

QUESTIONNAIRE THÈME III : UNION SOCIALE EUROPÉENNE

Rapport français

RAPPORTEURE GÉNÉRALE :

Sophie ROBIN-OLIVIER

Professeure, École de droit de la Sorbonne, Université paris 1 Panthéon-Sorbonne

RAPPORTEURS FRANÇAIS :

Coordinateurs :

Emmanuelle MAZUYER

Directrice de recherche CNRS, CERCRID UMR 5137 Université Lyon 2

et

Etienne PATAUT

Professeur, École de droit de la Sorbonne, Université paris 1 - Panthéon-Sorbonne

Auteurs :

Mathieu COMBET (Maître de conférences, Université Saint-Etienne)

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (Conseillère d'État)

Emmanuelle MAZUYER (Directrice de recherche CNRS, CERCRID UMR 5137, Université Lyon 2)

Etienne PATAUT (Professeur, École de droit de la Sorbonne)

Camille PERCHER (Maîtresse de conférences, Université Lyon 2)

Introduction

Ce thème a pour objectif de discuter de l'existence et du renforcement d'une dimension sociale de l'UE réelle et significative. La perception selon laquelle la cohésion et l'intégration sociales sont souvent à la traîne tandis que l'intégration économique européenne constitue le fil conducteur des affaires européennes est très répandue. Le thème vise ainsi à conceptualiser l'idée d'une Union sociale européenne comme un moyen de rapprocher l'UE de ses citoyens.

Les questions suivantes portent sur le développement d'une Europe sociale et les défis liés à l'intégration sociale.

Ces défis sont regroupés en sept chapitres :

Chapitre 1 – Libre circulation des travailleurs : Etienne Pataut

Chapitre 2 – Conflits entre libertés fondamentales et droits sociaux : Mathieu Combet

Chapitre 3 – Acquis social et non acquis social : Emmanuelle Mazuyer

Chapitre 4 – Pertinence et importance de la charte des Droits Fondamentaux : Camille Percher

Chapitre 5 – Politique commerciale de l'UE et protection des droits sociaux : Camille Percher

Chapitre 6 – Pacte vert pour l'Europe : Camille Percher

Chapitre 7 – Réaliser une Europe sociale : démocratie et État de droit, Bénédicte Fauvarque Cosson, Etienne Pataut, Emmanuelle Mazuyer

Chapitre 1 – Libre circulation des travailleurs

Etienne Pataut

Question 1.

Comment le droit à l'égalité de traitement des travailleurs mobiles de l'UE est-il mis en œuvre dans la législation et la jurisprudence nationales ?

- a. L'égalité de traitement est-elle respectée, ou limitée de différentes manières, par une discrimination directe, ou plutôt indirecte ? Les autorités et les juridictions nationales, en particulier, sont-elles pleinement conscientes de la conception européenne de l'égalité de traitement et des droits des travailleurs de l'UE ? Existe-t-il des obstacles spécifiques à l'égalité de traitement ? Quels sont les travailleurs particulièrement concernés ? Les travailleurs au chômage ? Les travailleurs précaires ? Qu'en est-il de l'accès à la formation professionnelle ?
- b. Les travailleurs de l'UE et les citoyens de l'UE « économiquement non actifs » sont-ils traités différemment ? Une telle différence est-elle fondée sur la législation, la jurisprudence et/ou la pratique administrative ? Cette différence est-elle contestée (par les universitaires, la presse, les partis politiques...) ?

Réponse

1.a.

L'exigence de non-discrimination figure à l'article L. 1132-1 du Code du travail. Cette disposition est extrêmement large et renvoie de façon explicite aux concepts de discrimination directe et indirecte au sens du droit de l'Union européenne.

L'article dispose ainsi que :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de nomination 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 (...) en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de son exercice d'un mandat électif, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de sa qualité de lanceur d'alerte, de facilitateur ou de personne en lien avec un lanceur d'alerte (...) ».

Les liens entre droits français et droit européen de la non-discrimination sont donc parfaitement explicites, le premier procédant du second.

Le droit français de la non-discrimination est d'autant plus large que le principe de non-discrimination doit être complété par un autre principe, celui relatif à l'égalité de traitement. Le principe d'égalité de traitement, en effet, est désormais un principe général du droit français, qui a été explicitement consacré par la Cour de cassation en 2008¹. Dans la conception française, ce principe d'égalité de traitement va au-delà de la seule non-discrimination, en ce qu'il permet de sanctionner des différences de traitement qui ne sont fondées ni directement ni indirectement sur un motif discriminatoire, comme le sexe, l'âge ou l'origine ethnique. Ce principe d'égalité de traitement a pris une grande ampleur en droit français, il est limité simplement par l'accord collectif, puisque la Cour de cassation a admis, par trois arrêts controversés, qu'une différence de traitement consacrée par une convention collective était présumée justifiée². Il n'en reste pas moins que c'est justement au nom du droit de l'Union européenne que cette présomption ne saurait être étendue à l'excès. Selon les termes forts de la Cour de cassation :

« La reconnaissance d'une présomption générale de justification de toutes différences de traitement entre les salariés opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer que celles-ci sont étrangères à toute considération de nature professionnelle, serait, dans les domaines où est mis en œuvre le droit de l'Union, contraire à celui-ci en ce qu'elle ferait reposer sur le seul salarié la charge de la preuve de l'atteinte au principe d'égalité et en ce qu'un accord collectif n'est pas en soi de nature à justifier une différence de traitement »³.

Non-discrimination et égalité de traitement suscitent un contentieux relativement abondant, notamment autour de trois critères principaux : la discrimination syndicale, la discrimination par l'âge et la discrimination entre les hommes et les femmes. Elle fait aussi l'objet d'une attention particulière de la part des institutions françaises, telles que le Conseil économique, social et environnemental⁴, le Ministère de la justice⁵ ou, bien sûr, le Défenseur des droits⁶, qui est une autorité administrative indépendante, créée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et instituée par la loi organique du 29 mars 2011. Les attributions du Défenseur des droits sont larges, et comprennent notamment la lutte contre les discriminations, qui est au cœur de sa mission. Tous les ans, le Défenseur des droits publie un rapport qui rend compte des difficultés spécifiques relevant de son domaine d'intervention et, en particulier, des discriminations. Le rapport 2021 souligne en particulier la place de la discrimination par le handicap, dont la Défenseure des droits actuellement en poste souhaite faire une priorité politique et juridique⁷.

¹ Soc, 30 janvier 2008, n°06-46447.

² Soc, 27 janvier 2015, n°13-14733, 13-22179 et 13-25437.

³ Soc., 3 avril 2019, 17-11.970,

⁴ CESE, *Bilan de l'application des dispositions promouvant l'égalité professionnelle entre femmes et hommes*, 2012.

⁵ L. Pecaut-Rivolier, « Lutte contre les discriminations au travail : un défi collectif », *Rapport au Ministère de la Justice*, 2013.

⁶ Sur l'ensemble, v. S. Latraverse, « La lutte contre la discrimination au travail par le défenseur des droits », *Dr. Soc.* 2020. 288.

⁷ Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2021*, disponible sur le site internet de l'institution : <https://www.defenseurdesdroits.fr/>, pp. 44 et s.

La situation des publics en situation de fragilité (sans papiers, indigents, travailleurs précaires...) est aussi soulignée dans la mesure où les personnes concernées sont plus susceptibles que les autres non seulement de souffrir d'une discrimination, mais encore de se voir dénier toute possibilité de lutter contre celles-ci. Dans ce cadre, la Défenseure des droits a créé une plateforme dédiée, en lien avec les syndicats et les associations spécialisées. Cette plateforme (accessible par un numéro de téléphone spécifique et un site internet) rend aisée la saisine et l'instruction d'une situation de discrimination dont serait victime une personne. Elle a pour objet d'améliorer le taux de recours. En décembre 2021, soit dix mois seulement après sa création, la plateforme comptabilisait 14 000 sollicitations et plus de 1 200 acteurs associatifs et institutionnels partenaires recensés sur tout le territoire. En moins d'une année d'activité, elle a permis le doublement du nombre d'appels pour des situations de discrimination adressées à l'institution et une augmentation de 22,2% des saisines sur cette thématique.

Il est aussi préconisé d'améliorer les différentes procédures existantes, notamment par le développement de méthodes alternatives, type médiation.

Les mécanismes de promotion de l'égalité en droit du travail français par la non-discrimination et l'égalité de traitement procèdent donc directement du droit de l'Union européenne, qui a, en cette matière, joué un rôle moteur (v. aussi, sur ces points, *Infra*, question n°7).

1.b.

La différence de traitement entre travailleurs et inactifs étant consacrée par le droit de l'Union et notamment par la directive 2004/38, celle-ci se retrouve incontestablement dans le droit français. On verra en particulier que certains partis politiques importants sont opposés à l'égalité de traitement entre Français et étrangers, sans distinction entre ressortissants d'États tiers et citoyens européens, notamment en matière d'accès à la protection sociale (v. *infra*, question 2).

Une discrimination importante est celle dont souffre en France la communauté Rom, qui transcende mais recoupe la discrimination entre Français et citoyens européens et entre travailleurs et inactifs. Cette communauté fait l'objet de discriminations bien documentées, notamment en ce qui concerne l'accès au logement, l'accès aux aires de voyages et, plus généralement, l'accès aux services publics. La Délégation interministérielle pour l'hébergement et l'accès au logement (DIHAL), en coordination avec le Défenseur des droits, a mis en place en la matière une « Stratégie française sur l'égalité, l'inclusion et la participation des Roms »⁸. Il est souligné en particulier que les Roms voient, beaucoup plus souvent que d'autres, niés leurs droits en tant que citoyens européens, notamment en matière de liberté de circulation et d'égalité de traitement. Cette différence de traitement apparaît dans la loi, notamment dans la loi du 7 mars 2016 qui a permis d'assortir des mesures d'éloignement du territoire français d'interdiction de revenir. Manifestement destinée à la communauté Rom de nationalité roumaine ou bulgare, cette loi avait suscité les protestations de nombreuses associations ainsi que du Défenseur des droits qui avait contesté la conformité de cette solution avec le droit de l'Union⁹.

⁸ V. Les rapports de Défenseure des droits, « Gens du voyage : lever les entraves aux droits », 2021 et « Pour une protection effective des droits des personnes Roms », 2021

⁹ Défenseur des droits, Avis 16-02 du 15 janvier 2016.

Question 2.

Quelle est l'approche, au niveau national, de l'égalité de traitement dans le domaine des prestations de sécurité sociale ?

- a. Existe-t-il un soutien ou une opposition (société civile, partis politiques, syndicats, gouvernements, universitaires, etc.) à la jurisprudence de la CJUE selon laquelle les États membres ont le droit de refuser d'octroyer des prestations sociales aux citoyens mobiles de l'UE économiquement inactifs (citoyens qui ne travaillent pas ou ne recherchent pas activement un emploi, et qui ne bénéficient pas du droit de séjour légal sur le territoire de l'État membre, sauf s'ils disposent des moyens de subsistance et d'une couverture médicale complète)?
- b. Constate-t-on dans votre pays une opposition croissante au principe selon lequel le pays de la prestation du travail du ou des parents est responsable du paiement des allocations familiales, même lorsque l'enfant réside ailleurs ? Est-ce prévu par la législation, la jurisprudence, la pratique administrative ?

Réponse

2. a.

L'arrêt *Dano* de la Cour de justice¹⁰, et les décisions qui ont suivi ont fait en France l'objet de nombreux commentaires spécialisés, à la tonalité généralement critique¹¹.

Il a été remarqué que si la solution de la Cour était conforme au texte de la directive, elle n'en marquait pas moins un net durcissement par rapport à d'autres temps où elle n'avait pas manqué de faire preuve d'une sévérité bien plus grande à l'égard des États¹², y compris, d'ailleurs, peu de temps avant lorsqu'elle condamnait un droit national qui, de façon beaucoup trop automatique et en toute circonstance, refusait un complément de retraite à un citoyen européen aux trop faibles ressources¹³. La Cour semblait donc bien marquer un changement d'époque : celle-ci ne semblait plus désormais à la prise en charge la plus large et la plus généreuse possible des indigents ; plutôt au rappel ferme des limites des engagements des États membres. Ainsi, les juristes, tout particulièrement, ont pu regretter la relative volte-face que semblait réaliser la Cour de justice en matière de protection des plus vulnérables.

Le débat a certes débordé du seul cénacle des juristes spécialisés¹⁴ et l'arrêt *Dano* a été parfois brièvement commenté dans la presse¹⁵. La discussion n'en reste pas moins relativement limitée dans les médias et dans la société civile.

¹⁰ CJUE 11 nov. 2014, aff. C-333/13, *Dano*.

¹¹ E. Aubin, « L'arrêt *Dano* de la CJUE : quand sonne le glas de la citoyenneté sociale européenne ? », *AJDA* 2015. 821 ; E. Pataut, « Les limites de la solidarité en Europe – A propos de l'arrêt *Dano* », *RDT*. 2015. 161.

¹² CJUE, 7 septembre 2004, aff. C-456/02, *Trojani*.

¹³ CJUE, *Brey*, 19 septembre 2013, aff. C-140/12.

¹⁴ v. p. ex. A. Hiltunen, « Le contrôle de l'accès aux prestations sociales pour les citoyens européens démunis à la suite des arrêts *Dano*, *Alimanovic* et *Garcia-Nieto* », *Informations sociales* 2016/3 (n° 194), p. 96.

¹⁵ *Le Monde*, 11 novembre 2014.

En revanche, la question de l'accès à la protection sociale française pour les étrangers est incontestablement un marqueur politique fort. Plusieurs partis politiques, notamment tous les partis politiques d'extrême droite (Rassemblement National, Reconquête, Debout La France) mais aussi le parti conservateur (Les Républicains) font du refus d'accès à la protection sociale des étrangers un élément important de leur programme. Ainsi par exemple du parti Les Républicains qui propose de : « *conditionner l'accès aux allocations sociales à un minimum de trois années de cotisations* »¹⁶. Plus explicitement encore, le Rassemblement national propose depuis plusieurs années de réserver aux Français l'accès au système de protection sociale et souhaite ainsi : « *Réserver les aides sociales aux Français, et conditionner à 5 années de travail en France l'accès aux prestations de solidarité* »¹⁷.

Dans ce cadre, Marine Le Pen, présidente du Rassemblement national, s'était réjouie de l'arrêt Dano, dans lequel elle avait vu « une victoire politique ».

Il n'en reste pas moins qu'il est très frappant de constater qu'aucune distinction n'est faite, dans ces programmes, entre les ressortissants des États tiers et les citoyens européens, encore moins entre les citoyens actifs et les citoyens inactifs. Ces positions politiques sont la conséquence d'une hostilité globale à l'immigration, sans que soit soulignée la profonde différence de régime juridique entre les citoyens européens et leur famille et les étrangers extra-européens.

Dans cette mesure, l'approbation qui avait été donnée par ces partis à la jurisprudence de la Cour de justice ne doit probablement pas être sur-interprétée. La solution donnée par la Cour en l'espèce permet simplement aux partis de répéter une position globale, hostile à l'immigration et hostile à l'accès des étrangers à la protection sociale française. En revanche, il n'est fait dans la presse généraliste et dans le monde politique que très peu de référence à la situation particulière des ressortissants européens en situation de mobilité et dépourvus de ressources.

Il n'en reste pas moins clairement établi que la reconnaissance des droits sociaux des ressortissants de l'Union, et tout particulièrement des ressortissants inactifs, pose souvent d'importantes difficultés pratiques, devant les caisses de sécurité sociale ou les organismes sociaux français. La Défenseure des droits a ainsi noté être « *régulièrement saisi de réclamations faisant apparaître que les conditions du droit au séjour applicables aux ressortissants de l'Union européenne sont parfois méconnues ou mal appliquées par les préfetures et les organismes chargés de les apprécier, ce qui conduit à des refus de prestations injustifiés* »¹⁸.

2. b.

La question du paiement des allocations familiales au travailleur installé en France lorsque la famille est restée dans le pays d'origine a fait l'objet d'une longue bataille juridique en France, qui s'est traduite par l'affaire *Pinna*¹⁹.

¹⁶ <https://republicains.fr/nos-propositions/immigration/>

¹⁷ <https://rassemblementnational.fr/22-mesures>

¹⁸ Défenseur des droits, « Pour une protection effective des droits des personnes Roms », 2021, p. 24. Disponible sur le site internet : <https://www.defenseurdesdroits.fr>.

¹⁹ CJCE, 15 janvier 1986, aff. 41/84, *Pinna (I)* et CJCE, 2 mars 1989, aff. 359/87, *Pinna (II)*, *Rev. trim. dr. eur.* 1989, p. 297, obs. P. Rodière.

Sous l'empire du règlement 1408/71, en effet, les prestations familiales relevaient de la loi de l'État du lieu de travail, sauf pour la France, qui avait obtenu une dérogation permettant à la sécurité sociale française de ne verser à la famille restée sur le territoire d'un autre État membre du travailleur européen que des prestations à hauteur de ce qui aurait été versé en application du droit de cet autre État membre. La solution a été condamnée par la Cour de justice de façon très ferme. La singularité de la position française fut écartée parce qu'elle introduisait une discontinuité de traitement analysée comme une entrave à la liberté de circulation des travailleurs et comme une discrimination indirecte. La condamnation sans appel n'a toutefois pas suffi à rétablir M. Pinna dans ses droits, faute de modification immédiate des textes. Il a donc fallu un second arrêt *Pinna* pour imposer l'application immédiate de cette règle, sans attendre la modification du règlement. La Cour de cassation en avait, à l'époque, tiré les conséquences en rétablissant M. Pinna dans ses droits²⁰.

Cette longue opposition du gouvernement français a permis à la fois de maintenir le principe d'unité de la loi applicable, tout en consacrant une certaine idée d'aide ou de solidarité entre l'État d'emploi et l'État de résidence de la famille²¹. Cette solution ne semble plus discutée aujourd'hui en France.

Elle le reste toutefois en Europe tant les États rechignent parfois à donner sa pleine mesure à l'articulation des régimes et à la solidarité qui l'accompagne. En témoigne les difficiles négociations visant à la réforme du règlement 883/2004 qui se heurtent, entre autres, aux réticences étatiques à servir les prestations familiales à des familles restées dans le pays d'origine²². En témoigne surtout la récente condamnation de l'Autriche, dans laquelle la Cour a réaffirmé avec vigueur que les prestations familiales ne pouvaient varier en fonction du pays de résidence des enfants²³. La Cour a en l'espèce réaffirmé le principe selon lequel une telle solution était constitutive d'une discrimination.

Selon elle en effet, la solution autrichienne, « *qui repose sur le critère de la résidence à l'étranger des enfants pour déterminer le montant des prestations familiales et des avantages sociaux et fiscaux, affecte davantage les travailleurs migrants (...) [et] constitue donc une discrimination indirecte fondée sur la nationalité* » (n°103).

Une telle solution montre donc que la solution est loin d'être acquise en Europe, où la solidarité en matière familiale continue à se heurter à de fortes oppositions politiques. Depuis la ferme condamnation de l'affaire *Pinna*, toutefois, le droit français s'est mis en concordance avec le droit de l'Union.

Plus précisément, l'article L. 512-1 du Code de la sécurité sociale introduit une distinction entre les ressortissants européens (al. 1) et les autres (al. 2 et 3). Seuls les ressortissants extra-européens voient le versement des prestations familiales subordonné à la résidence en France de la famille.

²⁰ Soc., 24 mai 1989, *Bull. Civ. V*, n°379.

²¹ P. Rodière, « Coordination européenne des sécurités sociales et conflit de lois (quelques observations) », *RDSS*. 2016. 1.

²² I. Omarjee, *Droit européen de la protection sociale*, Bruylant, 2018, pp. 231 et s.

²³ CJUE, 16 juin 2022, aff. 328/20, *Commission c/ Autriche*.

Question 3.

Quelle est la situation réelle, et quelles sont les évolutions envisagées, en matière de mobilité des travailleurs, dans votre pays ?

- a. Sur la base des données disponibles, combien de travailleurs originaires d'autres États membres travaillent dans votre État membre ? Dans quels secteurs/quelles branches d'industrie ? Comment cette situation a-t-elle évolué au fil du temps ? Y a-t-il des industries nationales qui signalent actuellement des difficultés à trouver de la main-d'œuvre ?
- b. L'idée de « circulation équitable » a-t-elle recueilli un soutien plus marqué que celui accordé au concept de « libre circulation » dans votre pays, parmi les universitaires, la société civile, les dirigeants économiques et politiques...?
- c. La mobilité des « travailleurs essentiels exerçant des professions critiques » est-elle considérée, dans votre pays, comme une question importante, nécessitant de repenser la libre circulation des travailleurs ? Quels travailleurs particuliers sont concernés, dans quels secteurs ?

Réponse

3.a

Les informations les plus précises se trouvent sur le site de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)

D'après la dernière étude en date, « en 2018, 4,8 millions d'étrangers et 6,5 millions d'immigrés vivent en France, soit respectivement 7,1 % et 9,7 % de la population totale. L'immigration en France est un phénomène ancien. La répartition des immigrés par origine a changé au cours des quarante dernières années. La proportion des immigrés originaires d'Europe du Sud (Espagne, Italie, Portugal) a ainsi fortement diminué : elle est passée de 49 % en 1975 à 17 % en 2018. Cette baisse s'explique par les décès sur cette période et par un solde migratoire très faible en provenance de ces pays, tandis que de nouveaux flux migratoires ont émergé. La part des immigrés originaires des autres pays d'Europe (hors ex-URSS) est, quant à elle, restée stable depuis les années 1980. Les immigrés originaires du Maghreb représentaient 26 % de la population immigrée en 1975. En 2018, cette part atteint 29 %. Les origines des immigrés se sont surtout diversifiées tout au long de la période avec l'émergence de flux migratoires en provenance d'Afrique subsaharienne (2 % de la population immigrée en 1975 contre 17 % en 2018) et également d'Asie (4 % de la population immigrée en 1975 contre 14 % en 2018, hors ex-URSS) »²⁴.

« Plus précisément, la proportion de femmes a aussi augmenté : en 2018, les femmes représentent 52 % de la population immigrée contre 44 % en 1975. Cette féminisation est particulièrement visible parmi les immigrés originaires d'Afrique (Maghreb et Afrique subsaharienne). En 2018, 49 % des immigrés africains sont des femmes contre 29 % en 1975. Le niveau de diplôme a fortement augmenté dans l'ensemble de la population immigrée entre 1975 et 2018. La part des immigrés peu ou pas diplômés est passée de 88 % à 42 % en 40 ans. Si cette part reste élevée comparée à celle de la population non immigrée (25 %), elle a diminué

²⁴ INSEE, Tableaux de l'économie française 2020, disponible sur le site : www.insee.fr.

dans des proportions très proches. En 1975, seuls 3 % des immigrés étaient titulaires d'un diplôme du supérieur ; ils sont 28 % en 2018. Dans les années 1970, les immigrés étaient pour la plupart arrivés jeunes et peu diplômés. À l'inverse, les immigrés arrivés récemment sont de plus en plus diplômés et d'âge actif ».

« En 2018, le taux de chômage des étrangers non originaires de l'Union européenne (22 %) est 2,6 fois plus élevé que celui des personnes de nationalité française (8 %). Cette différence est un peu plus marquée pour les femmes (24 %, contre 8 % pour les femmes de nationalité française) ».

« Environ 7 % des actifs sont étrangers. Ces derniers sont surreprésentés parmi les ouvriers (12 % sont étrangers) et les artisans, commerçants et chefs d'entreprises (8 %). Ils sont au contraire sous-représentés parmi les professions intermédiaires (3 %) et les cadres (5 %) ».

La part des travailleurs étrangers a donc progressivement augmenté en France. Certains métiers en tension, notamment dans le bâtiment, ont massivement recours à la main d'œuvre étrangère.

4. b et 4. c

L'idée de « circulation équitable » peut être comprise de plusieurs manières, qui sont abordées de façon très différente.

Une première occurrence y voit la possibilité d'un régime contrôlé par l'État d'accueil et distinct en fonction du statut ou de l'origine des intéressés, (« fair movement »). Cette discussion, ouverte en Grande Bretagne, a pris une certaine importance dans ce pays au moment de la discussion sur le Brexit²⁵. Dans la mesure où elle constituerait une remise en cause profonde de la liberté de circulation en Europe, elle ne semble pas avoir eu d'impact majeur sur la France²⁶. En France, la doctrine reste, dans son ensemble, attachée au caractère très large de la liberté de circulation qui serait remise en cause par une telle conception de la circulation équitable²⁷.

En revanche, deux autres acceptions de la circulation équitable font l'objet de vigoureuses contestations.

De nombreuses voix, notamment universitaires, tout d'abord, contestent les limites de la liberté de circulation et l'interprétation restrictive qu'en donnent les institutions administratives ou juridictionnelles françaises²⁸. Il s'agit ici essentiellement de contester la condition de ressource ou l'atteinte à l'ordre public, qui restent au cœur de la liberté de séjour, particulièrement lorsque celui-ci est inférieur à 5 ans. Ces conditions sont critiquées comme conduisant à une stigmatisation excessive des personnes dépourvues de moyens²⁹, notamment par le biais d'une interprétation parfois exagérément restrictive de l'ordre public³⁰.

²⁵ C. Barnard & S. Butlin, « Free movement vs fair movement : Brexit and managed migration », *Common Market Law Review*, 2018, p. 203.

²⁶ A. Iliopoulou-Penot, « Le Brexit et les droits des citoyens », *RFDA* 2020. 420.

²⁷ V. p. ex. P. Rodière, *Droit Social de l'Union Européenne*, 3^e éd., LGDJ, 2022, pp. 261 et s.

²⁸ V. part. K. Parrot, *Carte Blanche*, ed. La Fabrique, 2019.

²⁹ V. Réveillère, « L'éloignement des pauvres : la conditionnalité du droit de séjour », *RTDEur.* 2021. 724.

³⁰ E. Aubin, « Citoyen européen mendiant en France : ne circulez plus, il n'y a rien à voir ! », *AJDA* 2015 p.64 ; sur la position du Conseil d'État, v. part. CE, 1^{er} octobre 2014, n°365054.

C'est aussi dans ce cadre qu'a été discutée, cette fois au-delà des seuls cercles académiques, la question des discriminations spécifiques à l'encontre des Roms. La loi du 7 mars 2016 a ouvert la possibilité d'assortir les mesures d'éloignements du territoire français fondées sur la menace à l'ordre public ou l'abus de droit d'interdictions de circuler (et donc de revenir) sur le territoire pour une durée déterminée. À l'occasion des débats législatifs portant sur ces dernières dispositions, le Défenseur des droits avait émis des réserves quant à leur conformité au droit européen tout en déplorant que ces dispositions, certes applicables à tous les ressortissants européens, semblent en réalité, compte tenu des circonstances dans lesquelles elles avaient été adoptées, viser plus particulièrement les citoyens roumains et bulgares, d'origine « Rom », réelle ou supposée³¹.

Enfin, sous cette acceptation, il est aussi possible de traiter de la question, cette fois très largement débattue en France, des effets négatifs de la mobilité des travailleurs sur les salaires et l'emploi. A ce titre, le débat porte essentiellement sur le détachement de travailleurs (v. aussi *Infra*, question n°5). La discussion en France sur les effets délétères du détachement, qui entraînerait concurrence déloyale, tensions sur les salaires et violation des droits fondamentaux des travailleurs, a pris une importance considérable dans le débat politique français. En témoigne la figure contestable du « plombier polonais » apparu lors du débat référendaire de 2005 sur la constitution européenne. En témoigne encore l'importance prise par cette question dans le débat présidentiel de 2017, la réforme de la directive détachement faisant partie des promesses de campagne du candidat Macron qui a joué un rôle important, une fois élu, dans la révision de la directive détachement.

C'est à ce sens de l'idée de circulation équitable que s'est référée le Conseil économique et social européen dans son avis 32/16 du 29 avril 2016 : « Rendre la circulation plus équitable pour tous », qui appelle à un renforcement de l'inspection du travail, à une meilleure coordination des régimes de sécurité sociale pour les travailleurs mobiles et à une meilleure protection des travailleurs détachés.

En France, le régime du détachement est très fréquemment discuté comme étant l'un de ceux qui peuvent conduire à d'importantes difficultés, notamment sous l'angle de l'égalité de traitement des travailleurs³². Il est même parfois noté que la liberté de circulation ouvre la voie à des situations portant de graves atteintes aux droits fondamentaux du travail. En conséquence, il est parfois suggéré de réfléchir à une interdiction ciblée de tout détachement dans certains domaines économiques³³.

Le cœur du débat politique et juridique sur la mobilité des travailleurs en France semble bien s'être concentré sur le travail détaché. Pour autant, en l'état actuel du droit français, le régime de liberté de circulation des travailleurs détachés reste strictement dans le cadre de la directive.

Il reste enfin à préciser que le droit français a créé un titre de séjour « compétence et talent » qui permet d'accorder un droit au séjour spécifique aux étrangers dont le métier apparaît particulièrement nécessaire ou pertinent pour l'économie française.

³¹ Défenseur des droits, Avis 16-02 du 15 janvier 2016, disponible sur le site internet : <https://juridique.defenseurdesdroits.fr>.

³² M. Rocca, « Détachement 2022 : la longue marche de la quasi-égalité », *RTD eur.* 2022. 163.

³³ S. Robin-Olivier, Le marché du détachement international de travailleurs dans l'Union européenne : une institution esclavagiste ? », *Mélanges en l'honneur de Marie Ange Moreau*, Bruylant, 2022. 521.

Question 4.

Quelle est la réaction nationale au phénomène de la fuite des cerveaux ?

- a. Y a-t-il un flux important de travailleurs de votre pays vers d'autres États membres ? Quels sont les secteurs concernés ? Quel est le profil (âge, niveau d'éducation, sexe) du travailleur mobile ? Certaines régions sont-elles plus touchées que d'autres ? Ce phénomène a-t-il également engendré des problèmes démographiques ?
- b. Existe-t-il, au niveau national, des mesures visant à retenir certains types de travailleurs (par exemple, possédant un certain niveau et un certain type de qualification) ? Par exemple, existe-t-il des mesures qui obligent les diplômés à travailler dans leur État membre d'origine, qui a financé les études, pendant un certain temps, avant de pouvoir migrer ? Y a-t-il eu d'autres mesures poursuivant le même objectif ?
- c. Existe-t-il, au niveau national, une jurisprudence ou des décisions administratives qui examinent la compatibilité de ces mesures avec le droit de l'Union, en particulier avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation ?

Réponse

4.a.

Le phénomène de fuite des cerveaux, quoique fréquemment invoqué en France dans la grande presse ou dans le discours politique, semble très difficile à quantifier voire même à établir³⁴. Un rapport du sénat soulignait il y a déjà 20 ans que le flux était difficile à mesurer et que les statistiques disponibles étaient ou bien manquantes ou bien contestables³⁵.

En toute hypothèse, un relatif consensus semble limiter le phénomène aux Français diplômés du supérieur, dont l'expatriation est évaluée à environ 4%, ce qui situerait la France dans la moyenne basse de l'Union européenne³⁶. Le phénomène est confirmé par le fait qu'au vu de la population française totale, la proportion des personnes disposant d'un diplôme de l'enseignement supérieur est plus élevée parmi les Français en âge de travailler qui vivent dans un autre pays de l'UE que parmi les Français en France : 62,5% des Français vivant dans un autre État membre ont un diplôme de l'enseignement supérieur, contre 34,6% pour la population résidente en France³⁷.

Le phénomène est plus important, mais en baisse, dans ce qui est convenu d'appeler dans le système français les « Grandes écoles » (Écoles normales supérieures, Écoles d'ingénieurs, Écoles de commerce...). L'enquête annuelle de la Conférence des grandes écoles semble montrer une baisse tendancielle de la proportion de diplômés des grandes écoles faisant le

³⁴ C. Garcia-Penalosa et E. Wasmer, « Préparer la France à la mobilité internationale croissante des talents », *Notes du conseil d'analyse économique*, vol. 31, no. 4, 2016, pp. 1-12.

³⁵ J. François-Poncet, « La fuite des cerveaux : mythe ou réalité ? », *Commission des affaires économiques du Sénat*, Rapport d'information 388 (1999-2000).

³⁶ R. Ennaffaa R. et S. Paivindi, « Fuite ou mobilité des cerveaux », *Formation Emploi*, n° 103, juillet 2008.

³⁷ Source Eurostat – 2018 : <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/8926081/3-28052018-AP-FR.pdf/82925403-a813-4419-abf8-7c783b4aadae>

choix de l'expatriation, passé d'environ 16% en 2015 à environ 11% en 2022, soit environ un diplômé sur 9. Parmi ceux-ci, 43% sont expatriés dans l'Union européenne³⁸.

Il s'agit donc bien d'une mobilité limitée, qui ne semble pas toucher une région ou un sexe plutôt qu'un autre, mais bien plutôt être concentrée sur les plus diplômés des Français.

4. b.

Les mesures visant à limiter l'expatriation des étudiants formés en France sont extrêmement rares.

Quelques écoles françaises, comme les Écoles normales supérieures ou l'École Polytechnique, rémunèrent leurs élèves et, en contrepartie, posent des obligations pour ceux-ci de s'engager non pas en France, mais au service de l'État pendant une durée de 10 ans. Ces exigences sont toutefois limitées à plusieurs égards. D'une part, en ce qui concerne l'École polytechnique, cette situation particulière est limitée aux étudiants de nationalité française, d'autre part, cette obligation de travailler au service de l'État peut être rachetée par l'étudiant ou par l'entreprise, française ou étrangère, qui l'embauche³⁹. En pratique, donc, le remboursement des frais engagés par l'État peut délier le bénéficiaire de son obligation de travailler au service du public.

En ce qui concerne les études universitaires, aucune mesure particulière n'est prévue pour les étudiants de nationalité française ou pour les citoyens européens. Pour les ressortissants d'États extérieurs à l'Union, il est au contraire extrêmement difficile de rester sur le territoire français en raison des règles relatives à l'entrée et au séjour des étrangers. Il est en effet fréquemment remarqué que le passage du statut d'étudiant à celui de travailleur est difficile à obtenir et, à ce titre, constitue une véritable contre-incitation à rester en France⁴⁰. Cette situation est fréquemment dénoncée non seulement par les spécialistes de droit des étrangers, mais encore par de nombreux économistes, qui soulignent la relative incohérence politique qui consiste à financer des études par l'impôt tout en empêchant la France de bénéficier du résultat de cet effort de formation⁴¹.

4. c.

A notre connaissance, il n'existe pas, à l'heure actuelle, de difficultés juridiques relatives à la compatibilité entre ces différentes mesures et les libertés de circulation garanties par le droit de l'Union. Il faut d'ailleurs noter que les obligations de travailler au service de l'État qui existent dans certaines écoles ont été étendues aux institutions de l'Union européenne⁴². Les rares limites professionnelles imposées aux étudiants français ou étrangers ont donc été modifiées pour intégrer les exigences du droit de l'Union.

³⁸ Conférence des Grandes Ecoles, « Enquête Insertion – 2022 », <https://www.cge.asso.fr/publications/enquete-insertion-cge-2022-infographie/>.

³⁹ Décret n° 2015-566 du 20 mai 2015 *relatif au remboursement des frais d'entretien et d'études par certains élèves de l'École polytechnique*, JO n°0118 du 23 mai 2015.

⁴⁰ H. Jamid, M. Makki, R. Mercon, « Statut étudiant : regards croisés d'immigrés, *Plein droit* 2021/3 (n° 130), p. 19.

⁴¹ C. Garcia-Penalosa et E. Wasmer, *ibid.*

⁴² Décret n° 2013-1140 du 9 décembre 2013 *relatif à l'École normale supérieure*, JO n°0287 du 11 décembre 2013

Chapitre 2 : Conflits entre libertés fondamentales et droits sociaux

Mathieu Combet

Question 5.

Comment le droit national traite-t-il la situation des travailleurs détachés ?

- a. La directive 2018/957 a-t-elle été transposée en droit national ? Comment, plus précisément, le principe de l'égalité de rémunération pour un travail égal, tel qu'il est énoncé à l'article 3 révisé de la directive, a-t-il été mis en œuvre dans le droit national ? Existe-t-il des secteurs d'activité dans lesquels le principe « à travail égal, rémunération égale » ne s'applique pas dans le cadre du détachement ? Quels sont les secteurs dans lesquels l'exploitation des travailleurs pose le plus de problèmes (agriculture, conditionnement de la viande, construction...) ?
- b. Des affaires concernant le détachement de travailleurs par des entreprises de travail intérimaire établies dans d'autres États membres ont-elles été tranchées au niveau national ? Comment ces affaires ont-elles été réglées par les juridictions nationales ?

Réponse

5.a

La directive 2018/957 a été transposée par l'ordonnance du 20 février 2019 portant transposition en droit français de la directive (UE) 2018/957⁴³. Le principe de l'égalité de rémunération pour un travail égal, a été transposé à l'article L. 1262-4 du Code du travail. A notre connaissance, il n'y a pas de secteurs d'activité dans lesquels le principe « à travail égal, rémunération égale » ne s'applique pas dans le cadre du détachement d'un salarié.

En France, selon la Direction Générale du Travail, les travailleurs détachés sont à 34 % dans l'industrie, 34 % dans la construction, 20 % dans les services et 9 % dans l'agriculture⁴⁴. Il ressort clairement des études que les secteurs les plus problématiques sont ceux de l'industrie et celui des des BTP⁴⁵.

5.b

Effectivement, des affaires concernant le détachement de travailleurs par des entreprises de travail intérimaire établies dans d'autres États membres ont été traitées au niveau national. Il est possible de citer l'affaire dite de *Flamanville* de 2020 qui portait sur le détachement de salariés et la législation applicable en l'absence de certificat E101/A1⁴⁶. Selon la Cour de cassation « *en l'absence de certificat E101/A1 résultant d'un refus de délivrance ou d'un retrait par l'institution compétente, seule trouve à s'appliquer la législation de l'État membre où est exercée l'activité salariée* ». Dès lors, les articles L. 8222-2, 3°, et L. 8222-5, alinéas 1 et 2, du code du travail, doivent être interprétés en ce sens qu'il appartient à l'entreprise utilisatrice, informée de l'intervention de salariés, employés par une entreprise de travail temporaire, en

⁴³ JORF n°0044 du 21 février 2019.

⁴⁴ <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/publication/qui-sont-les-travailleurs-detaches-en-france>

⁴⁵ <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/21975-le-travail-detache-en-france-et-dans-lunion-europeenne>

⁴⁶ Cass. soc., 4 novembre 2020, n°18-24.451 (15 affaires jointes) et 19-22.460 (43 affaires jointes).

situation irrégulière au regard des formalités mentionnées aux articles L. 8221-3 et L. 8221-5 de ce code, d'enjoindre aussitôt à celle-ci de faire cesser sans délai cette situation. À défaut, elle est tenue solidairement avec l'entreprise de travail temporaire au paiement des indemnités pour travail dissimulé.

Il convient de noter un arrêt du 8 décembre 2021 selon lequel en dehors des situations de détachement de travailleurs sur le territoire français, relevant de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, la législation française sur la durée du travail ne constitue pas une loi de police au sens de l'article 9, § 1, du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), mais relève des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord au sens de l'article 8, § 1, de ce règlement⁴⁷.

La Cour de cassation a également pu traiter des affaires portant sur des infractions à la législation sur le travail temporaire. C'est notamment le cas avec un arrêt de la chambre criminelle du 28 mars 2017⁴⁸. Dans cette affaire, une société française avait employé des travailleurs détachés, mis à disposition par une société d'intérim de droit polonais, en méconnaissance des règles régissant le travail temporaire, notamment en renouvelant certains contrats de travail plus d'une fois ou sans respecter les délais de carence entre deux missions, pourvoyant ainsi des postes permanents pour une durée de trois ans et plus. Pour la société, les dispositions du code du travail incriminant le marchandage et le prêt illicite de main-d'œuvre n'étaient pas applicables aux opérations de détachement temporaire de salariés par une entreprise non établie en France, lesquelles relèvent de règles spécifiques. La cour estime que la société s'est rendue coupable de marchandage et prêt illicite de main-d'œuvre. Ce type d'affaires n'est pas isolé comme le montrent des arrêts de la chambre criminelle rendus notamment en 2018⁴⁹ ou 2019⁵⁰.

Dans une affaire de 2021, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu se prononcer sur l'irrecevabilité de la constitution de partie civile d'un URSSAFF dans le cadre de poursuites pénales pour travail dissimulé. La Cour de cassation a estimé que l'existence de certificats E101 et A1 ne fait pas obstacle à une condamnation pour travail dissimulé pour avoir omis de procéder à la déclaration préalable à l'embauche⁵¹. Il résulte de l'article 2 du code de procédure pénale que l'action civile n'appartient qu'à ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. La cour d'appel avait accepté la constitution de partie civile de l'URSSAF d'Aquitaine et condamné le prévenu à lui verser des dommages-intérêts. Pour les juges, l'URSSAF d'Aquitaine avait subi un préjudice résultant de l'ampleur de sa mission de contrôle et des démarches judiciaires qu'elle a dû engager. Or, la Cour de cassation a décidé de censurer la cour d'appel puisque selon elle, les organismes de protection sociale nationaux ne sauraient prétendre avoir subi un préjudice lorsque, comme en l'espèce, la validité du certificat ne peut être contestée, faute de retrait dudit certificat par l'organisme qui l'a émis, ou faute d'établissement de la preuve d'une fraude. Dès lors, les salariés ne peuvent pas être regardés comme étant régulièrement affiliés au régime de sécurité sociale

⁴⁷ Cass. soc. 8 déc. 2021, n° 20-14.178

⁴⁸ Cass. crim., 28 mars 2017, n°15-84.795.

⁴⁹ Cass. crim., 30 octobre 2018, 17-86.601.

⁵⁰ Cass. crim., 8 janvier 2019, n°17-87.246.

⁵¹ Cass. crim. 12 janvier 2021, n°17-82.553 et 17-86.757, FS-P+B+I.

de l'État ayant émis le certificat. Une telle approche a été confirmée par la Cour dans deux arrêts du 4 janvier 2022 portant sur une dissimulation d'activité⁵².

Dans un autre arrêt de 2021, la Cour s'est prononcée sur une affaire portant sur du travail dissimulé et les certificats de détachement⁵³. Pour la Cour de cassation, les juges justifient leur décision, sur le fondement des articles L. 8221-1 et L.8221-3 du code du travail, lorsqu'ils sanctionnent pénalement le défaut d'enregistrement au registre français du commerce et des sociétés d'une société étrangère tenue à cette formalité en vertu des dispositions des articles L. 123-1, I, 3°, L. 123-11 et R.123-35 du code de commerce, bien qu'elle soit déjà enregistrée dans un autre État membre de l'Union européenne, dès lors qu'elle ouvre un premier établissement dans un département français, c'est-à-dire lorsqu'elle y établit une agence, une succursale ou une représentation. En se prononçant de la sorte, cela ne contrevient pas aux dispositions des articles 49 à 54 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne garantissant le principe de liberté d'établissement. La Cour précise également que si les dispositions du code de commerce français ne sont pas applicables aux sociétés dont le siège social n'est pas situé en France, il est de jurisprudence constante que la législation française s'applique si le siège social réel de la société est situé en France ou si la société réalise l'essentiel de son activité en France et dispose d'un local d'exploitation sur le territoire national.

Dans une affaire du 17 mai 2022, la chambre criminelle s'est prononcée sur l'incidence de l'intervention volontaire de la DIRECCTE (Directions régionales de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités) à l'occasion d'un procès pénal⁵⁴. Cette affaire portait sur des poursuites contre une société pour travail dissimulé par dissimulation d'emplois salariés et pour s'être soustraits aux déclarations auprès des organismes sociaux et fiscaux au moyen d'un montage juridique frauduleux en ayant recours à des entreprises sous-traitantes étrangères (portugaises). Plus précisément, elle a dû se prononcer sur les contours de l'obligation au recours à un interprète assermenté ainsi que la portée de la saisine de l'autorité nationale étrangère compétente d'une demande de retrait de certificat A1. En l'espèce, elle censure la cour d'appel qui a entendu sans prestation de serment le représentant de la DIRECCTE, dès lors qu'une administration, fût-elle à l'origine des poursuites, ne peut, en dehors des cas où la loi le prévoit expressément, être considérée comme une partie intervenante au procès pénal.

⁵² Cass. crim. 4 janv. 2022, n^{os} 20-84.023 et 20-84.029. En ce sens : v. aussi. : Crim. 2 mars 2021, n° 19-80.991.

⁵³ Cass. crim. 2 mars 2021, n°19-80.991.

⁵⁴ Cass. crim. 17 mai 2022, n°21-85.246, F-B.

Question 6.

La liberté d'établissement et la liberté d'entreprise (article 16 de la Charte des droits fondamentaux) sont-elles utilisées pour contester le droit social national ou européen devant les tribunaux nationaux ?

- a. Dans l'affirmative, quels domaines du droit du travail sont concernés ?
- b. Comment le droit de grève est-il actuellement protégé dans le droit national, et comment est-il appliqué dans la jurisprudence nationale en relation avec la libre prestation de services et la liberté d'établissement ? Plus précisément, le droit de grève est-il traité comme étant égal, plus important ou moins important que les libertés du marché intérieur (c'est-à-dire comme une exception qui doit être proportionnée) ?

Réponse

Oui, la liberté d'établissement et la liberté d'entreprise sont utilisées pour contester le droit national ou européen devant les tribunaux nationaux.

6.a

Dans un arrêt du 2 mars 2021, la liberté d'établissement a été utilisée pour contester des poursuites pénales pour travail par dissimulation d'activité et abus de biens sociaux⁵⁵. Les juridictions du fond ont reconnu les prévenus coupables de travail par dissimulation d'activité pour défaut d'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés français. En effet, celle-ci disposait en France d'un centre effectif de direction et y exerçait une activité stable et continue, alors qu'elle était enregistrée en Slovaquie. C'est pour cette même raison que les prévenus ont été reconnus coupables d'abus de biens sociaux et recel de cette infraction au préjudice d'une société régulièrement immatriculée en Slovaquie, au seul constat que cette immatriculation aurait présenté un caractère fictif dès lors que l'intégralité de son activité était réalisée en France et depuis ce pays. Cependant, les prévenus estiment qu'une telle condamnation est contraire aux articles 49 et 54 du TFUE.

Conformément à sa jurisprudence, la Cour estime qu'en l'absence de règles de droit de l'Union, la procédure d'enregistrement d'une société dans l'État membre d'accueil est régie par le droit de ce dernier, les autorités de cet État étant obligées, en vertu du principe d'effectivité, de tenir dûment compte, lors de l'examen d'une demande d'enregistrement de cette entreprise, des documents émanant des autorités de l'État membre d'origine attestant que cette société s'est effectivement conformée aux conditions de celui-ci, pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit de l'Union. Partant, les juges peuvent sanctionner pénalement le défaut d'enregistrement au registre français du commerce et des sociétés d'une société étrangère tenue à cette formalité en vertu des dispositions des articles L. 123-1, I, 3°, L. 123-11 et R.123-35 du code de commerce, bien qu'elle soit déjà enregistrée dans un autre État membre de l'Union européenne, dès lors qu'elle ouvre un premier établissement dans un département français, c'est-à-dire lorsqu'elle y établit une agence, une succursale ou une représentation.

⁵⁵ Cass. crim. 2 mars 2021, n°19-80.991.

La liberté d'entreprendre (article 16 de la Charte sur les droits fondamentaux) a également été utilisée par un employeur pour contester un arrêt qui a prononcé la nullité du licenciement d'une salariée en raison de ses convictions religieuses. C'est ce que montre un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation du 14 avril 2021⁵⁶.

Pour l'employeur, le port du voile religieux n'est pas conforme à l'image que la société avait choisi de donner à sa marque et aussi de la conception que la société se faisait de la féminité, dans le cadre de l'usage normal de sa liberté d'entreprise. Ainsi la salariée n'avait pas une « présentation correcte » par rapport à la finalité de l'entreprise conformément au règlement intérieur de l'entreprise. En effet, pour l'employeur, la Cour d'appel a violé le principe de la liberté d'entreprendre, reconnu à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dès lors que le port d'un foulard religieux apparaissait comme contraire aux identités préétablies que l'employeur jugeait comme essentielles au développement de son activité commerciale assise sur une conception de l'image de la femme. Il n'en demeure pas moins que la Cour de cassation n'adhère pas à cet argument puisqu'elle considère que l'interdiction faite à la salariée de porter un foulard islamique caractérisait l'existence d'une discrimination directement fondée sur les convictions religieuses de l'intéressée.

6.b

Le droit de grève est un droit fondamental reconnu par l'alinéa 7 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Cette disposition précise que celui-ci doit « *s'exercer dans le cadre des lois qui le réglementent* ». La spécificité du droit de grève a été consacrée par une décision du Conseil constitutionnel en 2007⁵⁷.

A notre connaissance, les juridictions nationales n'ont pas eu à connaître de litiges portant sur le droit de grève en relation avec la libre prestation des services et la liberté d'établissement.

⁵⁶ Cass. soc., 14 avril 2021, n°19-24.079.

⁵⁷ Cons. const., 16 août 2007, n° 2007-556 DC, Loi sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, cons. 13.

Chapitre 3. Acquis social et « non-acquis » social

Emmanuelle Mazuyer

Question 7.

Comment l'*acquis social* est-il mis en œuvre dans votre État membre et quel est son lien avec le droit national ?

- a. En particulier, comment est-il mis en œuvre dans votre pays dans le domaine de la législation anti-discrimination ? Les évolutions récentes de la jurisprudence de la CJUE ont-elles eu un impact significatif sur la discrimination fondée sur la religion au niveau national ? La notion d'aménagement raisonnable est-elle correctement mise en œuvre ? Quels sont les évolutions encore nécessaires dans le domaine de la législation anti-discrimination, le cas échéant ? De telles évolutions devraient-elles être initiées au niveau de l'UE ?
- b. Comment l'acquis est-il mis en œuvre dans votre pays dans le domaine du temps de travail ? Dans quels domaines l'acquis est-il le plus utile aux travailleurs ? Dans quels domaines l'acquis est-il le plus invoqué devant les juridictions nationales (limitation du temps de travail journalier ou hebdomadaire ? congés payés annuels ? autres questions) ? Existe-t-il des réactions hostiles à la jurisprudence de la CJUE ?
- c. Le travail via une plateforme est-il réglementé dans votre pays ? Existe-t-il des cas de classification (erronée) des travailleurs des plateformes en tant qu'indépendants ? Quel est le rôle des partenaires sociaux ou d'autres groupes dans la réglementation du travail via une plateforme, dans votre pays ?
- d. Le législateur national et les juridictions nationales ont-ils pris position sur la relation entre le droit de l'UE et le droit international du travail ? Y a-t-il, par exemple, des conflits entre le droit de l'Union et le droit international que les juridictions ont dû traiter ? La charte sociale européenne est-elle souvent citée par le législateur ou dans la jurisprudence ?

Réponses

7.a.

Concernant l'acquis européen, pendant longtemps, il n'a posé aucune difficulté car la législation sociale française était plus favorable que les textes européens et le droit social français plus protecteur des salariés que les règles minimales adoptées par compromis entre des Etats dotés d'une tradition sociale moins progressiste. Cette donne a changé depuis les années 2000, en raison des restrictions budgétaires imposées par la gouvernance économique et les réformes sociales libérales qui déconstruisent en profondeur le modèle social français.

Le droit européen concernant la non-discrimination est plutôt bien intégré en France. Les difficultés tiennent plus à certains motifs de discrimination comme la religion et plus spécialement, la question du foulard islamique confrontée au principe de laïcité qui est un pilier du droit français, traditionnellement tourné vers des principes républicains d'intégration, de neutralité et d'égalité plus que vers des droits des minorités et des reconnaissances des différentes communautés. En droit du travail, les contentieux concernant

le port du voile ont été nombreux et impliquent une mobilisation des règles européennes. Ainsi, l'affaire Bougnaoui concernait une salariée portant le foulard islamique qui avait été licenciée à la suite d'une plainte d'un client de l'employeur chez qui elle était affectée. L'employeur lui avait demandé de ne plus porter le voile en réaffirmant le principe de neutralité à l'égard de sa clientèle, ce qu'elle avait refusé. La salariée avait alors été licenciée au motif que le port du voile avait entravé le développement de l'entreprise et avait empêché la poursuite de son intervention chez le client. La Cour de cassation française a demandé à la CJUE si l'interdiction faite à une salariée de porter le foulard islamique pour tenir compte du souhait d'un client pouvait être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante selon de la directive européenne 2000/78/CE du 27 novembre 2000. Depuis, la loi n°2016-1088 du 8 août 2016, dite Loi Travail, a introduit un article L. 1321-2-1 dans le Code du travail qui permet aux employeurs d'inscrire dans le règlement intérieur des « *dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché* ». La disposition renforce le pouvoir des employeurs pourvu que les interdictions soient justifiées. Restera à apprécier la proportionnalité et la légitimité des restrictions.

Concernant la protection des discriminations envers les handicapés, la Convention internationale relative aux droits des personnes handicapées (CIDPH), adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en 2006 et ratifiée par la France en 2010, interdit toutes les discriminations fondées sur le handicap. Selon l'article 2 de la CIDPH, « *la discrimination fondée sur le handicap comprend toutes les formes de discrimination, y compris le refus d'aménagement raisonnable* ». La CIDPH définit « l'aménagement raisonnable » comme « les modifications et ajustements nécessaires et appropriés n'imposant pas de charge disproportionnée ou induite apportés, en fonction des besoins dans une situation donnée, pour assurer aux personnes handicapées la jouissance ou l'exercice, sur la base de l'égalité avec les autres, de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales ». Le principe d'aménagement raisonnable est présenté par la CIDPH comme un élément du principe de non-discrimination. A la différence des mesures d'action positive, l'obligation d'aménagement raisonnable ne constitue pas une simple faculté pour les États mais une obligation à laquelle ils ne peuvent déroger. Elle ne vise pas à conférer un traitement préférentiel aux personnes handicapées, considérées en tant que groupe défavorisé, mais à garantir à chaque personne handicapée, une égalité réelle dans une situation concrète de travail.

L'article L5213-6 a transposé dans le Code du travail français le concept d'aménagement raisonnable en « mesures appropriées » : « Afin de garantir le respect du principe d'égalité de traitement à l'égard des travailleurs handicapés, l'employeur prend, en fonction des besoins dans une situation concrète, les mesures appropriées pour permettre aux travailleurs (handicapés), d'accéder à un emploi ou de conserver un emploi correspondant à leur qualification, de l'exercer ou d'y progresser ou pour qu'une formation adaptée à leurs besoins leur soit dispensée. Ces mesures sont prises sous réserve que les charges consécutives à leur mise en œuvre ne soient pas disproportionnées, compte-tenu de l'aide prévue à l'article L5213-10 [une aide allouée par l'Agefiph] qui peuvent compenser en tout ou partie les dépenses supportées à ce titre par l'employeur. Le refus de prendre des mesures au sens du premier alinéa peut être constitutif d'une discrimination (...) ».

L'aménagement raisonnable induit par exemple une obligation de reclassement des salariés : l'employeur est tenu de chercher par tous moyens à préserver l'emploi du salarié, notamment

en prenant des mesures de transformation du poste ou d'aménagement du temps de travail. Cette obligation de recherche de reclassement est rigoureuse dans la mesure où elle s'impose même si le médecin du travail a déclaré le salarié inapte à tout emploi dans l'entreprise⁵⁸, faute de quoi un éventuel licenciement serait nul⁵⁹ (et non sans cause réelle et sérieuse)⁶⁰.

Les notions de « mesures appropriées » et de « charge disproportionnée » constituent les deux piliers de l'obligation d'aménagement raisonnable en matière de discrimination fondée sur le handicap et d'adaptation de l'emploi pour des motifs de santé ou de handicap des salariés. En revanche, les transformations importantes qu'implique⁶¹ l'aménagement raisonnable semblent plus difficiles à mettre en œuvre dans d'autres domaines, en raison de l'existence de dispositifs juridiques proches, qui se juxtaposent sans cohérence d'ensemble. Étendre cette obligation à d'autres domaines que le handicap semble difficile car les autres motifs discriminatoires n'impliquent pas les mêmes sources de difficultés. On sait par ailleurs que la discrimination positive est difficilement justifiable en droit européen et que par exemple, pour les discriminations fondées sur l'origine, le fichage ethnique est illégal en France.

En matière d'emploi, les différences de traitement fondées sur un critère de discrimination prohibé, tel que le handicap, sont autorisées dès lors qu'elles constituent des exigences professionnelles essentielles et déterminantes pour l'emploi considéré et à condition que l'objectif de ces différences de traitement soit légitime et que les moyens d'y parvenir soient proportionnés. Une exigence professionnelle est considérée comme effectivement essentielle et déterminante si : elle est prévue par la loi ; elle répond à une situation concrète ; elle poursuit un objectif légitime ; elle pose des exigences proportionnées au but recherché ; elle est justifiée par la nature de l'activité ou les conditions de son exercice. Ainsi, le Défenseur des droits a considéré que le refus d'embauche opposé à une personne malentendante postulant à un emploi d'assistant de vie à domicile constituait une discrimination fondée sur le handicap au sens des articles L. 1132-1, L. 1133-3 et L. 5213-6 du Code du travail⁶². En revanche, lorsque le handicap d'un candidat à un emploi est incompatible avec les exigences professionnelles essentielles et déterminantes, appréciées de façon objective au regard des conditions de performance du poste à pourvoir, il ne saurait être exigé de l'employeur qu'il effectue une recherche d'aménagement raisonnable afin de pouvoir écarter la candidature du travailleur handicapé. Dans ce cas, le travailleur handicapé se trouve dans une situation comparable à un travailleur non handicapé qui ne remplirait pas les exigences professionnelles essentielles du poste à pourvoir et qui pourrait se trouver légitimement écarté de la procédure de recrutement, sans être discriminé.

⁵⁸ Soc. 16 sept. 2009.

⁵⁹ Soc. 28 mai 2014 et sur renvoi Cour d'appel d'Agen, 13 jan. 2015

⁶⁰ Une décision du 21 décembre 2012, de la Cour d'appel de Douai procède d'une conception extensive du droit de la non-discrimination, puisque pour la Cour une obligation d'adaptation du poste du salarié en situation de handicap s'impose et l'absence d'adaptation et la dégradation des conditions de travail caractérise une discrimination à raison du handicap.

⁶¹ Critère du raisonnable ou appréciation de la proportionnalité des demandes des salariés, évolution du domaine des aménagements requis, en particulier.

⁶² L'employeur avait rejeté la candidature car le poste nécessitait de pouvoir communiquer par téléphone et il considérait cela comme une exigence essentielle et déterminante. Or, la candidature de la réclamante a été écartée sans avoir recherché, avec le médecin du travail, si des mesures d'aménagements permettant à la réclamante d'exercer ses fonctions à égalité de traitement avec les autres salariés étaient envisageables, Décision du Défenseur des droits n°MLD-2013-228 du 15 janvier 2014.

Afin de mieux lutter contre les discriminations, il faudrait sans doute adopter une approche intersectionnelle des discriminations dans l'emploi. En effet, certains groupes sociaux sont particulièrement exposés aux processus de stigmatisation et d'exclusion dans l'emploi, du fait de l'interaction entre différentes caractéristiques socioéconomiques (sexe, âge, statut dans l'emploi, niveau d'éducation, religion, origine, lieu de résidence, vulnérabilité économique). Par exemple, les discriminations vécues par les personnes non-blanches en raison de leur origine ou nationalité peuvent se conjuguer ou se cumuler avec d'autres discriminations fondées sur l'âge, le sexe, la religion ou l'orientation sexuelle. Cette approche pourrait être impulsée au niveau européen.

Par ailleurs, il est difficile de mesurer l'ampleur des discriminations, car il ne faut pas seulement observer leur fréquence, mais également les effets à long terme. Ainsi, en 2021, lorsqu'on les interroge sur leurs conditions de travail, près de 90 % des jeunes âgés de 18 à 34 ans en France métropolitaine déclarent avoir déjà connu au moins une situation de dévalorisation au cours de leur vie professionnelle⁶³. Mais les discriminations, du fait de leur caractère systémique et répété, produisent des effets durables et délétères sur la carrière, la santé et les relations sociales des individus (perte de confiance en soi, autocensure, démissions ou licenciements, mesures de rétorsion, altération de la santé mentale, etc.). Il conviendrait donc de mettre en place des outils de repérage et de suivi plus effectifs. Depuis la loi Égalité et Citoyenneté du 27 janvier 2017, toutes les personnes en charge du recrutement dans les entreprises de 300 salariés et plus mais aussi tous les collaborateurs de cabinets ou entreprises spécialisés, doivent par exemple se former à la non-discrimination à l'embauche tous les cinq ans. Inscrite dans un nouvel article L 1131-2 du Code du travail, cette obligation mériterait cependant de faire l'objet d'un suivi et d'une évaluation afin de veiller à sa mise en œuvre concrète dans les entreprises concernées.

7.b

La Directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 qui a pour objet la protection du droit au repos des travailleurs démontre l'influence du droit européen dans un sens favorable à la protection des travailleurs, notamment en matière de temps de travail, et dans tous ces aspects (temps de travail, congés payés, heures supplémentaires, forfait jours...). Cette référence est présente dans les décisions par lesquelles la Cour de cassation a fait peser sur l'employeur la charge de la preuve du respect des seuils légaux en matière de durée de travail. Par exemple, elle a posé récemment⁶⁴ le principe selon lequel le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire de 48 heures prévue par la directive de 2003, en ce qu'il prive le travailleur d'un repos suffisant et porte donc atteinte à sa sécurité et à sa santé lui cause, de ce seul fait, un préjudice, par référence à la jurisprudence de la CJUE⁶⁵. Le droit interne aurait pu suffire pour justifier la solution, ce qui prouve l'influence déterminante du droit européen rappelée dans cette décision car elle juge que l'article L 3121-35 (devenu L 3121-20) du Code du travail doit être interprété à la lumière de l'article 6-b de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 « *aux termes [de l'article L. 3121-35, alinéa 1er du Code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, interprété à la lumière de*

⁶³ https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/et_res-oit14-num-01.12.21_access.pdf.

⁶⁴ Soc 26 janvier 2022, n° 20-21.636.

⁶⁵ CJUE14 octobre 2010, C-243/09, Fuß c. Stadt Halle, point 54.

l'article 6 b) de la Directive n° 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003], au cours d'une même semaine, la durée du travail ne peut dépasser quarante-huit heures » « il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne que le dépassement de la durée moyenne maximale de travail hebdomadaire fixée à l'article 6, sous b), de la Directive 2003/88 constitue, en tant que tel, une violation de cette disposition, sans qu'il soit besoin de démontrer en outre l'existence d'un préjudice spécifique »⁶⁶.

Un point de non-conformité peut être relevé suite à l'arrêt du 13 janvier 2022, la CJUE a jugé que l'article 7 de la directive s'oppose à une convention collective selon laquelle, afin de déterminer si le seuil des heures travaillées donnant droit à majoration pour heures supplémentaires est atteint, les heures correspondant à la période de congé annuel payé pris par le travailleur ne sont pas prises en compte en tant qu'heures de travail accomplies. A travers cette décision, la notion même de temps de travail effectif, telle qu'elle est envisagée par l'article L. 3121-28 du Code du travail est impactée. Les heures supplémentaires sont celles effectuées au-delà de la durée légale de travail de 35 heures. Elles ouvrent droit à une majoration de rémunération. Pour décompter ces heures supplémentaires, il convient de tenir compte du temps travail effectif qui est défini comme le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de l'employeur et se conforme à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles⁶⁷. La Cour de cassation en déduit que, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, les congés payés, bien que rémunérés, ne doivent pas être pris en compte pour le déclenchement des heures supplémentaires⁶⁸. Le droit français est ainsi manifestement contraire au droit européen mais cette opposition découle d'une jurisprudence continue de la Cour de cassation et non du libellé de l'article L. 3121-28. La réception en droit français devrait en être facilitée via l'obligation des juges de procéder à une interprétation conforme du droit interne au regard des directives, même dans des contentieux entre particuliers⁶⁹. Ainsi, même si, la directive européenne de 2003 n'a pas d'effet direct horizontal à l'égard des particuliers, et que face à l'employeur, un salarié ne peut pas se prévaloir de ce texte ni de l'interprétation qu'en fait la CJUE⁷⁰, les juges doivent trancher le litige en interprétant le droit national à la lumière des normes européennes et conformément à l'interprétation qu'en fait la CJUE⁷¹. Notons que lorsqu'il s'agit d'un employeur « public » ou « assimilé », la directive prime sur le droit national : lorsque l'employeur est public, le salarié peut se prévaloir directement du texte européen⁷². La directive de 2003 est donc, sauf certains points très spécifiques mentionnés⁷³, plutôt bien appliquée en France.

7.c

La loi du 8 août 2016 (dite « Loi travail ») a introduit dans le Code du travail des dispositions pour les « Travailleurs utilisant une plateforme de mise en relation par voie électronique ». En

⁶⁶ Soc 26 janvier 2022, n° 20-21.636.

⁶⁷ C. trav., art. L. 3121-1.

⁶⁸ Cass. soc., 1er déc. 2004, n° 02-21.304 ; Cass. soc., 4 déc. 2012, n° 10-10.701 et Cass. soc., 25 janv. 2017, n° 15-20.692.

⁶⁹ CJCE, 13 nov. 1990, aff. C-106/89.

⁷⁰ Cass., soc. 13 mars 2013, n° 11-22.285.

⁷¹ Cass., soc., 15 sept. 2021, n° 20-16.010.

⁷² Cass. soc., 22 juin 2016, n° 15-20.111, Cass. soc., 2 mars 2022, n° 20-22.214.

⁷³ Et la question du forfait jours développée plus loin, voir *infra*.

forçant la qualification de travailleurs indépendants et en leur octroyant un embryon de droits sociaux (en matière d'accidents du travail, de formation professionnelle et de droits à action collective, articles L 7342-1 à L7342-7). La Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel prévoyait une Charte avec une présomption limitant le pouvoir de requalification des juges, puisque que son établissement ne pouvait « caractériser l'existence d'un lien de subordination juridique entre la plateforme et les travailleurs ». La loi « Mobilités » (LOM) du 24 décembre 2019 prévoit également que les éléments de subordination prévus dans une charte élaborée par les plateformes et homologuée par l'administration ne pouvaient pas caractériser une relation de travail subordonnée devant les juges. Les juridictions viennent souvent requalifier la relation contractuelle entre les travailleurs et les plateformes car ils apprécient *in concreto* la relation entre le travailleur et la plateforme. Ainsi un arrêt Cass. Soc. *Take Eat Easy* du 28 novembre 2018 examine s'il existe un pouvoir de contrôle et un pouvoir de sanction qui caractérise un lien de subordination, ce qui est le cas en l'espèce. De même dans un arrêt Cass. Soc. *Uber* du 4 mars 2020 les juges se fondent sur les éléments caractérisent un lien de subordination emportant la qualification de contrat de travail. Le faisceau d'indices pour une requalification utilisé dans le cas *Uber* sont l'intégration dans un service de transport entièrement organisé par Uber ne conférant pas de liberté dans l'organisation de son activité, la recherche de clientèle ou le choix de ses fournisseurs ; une absence de liberté dans la fixation des tarifs et dans les conditions d'exercice de la prestation de transport – notamment le choix du trajet ; un contrôle de la société sur l'acceptation des courses : désactivation du compte pour inciter les chauffeurs à rester connectés à l'application, temps limité à quelques secondes pour accepter une course ; un pouvoir de sanction caractérisé par la possibilité de déconnecter temporairement le compte des chauffeurs, de corriger les tarifs des courses et de fermer leur compte en cas de comportements problématiques ou de taux d'annulation trop fréquents.

La situation actuelle est cependant encore soumise à des divergences avec des décisions qui refusent la requalification sur la base d'une appréciation des éléments de fait⁷⁴ et d'autres qui l'acceptent⁷⁵.

Sur le plan des droits collectifs des travailleurs de plateformes, une ordonnance du 21 avril 2021 relative aux modalités de représentation des travailleurs de plateformes vise à imposer certaines obligations de transparence et de dialogue social aux plateformes. L'ordonnance a aussi créé une « Autorité des relations sociales des plateformes d'emploi » (ARPE). Sa première mission a consisté à organiser un scrutin national en vue de déterminer les organisations professionnelles représentatives des travailleurs de ce secteur. Les premières élections ont été organisées en mai 2022 et se soldent par un échec : seuls 3088 chauffeurs VTC et livreurs à deux-roues ont finalement voté pour élire leurs représentants sur les 123 593 inscrits (39 313 chauffeurs et 84 280 livreurs). Mais cette faible participation n'empêche pas les désignations car aucun quorum n'avait été prévu pour valider les résultats. Le scrutin était divisé en deux collèges, le premier rassemblant les chauffeurs VTC, le second les livreurs de marchandises. Dans le collège des VTC, les sept organisations candidates (syndicat ou association) ont toutes dépassé les 5 % qui devaient être requis à titre minimal pour ce scrutin originel. L'Association des VTC de France (AVF) a dominé avec près de 42,81 % des voix, puis l'Union-indépendants, soutenue par la CFDT (11,51%) et l'Association des chauffeurs

⁷⁴ CA Lyon 15 janvier 2021, n° 19/08056; CA Paris 7 avril 2021.

⁷⁵ CA Paris, pôle 6, ch. 8, 12 mai 2021, n° 18/02660 avec la requalification du contrat d'un chauffeur Uber en contrat de travail.

indépendants lyonnais (11, 44 % respectivement). Les autres groupements ont aussi obtenu des scores entre 5 et 10 % : FO (9,19 %), FNAE (8,98 %), CFTC (8,84 %) et Unsa (7,23 %). Dans le collège des livreurs, la Fédération nationale des autoentrepreneurs et micro-entrepreneurs (FNAE) est en tête (28,45 %), devant la CGT (27,28 %). Arrivent ensuite l'Union-indépendants (22,32 %) et la Fédération SUD commerces et Services – Solidaires (5,69 %). Les cinq autres organisations – la Fédération nationale des transports routiers (FNTR), l'Unsa, FO, la Confédération nationale des travailleurs – Solidarité ouvrière (CNT-SO) et la CFTC – ont été écartées, en raison de scores inférieurs à 5 %. Un arrêté du Directeur général de l'ARPE du 24 juin 2022 a fixé la liste des organisations représentatives compétentes pour désigner des représentants au sein de l'ARPE. Pour les livraisons de marchandises sont reconnues représentatives la FNAE, la CGT, Union-indépendants et Sud commerces et services solidaires. Pour les VTC, sont représentatives AVF, l'Union-indépendants-CFDT et l'Association des chauffeurs indépendants lyonnais ainsi que FO, FNAE, CFTC et Unsa.

7. c

L'exemple le plus illustratif d'un conflit entre le droit de l'Union et le droit international en France est un peu ancien et concerne le travail de nuit des femmes. Une loi du 2 novembre 1892, reprise par l'article L.213 (ancien) du Code du travail instaurait un principe général d'interdiction de tout travail de nuit aux femmes. Elle était sur ce point conforme aux Conventions n°4, 41 et 89 de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) mais pas à la Directive 76/207/CEE du 9 février 1976 sur l'égalité professionnelle entre hommes et femmes telle qu'interprétée par la Cour de justice. Dans l'arrêt Stoeckel du 9 février 1991 (CJCE, 25 juillet 1991, arrêt C-345/89, Rec. I 4062 à I. 4068), la Cour de Justice s'était prononcée sur la légalité de la norme française à l'occasion d'une question préjudicielle, la Cour avait décidé que le souci de protection qui avait inspiré à l'origine l'interdiction, n'apparaissait plus fondé, en dehors des cas de grossesses ou de maternité. La Commission avait mis en demeure la France d'accorder son droit national au droit européen le 18 décembre 1991. La France a dénoncé la convention 89 de l'OIT en février 1992. Cette dénonciation est effective depuis février 1993. Dans l'arrêt Levy du 2 août 1993, la Cour a confirmé que le juge national doit laisser inappliquée toute disposition "*contraire à l'article 5 de la directive de 1976*" en précisant "*sauf si l'application d'une telle décision est nécessaire pour assurer l'exécution par l'Etat membre concerné d'obligations résultant d'une convention conclue antérieurement à l'entrée en vigueur du traité CEE avec des Etats tiers*". Ces arrêts ont eu pour conséquence que le juge national était tenu, lorsqu'il était saisi d'une affaire concernant le travail de nuit des femmes dans l'industrie, d'écarter la loi nationale au profit du respect de la directive européenne. Cette situation est stabilisée depuis la loi du 9 mai 2001 qui a supprimé les interdictions générales du travail de nuit des femmes.

Dans la situation actuelle, concernant l'invocabilité de la Charte sociale ou des conventions internationales dans les contentieux en France, il faut distinguer l'approche judiciaire de la position des juridictions administratives.

Concernant les juridictions judiciaires, il faut illustrer le système avec l'exemple de l'ordonnance du 22 septembre 2017 qui a établi, à l'article L. 1235-3 du code du travail, un barème déterminant l'indemnité que doit verser l'employeur à un salarié lorsqu'il le licencie sans cause réelle et sérieuse. Ce barème, fixé au regard du salaire du salarié, tient compte de

l'ancienneté de ce dernier dans l'entreprise. Le niveau d'indemnisation est strictement encadré et la somme pouvant être versée est soumise à un plancher et à un plafond. Dans une décision du 11 mai 2022⁷⁶, la Chambre sociale de la Cour de cassation statuant en formation plénière a jugé que le barème d'indemnisation du salarié licencié sans cause réelle et sérieuse n'est pas contraire à l'article 10 de la convention n°158 de l'OIT qui prévoit qu'en cas de « licenciement injustifié » car le juge peut ordonner le versement d'une indemnité « adéquate » au salarié. Le juge français ne peut écarter, même au cas par cas, l'application du barème au regard de cette convention internationale. Cette notion de licenciement « injustifié » correspond, en droit français, au licenciement « sans cause réelle et sérieuse », mais aussi au licenciement « nul »⁷⁷. Or, l'indemnisation des licenciements nuls n'est pas soumise au barème lequel tient compte de l'ancienneté du salarié, de son niveau de rémunération et dépend de la gravité de la faute commise par l'employeur. La Cour de cassation juge donc ce barème compatible avec l'article 10 de la Convention n°158 en raison de cette marge d'appréciation laissée aux États et de l'ensemble des sanctions prévues par le droit français en cas de « licenciement injustifié ».

Par ailleurs, la loi française ne peut faire l'objet d'un contrôle de conformité à l'article 24 de la Charte sociale européenne, qui n'est pas d'effet direct. En effet, le contrôle du respect de cette Charte est confié au Comité européen des droits sociaux (CEDS). Si des réclamations peuvent être portées devant cette instance, sa saisine n'a pas de caractère juridictionnel : les décisions qu'elle prend n'ont pas de caractère contraignant en droit français. Le CEDS a cependant déjà, à plusieurs reprises, rendu des avis de non-conformité du droit français au droit de la Charte sociale ou de la CEDH. Il a condamné par exemple le régime français des astreintes et des forfaits en jours. Le forfait en jours, qui consiste à remplacer le décompte précis de la durée du travail par un simple décompte du nombre annuel de jours travaillés, peut aboutir à une charge de travail considérable. Le CEDS a déclaré que ce système est contraire à la Charte car il permet des durées de travail considérables (jusqu'à 78 heures par semaine), et que les différents mécanismes protecteurs institués par la loi et la jurisprudence françaises, même s'ils permettent un contrôle des conditions d'exécution de la convention de forfait par les juridictions, sont insuffisants pour une garantie effective de durées raisonnables de travail pour l'ensemble des travailleurs concernés⁷⁸. De même, le CEDS a condamné le système français des astreintes⁷⁹, en ce qu'il assimile complètement ces périodes, hormis les interventions effectives, à des périodes de repos. Du fait des contraintes pesant sur le travailleur il faudrait, pour que le dispositif soit conforme à la Charte, que l'astreinte soit automatiquement assimilée, même lorsque le salarié n'est pas sollicité, au moins partiellement à une période de travail effectif.

En revanche, concernant les juridictions administratives, depuis l'arrêt *Fischer* du 10 février 2014, le juge administratif admet l'effet direct de certaines dispositions de la Charte sociale européenne. Cela depuis le revirement de jurisprudence *Gisti et Fapil* du 11 avril 2012 par laquelle le Conseil d'État a précisé et assoupli les critères de l'effet direct des traités internationaux : une stipulation de convention internationale est d'effet direct si elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre les États et ne demande pas l'intervention

⁷⁶ Pourvois n°21-14.490 et n°21-15.247.

⁷⁷ Un licenciement est « nul » s'il est prononcé en violation d'une liberté fondamentale, en lien avec une situation de harcèlement moral ou sexuel ou décidé de manière discriminatoire.

⁷⁸ CEDS, 19 mai 2021, Réclamation n° 149/2017, publiée le 10 novembre 2021.

⁷⁹ Les astreintes sont des périodes non travaillées, mais au cours desquelles le travailleur doit être joignable pour intervenir si nécessaire.

d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers⁸⁰. Pourtant, ces critères ne font pas l'objet d'une application claire et objective, ce qu'illustre la jurisprudence relative à la Charte. La question se repose ainsi de la pertinence de ces critères et du maintien de la condition d'effet direct en général. Ces différentes incohérences sont l'objet de critiques récurrentes par la doctrine française⁸¹.

⁸⁰ Voir C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises », *RLDF*, 2012, Chr. n°28.

⁸¹ Voir notamment C. Nivard, « L'effet direct de la Charte sociale européenne devant le juge administratif - Retour sur la question évolutive de l'effet direct des sources internationales », *RDLF* 2016, chron. n°22 (www.revuedlf.com), <https://hal-normandie-univ.archives-ouvertes.fr/hal-02391209/document>, D. Roman, « La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 1 | 2012, mis en ligne le 27 mars 2014, consulté le 22 août 2022. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/635> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.635>

Question 8.

Quelle devrait être la nouvelle frontière de la politique sociale de l'UE ?

- a. Existe-t-il une demande de nouvelles évolutions de la politique sociale de l'UE dans votre pays ? Dans quels domaines ? La limite de la compétence de l'UE en matière d'harmonisation dans les domaines de la rémunération, du droit d'association et du droit de grève est-elle considérée comme un obstacle à toute action de l'UE dans ces domaines ?
- b. Le droit de l'Union est-il considéré comme s'appliquant strictement aux travailleurs salariés ou est-il étendu aux travailleurs indépendants dans votre pays ? Dans quels domaines du droit du travail ? Dans quels cas ?

Réponse.

8.a.

En général, il n'y a pas de demande d'évolution de la part de la majorité des auteurs, à l'exception des rares spécialistes de droit social européen. La question européenne est peu évoquée à part pour critiquer parfois la position historiquement libérale qui confine l'Union européenne aux questions de concurrence et de marché intérieur⁸². Il y a en revanche une mobilisation de la thématique au niveau politique voire économique en faveur d'une harmonisation des rémunérations ou du moins d'une limitation des distorsions de concurrence causée par des différences de revenus au sein de l'Union européenne. Peu de revendications sur les thèmes du droit de grève ou d'association sont faites, en revanche sur les rémunérations, thème plus mobilisé, on peut s'étonner de leur exclusion du domaine des compétences dans le Traité alors que la modération salariale est une préconisation très courante dans les recommandations faites aux Etats dans le cadre du semestre économique européen. Ce dédoublement semble préjudiciable car opaque.

Cela étant dit, les décisions CJUE du 8 décembre 2020⁸³ rejetant le recours en annulation introduit par la Pologne et la Hongrie contre la directive 2018/957 sur le détachement des travailleurs depuis le 30 juillet 2020 réaffirment le principe d'égalité de traitement pourraient signer un renouveau dans l'Europe sociale. En effet, la Cour extrait la question des salaires des avantages concurrentiels acceptables au profit de la productivité ou des autres facteurs de production. Budapest et Varsovie invoquaient une mauvaise base juridique, une violation du principe de la libre prestation des services et une méconnaissance du règlement sur la législation applicable au contrat de travail dit Rome I. La Cour a estimé que le législateur européen avait le droit de procéder à une réévaluation des intérêts des entreprises bénéficiant de la libre prestation des services et de ceux de leurs travailleurs détachés, compte tenu de l'évolution du marché intérieur consécutive aux élargissements successifs de l'UE. Elle a considéré que cette directive ne supprime pas l'éventuel avantage concurrentiel dont

⁸² E. Mazuyer, « Les règles du marché intérieur - L'exception sociale ? » in E. Carpano, G. Marti, (Dir), *L'exception en droit de l'Union*, PUR, Rennes, 2019, pp. 171-183.

⁸³ Affaires C-620/18 et C-626/18 <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=235182&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=16765507>.

bénéficieraient les prestataires de services de certains États membres dans la mesure où « elle n'a aucunement pour effet d'éliminer toute concurrence fondée sur les coûts ». Si cette voie est poursuivie, ce serait une évolution longtemps attendue vu que le coût du travail est souvent la principale variable d'ajustement de compétitivité avec tous les effets délétères actuels (dumping social, rejet du projet européen, impossibilité d'avoir des politiques sociales exigeantes...).

8.b

La France connaît comme la plupart des États européens la binarité travail salarié et travail indépendant (à laquelle s'ajoute un droit applicable uniquement aux fonctionnaires le droit de la fonction publique qui a une importance non négligeable en droit interne). Les critères du salariat sont équivalents à ceux retenus par la Cour de justice (les trois éléments du contrat de travail à savoir une prestation de travail effective, une rémunération et un lien de subordination) et les indices utilisés pour caractériser la subordination sont à peu près identiques aux critères européens (voir Ordonnance Yodel pour l'indépendance⁸⁴ et la proposition de directive des travailleurs de plateformes pour la subordination⁸⁵).

Ce sont les juges qui *in fine* et *in concreto* peuvent requalifier la nature de la relation contractuelle entre un travailleur et un employeur, même si le législateur a pu s'immiscer dans cette qualification en créant des assimilations (voir les mannequins, les représentants de commerce ou les journalistes relevant du droit du travail ou *a contrario* les travailleurs de plateformes dont le législateur veut depuis 2016 garantir le statut de travailleur indépendant).

Il n'y a pas de lien établi entre le droit européen et le régime des travailleurs en France même si on note une tendance à suivre l'influence européenne vers une application homogène des droits fondamentaux pour les salariés et pour les indépendants (santé et sécurité, congé maternité et parental par exemple) ainsi qu'une meilleure protection sociale pour les autoentrepreneurs qui va vers une diminution des oppositions entre les deux régimes.

⁸⁴ Ordonnance CJUE du 22 avril 2020 n° C-692-19

⁸⁵ Proposition de directive relative à l'amélioration des conditions de travail dans le cadre du travail via une plateforme, COM (2021) 762 final, 9 décembre 2021.

Question 9.

L'UEM a-t-elle eu une incidence sur le droit du travail ou les politiques sociales dans votre pays ?

- a. Quel est, d'une manière générale, l'impact du Semestre européen et des recommandations par pays sur la législation et la politique nationales sur les questions sociales ?
- b. Quels sont ou seraient les problèmes/avantages de l'intégration de la politique sociale européenne dans l'UEM ?

Réponse

9.a

On peut dire que l'impact du Semestre européen est très important puisque la plupart des réformes sociales en sont des préconisations. Ainsi, les recommandations européennes ont prôné et justifié les projets de réformes des retraites ou du système chômage.

- La réforme des retraites

On peut lire dans le dernier plan à destination de la France que « *la simplification du système de retraite, par l'uniformisation des différents régimes, contribuerait à améliorer la transparence et l'équité de celui-ci, tout en ayant des effets positifs sur la mobilité de la main-d'œuvre et l'efficacité de la distribution du travail, et pourrait renforcer la viabilité des finances publiques* ». Dans ce cadre, en 2018, le gouvernement français a entamé un processus de réformes pour uniformiser les règles des régimes de retraite. La réforme a été interrompue par l'apparition de la pandémie de COVID-19. Lors de la présentation des objectifs du plan pour la reprise et la résilience de la France, le gouvernement a confirmé son engagement à mener une réforme ambitieuse du système de retraite, afin d'en améliorer l'équité et la viabilité.

- La réforme des allocations chômage

Préconisée pour la France dans les recommandations du semestre européen⁸⁶, la réforme des allocations chômage a été mise en œuvre en 2021 pour « renforcer les incitations au travail et décourager le recours excessif aux contrats de courte durée ». La réforme fixe des règles d'éligibilité plus strictes pour les allocations chômage et modifie la méthode de calcul du salaire journalier de référence. Des mesures visent la reconversion professionnelle des travailleurs puisque les pénuries de main-d'œuvre sont réputées dues à un manque de qualification. Les difficultés de recrutement seraient plus importantes dans les emplois nécessitant des compétences techniques, notamment dans les secteurs de la transition écologique (industrie, construction). Un compte de formation individuel modernisé et le plan «1 jeune, 1 solution » ont été mis en place ainsi qu'une « modernisation de l'offre de formation » dans le plan « France 2030 ». Les évaluations soulignent les difficultés spécifiques des personnes peu qualifiées qui bénéficieront d'une orientation renforcée et d'un accès aux formations qualifiantes.

⁸⁶ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/2022-european-semester-country-report-france_fr.pdf

9.b

La première chose à indiquer, avant même d'évoquer l'intégration de la politique sociale dans l'UEM est que la dissociation actuelle (gouvernance économique vs compétences dans le cadre du Traité) entraîne souvent une sorte de schizophrénie qui se révèle négative pour le fonctionnement et la transparence de l'Union européenne, et par là-même, augmente l'incompréhension des citoyens et d'une partie de la doctrine face aux incohérences voire aux contradictions qu'elle amène. Par exemple, le fait que la question des rémunérations soit exclue des compétences sociales de l'article 153 TFUE, alors qu'elle est très fréquemment visée dans le cadre des préconisations de la Commission et du Semestre économique européen est problématique⁸⁷.

Par ailleurs, la juxtaposition entre questions économiques et monétaires et questions sociales existent dans d'autres cadres de l'Union européenne (Traités, jurisprudence de la Cour de justice, Charte des droits fondamentaux etc.) et pour autant cela n'empêche nullement les premières de primer sur les secondes tant que l'axe de l'intégration européenne repose sur le marché intérieur, la libre concurrence et les obligations budgétaires.

Les préoccupations sociales ne sont pas prioritaires, ou ont un moindre statut, quelle que soit la disposition applicable, face aux préoccupations économiques.

Enfin, la majorité de l'acquis européen en matière sociale a été élaboré dans les années 1970 et 80 dans un cadre juridique et institutionnel qui n'était pas forcément adapté (compétences sociales limitées voire inexistantes, règle de l'unanimité...). Cela signifie que la volonté politique peut être plus importante que le cadre juridique.

⁸⁷ E. Mazuyer, « Les compétences-frontières en matière sociale : quels moyens d'action pour les Etats membres et les partenaires sociaux ? », in S. Barbou des Places, E. Pataut, P. Rodière, *Les frontières de l'Europe sociale*, Cahiers Européens, n° 11, IREDIES, Paris I, Ed. Pedone, Paris, 2018, pp. 51-73.

Chapitre 4- La pertinence et l'importance de la Charte des droits fondamentaux

Camille Percher

Question 10.

Quel est le rôle et la force juridique des droits sociaux de la Charte dans la jurisprudence nationale et la pratique administrative ?

- a. Ces droits ont-ils une importance « équivalente » aux autres droits fondamentaux, notamment dans la jurisprudence des juridictions nationales ?
- b. Sont-ils « intégralement efficaces » dans la langue de la Cour (CJUE, AMS, C-176/12, 2014) ou ne le sont-ils que partiellement ?
- c. Certains droits sociaux sont-ils considérés, dans la jurisprudence des juridictions nationales, comme des « principes » au sens de l'article 52, paragraphe 5, de la Charte ? Dans l'affirmative, quelles conséquences ont été tirées de cette classification ?
- d. Les autorités et les juridictions nationales se fondent-elles sur l'article 52, paragraphe 2, de la Charte pour limiter ou entraver la portée des droits sociaux reconnus par la Charte ? En particulier, les juridictions nationales considèrent-elles que les droits sociaux énoncés dans la Charte ont le même contenu que celui de la législation secondaire de l'UE et n'ont donc pas de contenu « autonome » ?
- e. Comment les juridictions ont-elles traité la question des droits sociaux au titre de la Charte dans le cadre d'actions entre particuliers (« actions horizontales ») dans votre pays ?

Réponses

Le juge national est le juge de droit commun du droit de l'Union européenne (UE). Il joue un rôle essentiel pour assurer la garantie du respect des droits fondamentaux. Depuis 2009, la Commission européenne publie tous les ans un rapport sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (CDFUE). Dans son rapport de 2018⁸⁸, la Commission a ainsi souligné une évolution s'agissant de la référence à la CDFUE par les juridictions nationales dans leurs décisions. Les droits procéduraux, tels que le droit à un recours effectif et le droit d'accès à un tribunal impartial, contenus dans la CDFUE sont mobilisés en priorité. Au contraire, les autres droits garantis par la Charte sont moins souvent utilisés. La France ne fait pas exception. En effet, si l'invocation de la CDFUE par les parties et son application par les juridictions nationales sont en croissance constante, des obstacles demeurent néanmoins en raison des conditions d'application de la Charte qui peuvent s'avérer complexes. En application de l'article 51§1 de la CDFUE, les dispositions de celles-ci ne sont applicables qu'« aux Etats membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Toutefois, dans plusieurs décisions, la Cour de cassation a mentionné la Charte sans examiner son applicabilité⁸⁹. En outre, les articles 51§1 et 52§5 opèrent une distinction entre « les droits »

⁸⁸ Commission européenne, *Rapport 2018 sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, publié en 2019.

⁸⁹ Soc. 14 avril 2010 n°09-60.426 et 09-60.429, Civ. 2^{ème} 10 octobre 2013, n°12-22.507 et Civ. 2^{ème} 4 mai 2016, n°15-18.957.

et « les principes ». Selon « les explications »⁹⁰ de la Charte, les droits visent les droits subjectifs qui peuvent directement être invoqués devant les juges dans un litige entre particuliers pour écarter par exemple toute disposition de droit national contraire au droit de l'Union. Au contraire, les principes sont programmatiques, ce sont des guides pour l'action politique, des objectifs que les institutions de l'Union et les États membres sont libres de réaliser. Ils peuvent être mis en œuvre par le biais d'actes législatifs ou exécutifs. Il découle alors de cette distinction que les dispositions consacrant des principes ne produisent pas d'effet direct, contrairement aux dispositions consacrant des droits subjectifs.

Ces « dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte » sont très rarement mentionnées dans les décisions des juridictions nationales. Ainsi, le Conseil d'Etat, dans une décision de 2013⁹¹, a implicitement considéré que l'article 21§1 de la Charte devait être qualifié de principe⁹². Aussi, dans un arrêt du 11 avril 2012 concernant l'affaire *Association de médiation sociale*⁹³, l'article 52§5 de la Charte n'a pas été cité de façon précise par la chambre sociale de la Cour de cassation dans un arrêt du 11 avril 2012. Elle s'est contentée d'affirmer que les articles 51 et 52 de la Charte « ne comportent aucune limitation de l'invocation des dispositions de la Charte, que celles-ci contiennent des principes ou des droits, aux litiges de nature horizontale »⁹⁴. Néanmoins, cette affaire a été l'occasion pour la Cour de cassation de poser une question préjudicielle à la CJUE sur l'éventuel effet horizontal de l'article 27 de la Charte qui garantit le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise⁹⁵. En 2013⁹⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation avait également posé une question préjudicielle à la CJUE afin de préciser la notion de « travailleur » au sens de l'article 31 de la Charte et de se prononcer sur l'effet direct horizontal de l'article 31§2. Ces dernières années, l'influence du droit de l'UE, plus précisément de la CDFUE, est particulièrement visible dans les décisions de la Cour de cassation portant sur les congés payés⁹⁷. Toutefois, cette influence de la Charte n'est pas toujours clairement affirmée par la Haute juridiction qui privilégie désormais la méthode de l'interprétation conforme, évitant ainsi de mentionner l'article 31§2 de la Charte dans sa motivation⁹⁸.

⁹⁰ Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, JO C n° 303, du 14 décembre 2007, p. 17.

⁹¹ CE, 13 mars 2013, n°352393.

⁹² *Ibidem*. Le Conseil d'Etat a ainsi souligné : « Considérant que l'article 21 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui peut être invoquée devant le juge pour l'interprétation des actes pris par les institutions de l'Union mettant en œuvre les principes qu'elle contient, interdit toute discrimination fondée notamment sur l'âge ».

⁹³ Soc. 11 avril 2012, n°11-21.609.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ CJUE, gr.ch., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale*, aff. C-176/12.

⁹⁶ Soc., 29 mai 2013, n°11-22.376.

⁹⁷ V. Soc., 15 sept. 2021 n°20-16.010 ; Soc., 22 sept. 2021 n°19-17.046 ; Soc, 1^{er} décembre 2021 n°19-24.766.

⁹⁸ Soc., 1^{er} déc. 2021 n°19-24.766.

Chapitre 5 – Politique commerciale de l’UE et protection des droits sociaux

Camille Percher

Question 11.

Comment les droits sociaux sont-ils protégés dans le contexte du commerce international et des chaînes d’approvisionnement mondiales dans votre pays ?

- a. Les règles en matière de marchés publics sont-elles utilisées pour promouvoir les droits sociaux ?
- b. Les acteurs privés, notamment les entreprises, sont-ils impliqués ? Des codes de conduite ou des chartes ont-ils été adoptés dans certains secteurs ? Au niveau des entreprises ? Quel est leur impact ?
- c. Des conventions collectives transnationales ont-elles été conclues par les entreprises nationales ? Quels obstacles rencontrent-elles ?
- d. Les juridictions nationales admettent-elles des actions civiles ou pénales lorsque des violations des droits sociaux ont eu lieu à l’étranger ?
- e. Existe-t-il des possibilités d’actions collectives ?
- f. La législation nationale exige-t-elle une diligence raisonnable à l’égard des droits sociaux ? Dans l’affirmative, quelles sont les obligations imposées aux entreprises ?

Réponses

L’effondrement d’un immeuble, le 24 avril 2013, à Dacca, au Bangladesh, regroupant plusieurs usines de confection pour diverses marques internationales, a tragiquement mis en lumière les conséquences sociales des nouvelles formes d’organisations du travail et des stratégies des entreprises transnationales dans une économie globalisée marquées par le développement des chaînes d’approvisionnement mondiales. Cette catastrophe humaine et industrielle, qui a entraîné la mort de plus de 1000 travailleurs, a rappelé la nécessité d’un encadrement juridique des activités des entreprises transnationales et la possibilité d’engager leur responsabilité en cas d’atteinte aux droits sociaux fondamentaux, par le biais notamment de filiales ou sous-traitants. En matière de respect des droits sociaux, les entreprises françaises ont adopté, depuis les années 1990, dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises, des codes de conduites ou encore des accords-cadres mondiaux signés entre la direction et une fédération syndicale internationale telle que *IndustriALL Global Union*. C’est le cas d’*Engie*, d’*EDF*, de *PSA Peugeot Citroën*, de *Renault* ou encore de *Total*. Ces accords expriment le plus souvent des exigences en matière de respect des droits humains dans le cadre de sa chaîne de production. Il s’agit d’une responsabilisation volontaire. S’agissant de la responsabilité transnationale des personnes morales pour violation des droits sociaux, la France fait néanmoins figure de pionnière depuis 2017. En effet, si certains Etats européens ont imposé un devoir de vigilance portant sur une thématique précise, la France a opté pour un devoir de vigilance générale lors de l’adoption de la loi du 27 mars 2017⁹⁹. En effet, cette loi impose un

⁹⁹ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre, JORF 28 mars 2017.

devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, envisagé comme une obligation de prévenir les atteintes aux droits humains et environnementaux dans le cadre des activités des entreprises françaises en France et à l'étranger. La loi permet aussi aux victimes d'obtenir réparation en cas de préjudice. Ce devoir implique, selon l'article L.225-102-4 du code de commerce, l'obligation pour certaines grandes entreprises françaises, d'établir, de mettre en œuvre et de publier un plan comportant « des mesures de vigilance raisonnable »¹⁰⁰ concernant l'activité de la société et de l'ensemble des filiales ou des sociétés se trouvant sous son contrôle. Le plan doit notamment inclure et présenter les résultats d'une cartographie des risques en matière de droits humains. En outre, dans le cadre de sa mise en œuvre, la loi de 2017 prévoit d'une part, la possibilité pour toute personne justifiant d'un intérêt à agir de mettre en demeure l'entreprise de se conformer à ses obligations. A défaut de s'y conformer dans un délai de trois mois à compter de la mise en demeure, le juge compétent peut être saisi afin d'enjoindre, le cas échéant sous astreinte, l'entreprise à les respecter. D'autre part, toute personne justifiant d'un intérêt à agir, peut désormais engager, sur le fondement de l'article L.225-102-5 du code de commerce, la responsabilité civile de l'entreprise sur le fondement des articles 1240 et 1241 du code civil, en cas de manquement à son devoir de vigilance. Dans cette hypothèse, l'entreprise est tenue de réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter. Depuis sa promulgation, des recours ont été engagés par des associations et des ONG de défense des droits humains à l'encontre d'entreprises françaises, notamment contre les groupes TOTAL dans le cadre de ses activités en Ouganda et YVES ROCHER dans le cadre des activités d'une filiale turque. En application de l'article L.211-21 du code de l'organisation judiciaire, issu de la loi du 22 décembre 2021¹⁰¹, le tribunal judiciaire de Paris est compétent pour connaître des actions relatives au devoir de vigilance fondées sur les articles L.225-102-4 et L.225-102-5 du code de commerce.

Enfin, les contrats de marchés publics peuvent intégrer des clauses sociales. Dès 2007, l'Etat français a communiqué sur les clauses sociales dans la commande publique en publiant des guides¹⁰². S'agissant de la responsabilité du pouvoir adjudicateur dans la définition préalable du besoin à couvrir par le marché, l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 a imposé de prendre en compte les objectifs de développement durable dans la définition des besoins et donc de concilier la protection de l'environnement, l'efficacité économique et le progrès social. En outre, l'article 38 de cette même ordonnance a précisé que les conditions d'exécution du marché public peuvent prendre en compte « *des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public* ». Ainsi, les cahiers des clauses administratives générales peuvent prévoir l'obligation pour le titulaire de réaliser une action d'insertion sociale qui permet l'accès ou le retour à l'emploi des personnes présentant des difficultés sociales et/ou professionnelles. Les clauses sociales peuvent aussi « constituer un critère d'attribution du marché », en application de l'article R.2152-7 du code de la commande publique, à condition que les critères soient « objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution ».

¹⁰⁰ Article L.225-102-4 du code de commerce.

¹⁰¹ Loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, JORF 23 décembre 2021.

¹⁰² Ministère du travail, Ministère de l'économie et des finances et Ministère de l'action et des comptes publics, *Guide sur les aspects sociaux de la commande publique*, juillet 2018.

Chapitre 6- Changement climatique et justice sociale

Camille Percher

Question 12.

Comment les politiques de lutte contre le changement climatique, au niveau national, tiennent-elles compte de la justice sociale et quelles sont les méthodes (les instruments, les actions en justice...) par lesquelles le lien entre changement climatique et justice sociale est établi ?

Réponse

Un réchauffement climatique supérieur à 3°C à l'horizon 2100 aura pour conséquence d'accroître les inégalités entre les pays, les populations et les secteurs d'activités qui pourront les affronter et ceux qui ne le pourront pas. Lors de la signature de l'Accord de Paris le 12 décembre 2015, 96 Etats, dont la France, se sont engagés à limiter le réchauffement climatique à un niveau inférieur à deux degrés¹⁰³. Les conséquences du changement climatique se manifestent avec une intensité croissante, concernant particulièrement les Etats et les populations les plus pauvres. Dans cette lutte contre le réchauffement climatique, l'Etat français s'est engagée vers une « transition écologique » en tentant d'intégrer les enjeux sociaux dans les mesures d'adaptation au changement climatique. Toutefois, les transitions engendrent elles-mêmes des inégalités. En ce sens, l'annonce par le Premier ministre français, Edouard Philippe, de l'augmentation de la taxe carbone pour 2019, a été le principal élément déclencheur du mouvement des « Gilets jaunes », apparu à la fin de l'année 2018. En effet, ce mouvement dénonçait l'injustice de ce système qui pénalisait davantage les individus contraints de prendre leur voiture quotidiennement pour se rendre au travail que les entreprises. Des revendications en faveur d'une justice climatique ont été menées par des ONG et des syndicats dans l'objectif de prévenir les conséquences de ces transformations sur les travailleurs et plus largement d'éviter que le réchauffement climatique n'accroisse les inégalités.

En réponse, le Président de la République, Emmanuel Macron a mis en œuvre, lors du premier trimestre 2019, un « grand débat national » pour recueillir les souhaits des français concernant en particulier la transition écologique. En avril 2019, la création d'un conseil de défense écologique et d'une convention citoyenne pour le climat, organisée par le Conseil économique, social et environnemental, ont été annoncés par le chef de l'Etat. Les 150 citoyens tirés au sort ont alors été chargés de définir des mesures « susceptibles de réduire d'au moins 40% les émissions de gaz à effet de serre d'ici 2030 par rapport à 1990, dans un esprit de justice sociale », en cohérence avec les engagements pris lors de l'Accord de Paris. L'objectif annoncé était d'engager une réflexion sur un mode de développement plus solidaire, empêchant l'accroissement des inégalités.

Dans son rapport de juin 2019, le Haut Conseil pour le Climat a ainsi rappelé la nécessité d'une « transition juste »¹⁰⁴. En juin 2020, la Convention a remis au gouvernement un rapport contenant 149 propositions regroupées en cinq thèmes : consommer, produire et travailler,

¹⁰³ V. not. Loi n°2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, JORF 9 novembre 2019.

¹⁰⁴ Haut Conseil pour le Climat, rapport annuel 2019, *Agir en cohérence avec les ambitions*, 25 juin 2019.

se déplacer, se loger, se nourrir¹⁰⁵. Parmi ces propositions figure la réduction du temps de travail sans diminution du salaire dans un objectif de sobriété, de justice sociale et de réduction de gaz à effet de serre. Dans la continuité, les propositions ont fait l'objet de concertations avec des parlementaires, des collectivités territoriales, des entreprises, des syndicats et des organisations non gouvernementales. Le projet de loi « climat et résilience », présenté en Conseil des ministres en février 2021, a repris une partie des propositions. La loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets est promulguée le 24 août 2021¹⁰⁶. Elle doit permettre d'atteindre les objectifs fixés au niveau national et international, dans un esprit de justice sociale. Dans l'objectif de renforcer la protection judiciaire de l'environnement, cette loi a instauré un délit de mise en danger de l'environnement, un délit général de pollution des milieux ainsi qu'un délit d'écocide pour les atteintes les plus graves commises intentionnellement à l'environnement.

¹⁰⁵ Convention citoyenne pour le climat, *Les propositions de la Convention citoyenne pour le climat*, juin 2020.

¹⁰⁶ Loi n°2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets, JORF 24 août 2021.

Chapitre 7– Réaliser une Europe sociale : démocratie et État de droit

B. Fauvarque-Cosson (Q13), E. Pataut (Q14), E. Mazuyer (Q15)

Question 13.

Quelles mesures ont été prises, le cas échéant, dans votre pays pour enseigner la citoyenneté de l'Union et les valeurs énoncées dans les traités dans l'enseignement ordinaire (enseignement primaire, secondaire et supérieur) ?

- a. Ces questions sont-elles abordées dans le programme scolaire et comment ?
- b. Existe-t-il des règles ou lignes directrices à cet égard ?
- c. Existe-t-il des exemples de bonnes pratiques qui peuvent être fournis ?

Réponses

13.a

OUI, de diverses manières, décrites ci-dessous.

1. Le parcours citoyen

Le Ministère a mis en place le « parcours citoyen de l'élève », présenté comme une « véritable action éducative de longue durée qui s'inscrit dans le projet global de formation », qui vise à faire prendre conscience à l'élève « de ses droits, de ses devoirs et de ses responsabilités ».

2. L'enseignement moral et civique (EMC).

L'EMC est enseigné dès le cycle 2 (trois premières années scolaires de l'école élémentaire, CP, CE1, CE2) jusqu'à la fin du lycée, où il fait désormais, à compter de cette année, l'objet d'une évaluation dédiée au baccalauréat. Il ne bénéficie toutefois que d'un volume horaire réduit : une heure hebdomadaire à l'école élémentaire et une demi-heure au collège et au lycée (soit, au lycée, 18 h annuelles, ce qui est assez intéressant notamment quand elles sont regroupées par bloc). Les développements spécifiques au droit et à la justice - son fonctionnement, son organisation - existent, mais ils ne sont pas suffisamment développés, tant les thèmes sont nombreux.

3. La classe de terminale et l'option « Droit et grands enjeux du monde contemporain » (DGEMC)

En terminale, la notion de justice figure dans les programmes de philosophie mais elle y est essentiellement appréhendée de manière conceptuelle (en tant que valeur, idéal moral et besoin social). D'autres disciplines et enseignements de la voie générale peuvent se servir du droit et de la justice, sans pour autant proposer un enseignement structuré du droit ni assurer une véritable initiation au droit : l'histoire, les sciences économiques et sociales, l'enseignement de spécialité histoire-géographie-géopolitique-sciences politiques. Dans les voies technologique et professionnelle, le droit est au cœur de certaines formations, en lien avec les métiers du droit ou avec l'économie-gestion. C'est dans le cadre de l'option « Droit et

grands enjeux du monde contemporain » (DGEMC) que les élèves de terminale générale et technologique bénéficient d'un vrai enseignement sur le droit et la justice. À l'occasion de la réforme du baccalauréat général, les trois filières (L, ES, S) ont été supprimées. En 2021-2022, 31 373 élèves avaient choisi l'option DGEMC, soit 8,3% des élèves de terminale générale.

13.b

Aux termes de l'article L. 111-1 du code de l'Éducation nationale « L'éducation est la première priorité nationale ». Cet article dispose qu'« Outre la transmission des connaissances, la Nation fixe comme mission première à l'école de faire partager aux élèves les valeurs de la République » et se réfère aussi à « l'acquisition d'une culture générale »¹⁰⁷. L'article L. 111-2 de ce même code prévoit que « Tout enfant a droit à une formation scolaire qui, complétant l'action de sa famille, concourt à son éducation ». Il décrit ce que doit contenir cette formation de l'enfant et se réfère, notamment, à « l'exercice de ses responsabilités d'homme ou de femme et de citoyen ou de citoyenne ». Permettre aux élèves d'acquérir certaines connaissances sur la justice, son fonctionnement, son articulation avec le droit fait ainsi partie de la mission de l'Éducation nationale.

L'ensemble de la communauté éducative « a la responsabilité de construire et de faire vivre le parcours citoyen, en assurant la convergence, la continuité et la progressivité des enseignements, des dispositifs et des projets » et, notamment, en tissant des liens avec les territoires¹⁰⁸.

Le Préambule du programme DGEMC donne quelques lignes directrices pour l'enseignement de l'option.

Le site Vie publique.fr rassemble dans un dossier l'ensemble de ses ressources utiles pour suivre l'option « Droit et grands enjeux du monde contemporain »¹⁰⁹.

13.c

Des associations agréées peuvent intervenir en milieu scolaire. Les avocats sont particulièrement impliqués dans les établissements scolaires, que ce soit à travers le Conseil national des barreaux ou des associations, notamment Initiadroit. Cette association d'avocats

¹⁰⁷ Article L111-1 du code de l'Éducation nationale.

L'éducation est la première priorité nationale. (...)

Outre la transmission des connaissances, la Nation fixe comme mission première à l'école de faire partager aux élèves les valeurs de la République. Le service public de l'éducation fait acquérir à tous les élèves le respect de l'égalité des êtres humains, de la liberté de conscience et de la laïcité. (...)

Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté. (...)

L'acquisition d'une culture générale et d'une qualification reconnue est assurée à tous les jeunes, quelle que soit leur origine sociale, culturelle ou géographique.

Article L111-2

(...) La formation scolaire (...) développe les connaissances, les compétences et la culture nécessaires à l'exercice de la citoyenneté dans la société contemporaine de l'information et de la communication.

¹⁰⁸ Actions éducatives | Ministère de l'Éducation Nationale de la Jeunesse et des Sports ; circulaire n° 2016-092 publiée au BOEN du 23 juin 2016.

¹⁰⁹ Droit et grands enjeux du monde contemporain DGEMC | Vie publique.fr (vie-publique.fr)

bénévoles, reconnue d'utilité publique, créée en septembre 2005, dont la mission est d'ouvrir le droit aux jeunes, intervient dans les collèges et lycées à partir de cas pratiques présentés par les avocats. Elle rassemble plus de 1 000 avocats répartis sur 26 barreaux. 37 000 élèves rencontrent ainsi chaque année des avocats de l'association, et plus de 2 200 heures d'intervention d'avocats sont assurées en classe chaque année. Une convention cadre a été signée en 2008 et renouvelée en 2018 entre l'association et les ministères de la Justice et de l'Éducation nationale. Cette convention est en cours de renouvellement, afin de renforcer ces initiatives. Des journées consacrées au droit et à la justice existent depuis longtemps, en des formats variés. Elles se sont multipliées et bénéficient d'un soutien fort des juridictions, grâce à des acteurs professionnels engagés.

Pour marquer le 60^e anniversaire de la Constitution de 1958, le ministère chargé de l'Éducation nationale a lancé une "Journée du droit dans les collèges", à l'attention des élèves de 5^{ème}. Le thème de cette journée change tous les ans. Après l'égalité entre les hommes et les femmes en 2019 et les libertés en 2020, elle a été consacrée aux injustices en 2021¹¹⁰.

Un concours « découvrons notre Constitution » est organisé par le ministère chargé de l'Éducation nationale et le Conseil constitutionnel. (<https://www.education.gouv.fr/concours-decouvrons-notre-constitution-9839>). Il est ouvert aux élèves du CM1 à la terminale. Les élèves sont invités à exprimer, par la réalisation d'un travail collectif, la façon dont ils appréhendent les grands principes constitutionnels de la République française. La cérémonie de remise des prix a lieu au Conseil constitutionnel à l'occasion de la fête de la Constitution.

La Nuit du droit, créée en 2017, a pour objectif de mieux faire connaître le droit, ses principes, ses institutions, ses métiers. Cet événement prend date au soir du 4 octobre, jour anniversaire de la Constitution française du 4 octobre 1958, sauf si ce jour est un vendredi, un samedi ou un dimanche. Les juridictions judiciaires et administratives, les facultés de droit et les institutions publiques se mobilisent à cette occasion pour organiser des conférences, des pièces de théâtre, des projections de films suivies de débats, ou encore des procès fictifs, permettant au public de découvrir les multiples branches du droit et le fonctionnement des instances judiciaires de manière pédagogique ou ludique

Focus sur une autre bonne pratique (prévue à titre expérimental 2022/2023) : le passeport Educdroit

Un passeport d'éducation budgétaire et financière, le « Passeport EDUCFI » a été mis en place auprès des élèves de cycle 4¹¹¹. Un dispositif similaire va être mis en place, d'abord à titre expérimental, pour le droit.

A la suite de cette courte formation (quelques heures), un questionnaire (quiz) par les élèves permet de vérifier l'acquisition de certaines notions et le passeport leur sera remis. Ce passeport contiendra des pages destinées à être remplies dans le cadre du « parcours citoyen », mais aussi après le lycée, pour assurer le continuum élève/étudiant/citoyen.

¹¹⁰ Journée du droit dans les collèges (journeedudroit.fr)

¹¹¹ Éducation économique, budgétaire et financière | éducol | Ministère de l'Éducation nationale, de la Jeunesse et des Sports - Direction générale de l'enseignement scolaire (education.fr)

3 propositions « européennes », qui pourraient être mises en place par des associations de juristes et d'étudiants européens.

- i. Dans le cadre des mobilités Erasmus+ pour les personnels de l'enseignement scolaire et plus particulièrement de la mise en place du Module Europe, il serait possible de bâtir un module sur la citoyenneté et un autre module sur le droit et la justice, avec une partie commune sur le droit de l'UE et les juridictions européennes, et une partie spécifique à chaque pays.
- ii. Un enseignement sur le droit et la citoyenneté européenne pourrait être dispensé dans les lycées (dernières années) ou dans les universités (L1 ou L2), pour tous les étudiants qui souhaitent partir en Erasmus. Des professeurs d'autres Etats membres pourraient en enseigner des parties, lors des échanges organisés dans le cadre d'Erasmus+. L'enseignement serait sanctionné par l'obtention d'un « crédit ECTS » que les élèves/étudiants pourraient faire valoir à leur arrivée à l'université dans le pays étranger de leur choix. Le deuxième volet de cette formation se tiendrait dans l'université d'accueil : les étudiants étrangers arrivant dans le pays de la destination choisie, pourraient, au cours d'une semaine d'accueil ou préentrée, se voir proposer un module sur la culture et les institutions du pays, et profiter de cette semaine pour créer des partenariats avec les étudiants du pays d'accueil (parrainages) et des institutions impliquées dans le projet
- iii. Un nouvel enseignement innovant, commun et européen, construit à partir de l'option DGEMC, mais dont la dimension européenne serait plus poussée pourrait être conçu puis proposé, en tant que crédit ECTS, aux élèves des établissements membres des alliances européennes, quelle que soit la discipline majeure (ou même mineure) étudiée.

Question 14

Quelles évolutions nationales (en matière de droit et de politique) dans le domaine des droits sociaux fondamentaux peuvent être mises en relation avec la démocratie et l'État de droit (égalité entre les hommes et les femmes, lutte contre la discrimination raciale et les discours de haine, égalité d'accès aux services sociaux, aux prestations sociales et au logement...) ?

Réponse

L'appréciation des liens entre accès aux droits, droits fondamentaux et démocratie n'est sans doute nulle part si bien mise en évidence que dans les avis et rapports du Défenseur des droits. Dans son dernier rapport (Juillet 2022) Mme Hédon, actuelle Défenseure, souligne avec raison à quel point les difficultés ou l'absence d'accès aux droits, la discrimination ou l'absence de possibilité de recours fragilisent considérablement le lien entre les citoyens et les institutions publiques, alimentant défiance et contestation¹¹². Certains points, en particulier font l'objet d'une attention particulière de la part de la Défenseure des droits.

Ainsi de la *dématérialisation* qui conduit d'une part à « un report systémique sur l'utilisateur de tâches et de coûts qui pesaient auparavant sur l'administration » et d'autre part à un « renversement d'un des trois principes du service public, l'adaptabilité, qui devient une qualité attendue de l'utilisateur pour qu'il puisse accéder à ses droits, plutôt qu'une exigence incombant aux services publics eux-mêmes » ; une telle solution, comme le note justement la Défenseure, « met en danger notre cohésion sociale et notre sentiment d'appartenance à une nation commune »¹¹³. Un tel constat rejoint notamment celui qui est fait depuis plusieurs années par les associations de défense des étrangers, en particulier le GISTI et la Cimade, qui montrent que la dématérialisation des procédures administratives se traduit, concrètement, par un déni toujours plus fort de toute possibilité d'accès aux droits pour les étrangers¹¹⁴.

Ainsi encore de la question lancinante et bien identifiée du *non-recours*. Il est en effet désormais bien établi qu'une grande partie des bénéficiaires potentiels du filet social mis en place par le droit français n'y ont pas recours, faute pour eux de maîtriser la procédure¹¹⁵. Ce phénomène est encore accentué par la dématérialisation dans l'accès aux droits, particulièrement difficile pour un public fragile¹¹⁶. Il est ainsi estimé, par exemple, que le tiers des allocataires potentiels du Revenu de Solidarité Active n'en bénéficient pas. Le même constat peut être établi en matière de santé¹¹⁷. A nouveau, ces situations sont extrêmement problématiques, en ce qu'elles concernent en premier lieu un public en grande difficulté, auquel les injonctions à la responsabilisation et à l'autonomie et le refus ou la réticence des

¹¹² Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2021*, disponible sur le site internet de l'institution : <https://www.defenseurdesdroits.fr/>.

¹¹³ Ibid, p. 14 ;

¹¹⁴ V. p. ex. <https://www.lacimade.org/dematérialisation-des-demandes-de-titre-de-sejour-de-quoi-parle-t-on/>.

¹¹⁵ Défenseur des droits, *Rapport annuel*, *op. cit.*, p. 18.

¹¹⁶ P. Mazet, « Les conditionnalités implicites de l'accès aux droits à l'ère numérique », 2021. Halshs-03218656.

¹¹⁷ H. Revil, « Le non-recours aux soins de santé », *La vie des idées*, 2014, <https://laviedesidees.fr/Le-non-recours-aux-soins-de-sante.html>.

administrations à les assister dans la réalisation de leurs démarches administratives sont à la fois inefficaces et contreproductives.

Ainsi enfin, toujours au cœur de la démarche de la Défenseure des droits, figure bien sûr la question de la discrimination. L'atteinte au contrat social que constitue la discrimination est extrêmement importante¹¹⁸ et chaque année soulignée par la Défenseure des droits, mais aussi par toutes les institutions chargées de lutter contre les discriminations. A cet égard, on notera avec intérêt la progressive admission de l'idée de discriminations « intersectionnelles », c'est-à-dire de discriminations qui se trouvent au croisement de plusieurs critères prohibés (sexe, origine ethnique, religion, notamment)¹¹⁹. Le droit de l'Union européenne et le droit français semblent aujourd'hui suffisamment développés et souples pour pouvoir accueillir cette forme de lutte contre les discriminations, comme l'a montré une récente étude sur le travail domestique¹²⁰.

Ces quelques exemples montrent qu'il ne fait guère de doute que la promotion des droits sociaux fondamentaux fait partie des conditions de maintien du lien social et, plus largement, du renfort de la démocratie. A cet égard, droit de l'Union et droit national peuvent se compléter, et il faut se féliciter de ce qui semble être un certain renouveau de l'Europe sociale après tant d'années d'immobilisme.

¹¹⁸ D. Schnapper, « La lutte contre les discriminations et le lien social », in : D. Paugam (dir.), *Repenser la solidarité*, PUF, 2015.

¹¹⁹ M. Mercat-Bruns, « La discrimination intersectionnelle et sa critique : quel intérêt ? », *RDT* 2022. 289

¹²⁰ M. Mercat-Bruns, « Travail domestique et discriminations intersectionnelles », *Dr. Soc.* 2022. 716.

Question 15

L'UE est-elle perçue comme une union sociale dans votre État membre, en particulier dans le discours académique, judiciaire et politique ? Les valeurs européennes communes, en particulier l'égalité et la solidarité, prévues à l'article 2 du TUE, sont-elles considérées comme la base constitutionnelle d'une Union sociale européenne ?

Réponse

Non elle est plutôt perçue comme un marché intérieur¹²¹, une union économique et monétaire, surtout depuis la crise financière et la gouvernance économique qui en a résulté.

Ainsi l'inscription de la règle d'or budgétaire au sein de la Constitution française en 2013 interroge. La France vivait déjà un certain rejet du projet européen avec des référendums populaires ayant réussi de justesse pour approuver le traité de Maastricht avec 51% d'approbation et glisser vers le rejet à 55% des suffrages exprimés en mai 2005 du Traité pour le projet de constitution européenne avec des votes des jeunes, des sympathisants de gauche majoritaires pour ce rejet, ce qui aurait dû être un signal fort d'alerte pour la physionomie de l'Union européenne¹²². Or en 2013, suite au Traité budgétaire, « la règle d'or » fixant à 3% du PIB la limite supérieure du déficit public a été inscrite dans la Constitution française. Cette règle est contraignante : si un pays s'éloigne de la trajectoire d'équilibre de son budget, il doit mettre en œuvre les mesures prévues par la Commission européenne qui visent à corriger ces écarts, notamment des réformes structurelles. Ce qui entraîne une austérité prolongée et une perte de souveraineté nationales dans certains domaines. Si cette règle d'or n'est pas respectée et si aucune mesure structurelle n'a été engagée pour retrouver le chemin de l'équilibre budgétaire, la Cour de justice européenne peut infliger des amendes à un État, dans la limite de 0,1 % de son PIB. Il faut savoir que si cette règle avait été en vigueur lors de la crise de 2008, les plans de relance n'auraient pas pu être mis en œuvre. Depuis lors, la plupart des réformes sociales (flexibilisation du CDI, barèmes de licenciement, réduction des indemnités chômage, adaptabilité des travailleurs avec la formation professionnelle, décentralisation de la négociation collective au niveau de l'entreprise, réformes des retraites...) ont été entreprises suite aux recommandations du semestre économique européen. Tant que cette règle sera en vigueur, il semble très difficile d'entrevoir l'Union européenne comme une Union sociale.

De plus, la dichotomie entre les principes sociaux et les droits économiques telle que résultant de la Charte des droits fondamentaux est critiquable et critiquée. Cette prédominance économique et financière est accentuée par le programme REFIT qui soumet tous les textes au critère de la performance économique et de la moindre contrainte pour les acteurs économiques, critère qui ne peut que désavantager les normes à visée protectrice des travailleurs.

¹²¹ E. Mazuyer, « Les règles du marché intérieur - L'exception sociale ? » in E. Carpano, G. Marti, (Dir), « *L'exception en droit de l'Union* », PUR, Rennes, 2019, pp. 171-183.

¹²² Parmi les exemples de critique doctrinale, voir E. Dockès. « L'Europe antisociale », *Revue de Droit du Travail*, Dalloz, 2009, pp.145.

Seul le Socle Européen des Droits Sociaux a reçu un accueil plutôt favorable de la part des auteurs, un peu dubitatifs au départ¹²³ mais de plus en plus convaincus suite à la réelle relance de l'Europe sociale basée sur la volonté de la Commission européenne d'en faire son programme de travail et l'adoption récente de directives sociales importantes (conditions transparentes, détachement des travailleurs, protection des travailleurs de plateformes, salaire minimum européen...).

L'égalité et la solidarité sont plutôt envisagées comme des devises nationales, constitutionnelles et républicaines, là où les libertés sont sûrement plus associées à l'Union européenne.

¹²³ E. Mazuyer, "Le retour du mythe de l'Europe sociale ?", *Revue de Droit du Travail*, 2017, pp. 91-102.