMMAUD ; *JCP G* 1977, II, 18659, note Yves SAINT-JOURS.

Cass. Crim, 14 janvier 1980, *Bull. Crim*, n° 20.

Cass. Crim, 16 juin 1983, Bull. Crim, n° 187.

Cass. Civ. 1ère, 23 avril 1985, *Bull. Civ. I*, n° 125.

Cass. Soc., 12 juin 1986, Bull. Civ. V, p. 229; *Dr. Soc.* 1986, p. 1, note Gérard COUTURIER.

Cass. Com, 5 mai 1987, n° de pourvoi 85-17.516, *JCP E* 1987, 16531.

Ass. Plén., 18 mars 1988, *Bull. AP*, n°3; *D.* 1989, p. 221, note J.P. CHAUCHARD.

Ass. Plén., 19 mai 1988, *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, note J. AMIEL-DONAT.

Cass. Civ. 1ère, 20 mars 1989, *Bull. Civ. I*, n° 137; *RTD Civ*. 1989, p. 756, obs. Patrice JOURDAIN ; *D*. 1989, p. 381, note Philippe MALAURIE.

Ass. Plén., 16 mars 1990, *RJS* 4/1990, n° 281, p. 206, conclusions DONTENWILLE ; *RJS* 4/1990, n° 281, p. 199, Chron. J. DEPREZ.

Ass. Plén., 6 juillet 1990, *Bull. AP*, n° 10 ; *Dr. Soc*. 1990, p. 867-, note H. DOTENWILLE.

Cass. Civ. 1ère, 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., 1ère, 11 juin 1991, Bull. Civ. I, n° 201, *CCC* 1991, Comm. n° 219, obs. L. LEVENEUR ; *JCP G* 1992, I, 3572, obs. Geneviève VINEY.

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. Civ. 1ère, 27 janvier 1993, Bull. Civ. I, n° 44 ; *D*. 1994, Somm., p. 238, obs. O. TOURNAFOND.

Cass. Soc., 1er juin 1994, Bull. Civ. V, n° 186 ; *Dr. Soc*. 1994, p. 715, obs. Antoine LYON-CAEN.

Cass. Civ. 1ère, 17 janvier 1995, Bull. Civ. I, n° 43 ; *D*. 1995, p. 350, note Patrice JOURDAIN.

Cass. Civ. 1ère, 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. 1ère, 21 février 1995, n° 93-14.041, *JCP E* 1995. II, 728, note Giles PAISANT.

Cass. Soc., 13 décembre 1995, *RJS* 1996, 99
Cass. Soc., 28 février 1996, Bull. 1996, V, n°75.

Cass. Soc., 17 juillet 1996, *Bull.* V, n° 296 et 297.

Cass. Com., 22 octobre 1996, *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 J-J DUPEYROUX; Jean PELISSIER, Antoine LYON-CAEN, Antoine JEAMMAUD & Emmanuel DOCKES, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 1-5.

Cass. Civ. 1ère, 13 novembre 1996, *Bull. Civ. I*, n° 399.

Cass. Soc., 4 décembre 1996, *Bull*. V, n° 420.

Cass. Soc., 12 février 1997, *Bull.* V, n° 58 ; *Dr. Soc*. 1997, p. 526, obs. Marie-Thérèse LANQUETIN.

Cass. Soc., 19 février 1997, *Bull.* 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, n° 95-43.491, *Bull. Civ*. V, n° 90.

Cass. Civ., 1ère, 3 mars 1998, Bull. Civ. I, n° 95.

Cass. Soc., 7 juillet 1998, *RJS* 1998, 649

Cass. Soc., 18 novembre 1998, Bull. 1998, V, n° 499.

Cass. Soc., 12 janvier 1999, *Bull. Civ*. V, n° 7; *Dr. Soc*. 1999, p. 287, obs. Jean-Emmanuel RAY.

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. 1ère, 1er février 2000, n° 97-16707.

Ass. Plén., 25 février 2000, *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, no 98-40.143, *Bull. Civ*. V, n°276

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*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 1-5.

Cass. Soc., 3 avril 2001, *Bull. Civ.* V, n° 115.

Cass. Soc., 7 mai 2002, Bull. 2002, 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. 2003, 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. 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. 1ère, 1er février 2005, Bull. Civ. I, n° 59.

Cass. Civ. 1ère, 1er 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, n° 15, obs. Judith ROCHFELD.

Cass. Civ. 1ère, 1er février 2005, Bull. Civ. I, n° 62.

Cass. Civ. 1ère, 15 mars 2005, Bull. Civ. I, n° 135 ; *JCP* G 2005, II, 10114, note Gilles PAISANT; *RTD Civ*. 2005, p. 393, obs. J. MESTRE, B. FAGES; *Contrats, Concurrence, Consommation* 2005, Comm. 100, obs. G. 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, *RTD Civ.* 2006, p. 327, obs. Patrice JOURDAIN.

Cass. Civ 2ème, 7 mars 2006, Bull. Civ. II 2006, n° 63.

Cass. Soc., 26 avril 2006, Bull. V, n° 144, *D.* 2006, p. 1335.

Cass. Soc., 20 septembre 2006, Bull. V, n° 278.

Cass. Soc., 27 septembre 2007, Bull. V, n° 147.

Cass. Soc., 15 novembre 2007, Bull. V, n° 191.

Cass. Soc., 16 janvier 2008, *Bull*. 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. Soc., 17 décembre 2008, pourvoi n°07-42960.

Cass. Soc., 11 février 2009, *Bull.* V, n° 40.

Cass. Soc., 24 février 2009, *Bull.* V, n° 49.

Cass. Soc., 3 juin 2009, *Bull. Civ*. V, n° 141; *D*. 2009, p. 2517, note B. EDELMAN; *D*. 2009, p. 2116, Chron. J.-F. CESARO, Pierre-Yves GAUTIER ; *RDT* 2009, p. 507, obs. G. AUZERO; *Dr. Soc*. 2009, p. 930-, obs. Christophe RADE; *Dr. Soc*. 2009, p. 780, obs. J.-J. DUPEYROUX.

Cass. Soc., 17 février 2010, *Bull.* V, n° 47 ; *Dr. Soc*. 2010, p. 581, obs. Philippe FLORES, Sabine MARIETTE.

Cass. Civ. 1ère, 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. 1ère, 3 février 2011, *Bull.* Civ. I, n° 23, *D.* 2011, p. 1659, note Gaël CHANTEPIE.

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

Cass. Soc., 16 février 2012, *Bull.* V, n° 75.

Cass. Soc., 26 septembre 2012, *Bull.* 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.* 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 P. ADAM.

Ass. Plén., 25 juin 2014, n° 13-28.369; *D.* 27 juin 2014, note Marie PEYRONNET.

AVIS DES AVOCATS GENERAUX :

LYON-CAEN, « "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 (n°45.948), disponible sur le site internet http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/lyon_caen_7939.html (consulté le 08.09.2014).

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, *D.* 1979, Jur., p. 155.

CE, 10 juin 1982, *JCP* 1984, II, 230, p. 20.

CE, 12 juin 1987, n° 72388, SCI Gautois, *Rec. CE* 1987, p. 208.

CE, 3 octobre 1997, n° 144006.

CE, 8 juillet 1998, SCI Comptoir Lyon, *Rec. CE* 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 Antoine LYON-CAEN.

CA Grenoble (Ch. Sociale), 18 octobre 1999, *D.* 2000, Jur. p. 237.

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) http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Loi_du_9_avril_1898.pdf (consulté le 22 septembre 2014).

Loi du 13 juillet 1906,http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/Loi_du_13_juillet_1906.pdf (consulté le 20 septembre 2014).

Loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, *JO* du 5 août 1905, p. 4813.

Ordonnance n°45-280 du 22 février 1945, *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 sur les conventions collectives, la liberté de négocier les salaires et les conditions de travail, *JO* du 12 février 1950, p. 1688.

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.

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* 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.

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° 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 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 agrées de consommateurs et à l'information des consommateurs, *JO* du 6 janvier 1988 p. 219.

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 1er 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 93-313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

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, *JO* 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 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° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, *JO* du 18 janvier 2002, p.1008.

Loi n° 2003-6 du 3 janvier 2003, *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 février 2005, p. 1648.

Loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, *JO* n°27 du 1 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 p. 5400.

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° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, *JO* n°0065 du 18 mars 2014.

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.

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.

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

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

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).

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.

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.

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.

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.

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.

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 JO 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. 0031 – 0033.

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.

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 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 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.

Directive 93/104/CE du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

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. 0064 – 0072.

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, 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. 0001 – 0006.

Directive 97/55/CE du 6 octobre 1997 modifiant la directive 84/450/CEE sur la publicité trompeuse.

Directive 97/7/CEE 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

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.

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.

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

Directive 98/50/CE du 29 juin 1998 modifiant la 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.

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. 0010 – 0010.

Directive 99/44/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.

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.

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.

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.

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.

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.

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.

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

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, 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* n° 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

Directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 modifiant 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.

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** 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.**

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.

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.

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.

Directive 2005/29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur

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.

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.

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

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**

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.

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.

Directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BUSINESSEUROPE, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE, *JOUE* L 68, 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.

Textes préparatoires des institutions européennes

RAPPORTS DU PARLEMENT EUROPEEN

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) en date du 11 février 1975, Rapporteur M. Michael B. Yeats, PE 37.832/déf.

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)

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) du 10 août 1978, Doc. 246/78, PE 51.378/déf.

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) du 12 janvier 1979, Doc. 552/78, PE 54.777/déf.

Rapport du Parlement européen 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 - COM(90) 322 final du 3 septembre 1990.

Rapport du 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.

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.

Rapport du Parlement européen sur les «Problèmes et perspectives liés à la citoyenneté de l'Union» du 20 mars 2009, A6-0182/2009.

RESOLUTIONS DU PARLEMENT EUROPEEN

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 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.

RAPPORTS DE LA COMMISSION

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, p. 2.

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.

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.

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) 603 final du 27.10.2010.

COMMUNICATIONS DE LA COMMISSION

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.

Communication, COM(91) 230 final du 1er août 1991.

Communication de la Commission, Politique des consommateurs, 2ème plan d'action triennal de la Commission, 1993-1995, « Mettre le marché unique au service des consommateurs européens », COM (93) 378 final du 28 juillet 1993.

Communication de la Commission européenne du 14 décembre 1993 concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale, COM (1993) 600 final.

Communication de la Commission, 1993-1995, « Mettre le marché unique au service des consommateurs européens », COM (93) 378 final du 28 juillet 1993.

Communication de la Commission, Politique des consommateurs, 2ème 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.

Communication de la Commission sur les Priorités pour la politique des consommateurs, 1996-1998, COM (95) 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.

Communication de la Commission « Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire », COM (1998) 332 final du 20 mai 1998.

Communication de la Commission relative à la proposition de directive concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, COM (1999) 203 final du 28 avril 1999.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant le droit européen des contrats, COM(2001), 398 final du 11 juillet 2001.

Communication de la Commission sur la gouvernance, « Gouvernance Européenne. Un livre blanc », COM (2001) 428 final du 12 octobre 2001.

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.

Communication de la Commission, Stratégie pour la politique des consommateurs 2002-2006, COM (2002) 208 final du 7 mai 2002.

Communication de la Commission, « Gouvernance européenne : Mieux légiférer, COM(2002)275 final du 6 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 « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire », COM(2003)71 final du 11 février 2003.

Communication de la Commission « Un droit européen des contrats plus cohérent - Un plan d'action», COM(2003) 0068 final du 12 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.

Communication 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.

Communication de la Commission, « Deuxième Rapport sur l'état d'avancement du Cadre commun de référence » COM(2007) 447 final du 25 juillet 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 juillet 2008.

Communication de la Commission présentant la proposition de directive relative aux droits des consommateurs, COM (2008) 614 final du 8 octobre 2008.

Communication de la Commission, « 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 1er juillet 2010.

Communication de la Commission «Réaffirmer la libre circulation des travailleurs: droits et principales avancées », COM(2010)0373 final du 13 juillet 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 DE LA COMMISSION

Recommandation de la Commission 92/48/CEE, du 18 décembre 1991, sur les intermédiaires d'assurances, *JOCE* L 19/32 du 28 janvier 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* n° L 156/21 du 10 juin 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 mars 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, p. 60–65.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS **6**
TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS **7**
SOMMAIRE **9**
INTRODUCTION **11**

PARTIE I : L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN PAR LE DROIT NATIONAL **32**
TITRE I: LA CONCEPTION DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR EN DROIT NATIONAL **33**
CHAPITRE I : LA SUBORDINATION, ELEMENT ESSENTIEL DE LA CONCEPTION DU CONTRAT DE TRAVAIL 35
SECTION 1 : LA NAISSANCE DU CONTRAT DE TRAVAIL ET LA CONSTRUCTION DU LIEN DE SUBORDINATION 37
Paragraphe I : Du louage de service à la reconnaissance du contrat de travail 38
1. La subordination à l'époque du royaume de la liberté contractuelle 38
2. La subordination à l'époque de l'essor du droit social 44
Paragraphe II : La définition du lien de subordination 49
1. Le recours au faisceau d'indices pour qualifier le lien de subordination 49
2. Les contours de la subordination en quête de précision 57
SECTION 2 : LES RELATIONS DU TRAVAIL ORDONNEES AUTOUR DE LA SUBORDINATION 61
Paragraphe I : L'encadrement du pouvoir de l'employeur 63
1. L'encadrement du pourvoir de l'employeur et la répartition des risques 63
2. L'encadrement du pouvoir de l'employeur par la prise en compte des libertés du salarié 70
Paragraphe II : L'ordonnancement des sources du droit du travail 76
1. L'ordre public social 76
2. Le principe de faveur 82
CONCLUSION DU CHAPITRE I 86
CHAPITRE II : LE REEQUILIBRE CONTRACTUEL, ELEMENT ESSENTIEL DE LA CONCEPTION DU CONTRAT DE CONSOMMATION 88
SECTION 1 : LE CONTRAT DE CONSOMMATION, UN CONTRAT DÉSÉQUILIBRÉ 90
Paragraphe I : La remise en cause du dogme de l'autonomie de la volonté 92
1. La protection du consommateur avant le Code civil 92
2. La consécration de l'autonomie de la volonté et ses insuffisances 94
Paragraphe II : Le régime spécial du contrat de consommation 99
1. Le régime « pré-consumériste » 99
2. Le régime consumériste 104
SECTION 2 : EN QUETE D'EGALITE : LE REEQUILIBRAGE DU CONTRAT 112
Paragraphe I : La préservation de l'équilibre contractuel 114
1. Des mesures visant à garantir un consentement libre et éclairé 114
2. Des mesures visant à garantir la liberté de ne pas contracter 119
Paragraphe II : La restauration de l'équilibre contractuel 121
1. La révision des clauses du contrat 121
2. L'aménagement de l'exécution du contrat 125
CONCLUSION DU CHAPITRE II 128
CONCLUSION DU TITRE I 129
TITRE II: L'INFLUENCE NATIONALE SUR L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN **132**
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....153
1. Le rôle significatif des parlements nationaux....153
2. Les négociations au sein du Conseil....158
SECTION 2 : LA PRISE EN COMPTE DU DROIT NATIONAL PAR LE BIAIS DE LA PARTICIPATION DES ACTEURS DE LA SOCIÉTÉ CIVILE....165
Paragraphe I : Le rôle privilégié accordé à la société civile au sein du processus décisionnel européen....168
1. La participation de la société civile à la création du droit européen: une source de légitimité européenne d'origine nationale....168
2. Le rôle institutionnalisé des acteurs de la société civile européenne....174
Paragraphe II : Les acteurs de la société civile, porteurs de droits nationaux ?....182
1. Les acteurs de la société civile organisée....182
2. Les autres « parties prenantes » (*stakeholders*)....186
CONCLUSION DU CHAPITRE I....190
CHAPITRE II : LES MARQUES DE LA PARTICIPATION DU DROIT NATIONAL À L'ÉLABORATION DU DROIT EUROPÉEN....191
SECTION 1 : LES MARQUES NATIONALES SUR LA REGLEMENTATION EUROPÉENNE DU CONTRAT CONCLU PAR LE TRAVAILLEUR....193
Paragraphe I : Les influences nationales avant la publication de la proposition législative européenne....194
Paragraphe II : Les influences nationales après la publication de la proposition législative européenne....202
SECTION 2 : LES MARQUES NATIONALES SUR LA CONCEPTION EUROPÉENNE DU CONTRAT DE CONSOMMATION....207
Paragraphe I : Les influences nationales avant la publication de la proposition législative 208
Paragraphe II : Les influences nationales après la publication de la proposition législative européenne....215
CONCLUSION DU CHAPITRE II....222
CONCLUSION DU TITRE II....224
CONCLUSION DE LA PARTIE I....225

PARTIE II : LA MISE EN OEUVRE DU DROIT EUROPÉEN DANS LE CADRE DU CONTEXTE NATIONAL....226
TITRE I: L'EMERGENCE DU MODELE EUROPEEN DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR....227
CHAPITRE I : L'ELABORATION D'UN MODELE DU TRAVAILLEUR ET DU CONSOMMATEUR PROPRE AU DROIT EUROPEEN....231
SECTION 1 : LE CONSOMMATEUR ET LE TRAVAILLEUR EUROPEENS EN TANT QU'ACTEURS DU MARCHE INTERIEUR....233
Paragraphe I : L'établissement du marché intérieur, fondement initialement exclusif de l'intervention européenne ponctuelle....234
1. Une approche non systémique....234
2. Une approche fonctionnelle....243
Paragraphe II : L'établissement du marché intérieur, fondement omniprésent de l'intervention européenne....249
1. L' « autonomisation » des compétences de l'Union après le Traité de Maastricht 249
2. L'hypertrophie du fondement relatif au fonctionnement du marché au détriment des fondements de protection autonomes....257
SECTION 2 : LE CONSOMMATEUR ET LE TRAVAILLEUR EUROPEENS EN TANT QUE CITOYENS 262
Paragraphe I : La citoyenneté en tant que vecteur de rapprochement....264
1. Protéger les « citoyens du marché »....264
2 Vers une « socialisation » des priorités européennes ?....268
Paragraphe II : L'établissement de la confiance comme objectif de l'intervention européenne....274

1. La confiance du citoyen consommateur ou travailleur dans le marché en tant que dénominateur commun des interventions européennes....274
2. Les conséquences de la similarité de protection des deux acteurs....288
CONCLUSION DU CHAPITRE I....292
CHAPITRE II : LES MECANISMES DE REALISATION DU MODELE EUROPEEN....293
SECTION 1 : L'EVENTAIL DES METHODES DE REALISATION DU DROIT EUROPEEN....294
Paragraphe I : Les méthodes contraignantes....296
1. L'harmonisation en tant que voie de prédilection....296
2. Les limites des méthodes contraignantes....306
Paragraphe II : Le recours à des formes de normativité graduée....311
1. Le renouvellement de la méthode communautaire : l'utilisation des instruments normatifs souples....311
2. Le remplacement de la méthode communautaire par des voies alternatives....321
SECTION 2 : LE ROLE CONFÉRÉ PAR LE DROIT EUROPÉEN AU DROIT NATIONAL....329
Paragraphe I : Une harmonisation garantissant une protection minimale....331
1. Le caractère minimal de l'harmonisation laissant une liberté au droit national.331
2. La marge accordée au droit national garantissant une protection minimale....338
Paragraphe II : Des ambitions maximales sans garantie d'une protection maximale....345
1. La recherche d'une intensification du degré d'harmonisation....345
2. Le risque d'un nivellement par le bas....350
CONCLUSION DU CHAPITRE II....355
CONCLUSION DU TITRE I....356

TITRE II: LA RECEPTION DU MODELE EUROPEEN DANS L'ORDRE JURIDIQUE NATIONAL....357
CHAPITRE I : LES INFLUENCES EUROPEENNES SUR LE MODELE NATIONAL....360
SECTION 1 : LES MODIFICATIONS DU DROIT NATIONAL LIEES A LA RECEPTION DU DROIT EUROPEEN : LA NOTION DE LA CONFIANCE AU CŒUR DU MODELE NATIONAL....363
Paragraphe I : Le renforcement de la confiance contractuelle....366
1. La confiance par la transparence du lien contractuel....366
2. La confiance par la sécurisation du lien contractuel....376
Paragraphe II : L'instrumentalisation de la protection accordée aux personnes....384
1. Du droit des contrats au droit des personnes ou la dé-contractualisation de la protection....385
2. Une régression de la protection accordée par le droit national ?....389
SECTION 2 : LES MODIFICATIONS NON INSTUTIONNALISEES DU DROIT NATIONAL....393
Paragraphe I : Les modifications motivées par la réception du droit européen....394
1. Les anticipations des normes européennes....394
2. Les transpositions *a maxima* des normes européennes....398
Paragraphe II : Les modifications motivées par le contexte européen....403
1. Le contexte européen, source d'inspiration des reformes du droit national....403
2. Le recours au droit comparé....409
CONCLUSION DU CHAPITRE I....413
CHAPITRE II : LES ACTEURS DE LA RECEPTION DE L'INFLUENCE EUROPEENNE SUR LE DROIT NATIONAL....414
SECTION 1 : LE ROLE DES JUGES : L'ARTICULATION DES FONCTIONS ECONOMIQUE ET PROTECTRICE DE LA CONFIANCE DU CONSOMMATEUR ET DU TRAVAILLEUR....416
Paragraphe I : L'encadrement du droit national par le juge européen....418
1. L'intervention du juge européen fondée sur le droit dérivé....420
a. L'encadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres....421
b. Des définitions précisées....427
c. Le contrôle de marge de manœuvre des Etats membres....438
2. L'intervention du juge européen fondée sur le droit primaire....449
Paragraphe II : L'application du droit européen par le juge national....460
1. L'interprétation du droit national à la lumière du droit européen....461
2. La propagation de l'influence du droit européen sur la jurisprudence nationale 469
SECTION 2 : LE RENCORCEMENT DU ROLE DES ACTEURS NATIONAUX DE LA SOCIETE CIVILE....475

Paragraphe I : La promotion de la norme négociée 476
1. L'essor de la norme négociée au niveau interprofessionnel 476
2. L'essor de la norme négociée au niveau de l'entreprise 481
Paragraphe II : La promotion de l'action collective en justice 488
1. Les actions en cessation des associations de défense des consommateurs 488
2. Les actions des travailleurs en cas de restructurations 492
CONCLUSION DU TITRE II 498
CONCLUSION DE LA PARTIE II 499
CONCLUSION GENERALE 500
BIBLIOGRAPHIE SELECTIVE 505
TABLE DES MATIERES 568