

La clinique juridique
de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense
UFR DSP

La Clause de l'Européenne la plus favorisée

Auteurs

Domitille Alves Condé

Yen-Jong Lee

Laura Rebours

Encadrants:

Tatiana Perretiere

Jérôme Porta

Albane Siramy

Wafa Ayed

Travail réalisé dans le cadre de **EUCLID - Enseignement Universitaire CLInique du Droit**
pour l'association **Choisir la cause des femmes**

L' "université" n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions et analyses émises dans ce travail universitaire. Elles doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Sommaire

Première Partie - Typologie des clauses de faveur	4
§1. - Convention de l'OIT – standard minimum.....	5
I. Les standards minimums dans les conventions internationales de l'OIT.....	5
II. Les mécanismes de contrôle des conventions de l'OIT	6
III. L'intérêt de ce système de contrôle pour la rédaction de la clause de l'européenne la plus favorisée	8
§2. - Principe de faveur et l'ordre public social en droit du travail français	9
I. Ordre public social et principe de faveur	10
II. Application concrète de la règle d'ordre public social et du principe de faveur	11
III. L'intérêt du principe de faveur pour la rédaction de la clause de l'européenne la plus favorisée	13
§3. - Protection nationale renforcée et le droit social de l'Union européenne	17
I. Définition et fonctionnement du mécanisme de la protection nationale renforcée	18
II. Un mécanisme de dérogation soulevant la faiblesse de ce principe de faveur	19
III. L'intérêt de la protection nationale renforcée pour la rédaction de la clause de l'européenne la plus favorisée	21
§ 4. - Clause de la Nation la plus favorisée	22
I. Définition et emploi de la clause de la nation la plus favorisée	22
II. Mécanismes d'application de la clause de la nation la plus favorisée	23
III. Utilité dans le cadre de l'européenne la plus favorisée.....	25
§5.- Clause du client le plus favorisé	27
I. Définition de la clause du client le plus favorisé	27
II. Mécanismes d'application.....	28
III. Utilité dans le cadre de l'européenne la plus favorisée	29
Seconde partie - Les compétences de l'Union européenne.....	30
§1. - La délimitation des compétences de l'Union européenne	31
I. Les compétences exclusives.....	32
II. Les compétences partagées.....	32
III. Les compétences d'appui.....	33
§2. - L'exercice des compétences en fonction des domaines.....	36
I. L'exercice des compétences sectorielles au service de la clause	36
II. La possibilité d'exercice de compétences transversales ?	47
§3. - L'union européenne et les droits fondamentaux.....	54
I. La charte des droits fondamentaux.....	54
II. La jurisprudence de la Cour de justice	55
III. La clause comme objectif de l'Union européenne	56

Première Partie - Typologie des clauses de faveur

L'association *Choisir la cause des femmes* souhaite déposer un projet de loi européen qui consisterait à faire bénéficier chaque femme de l'Union européenne de la disposition la plus favorable en droit interne (dans chacune des 27 juridictions de l'UE) dans les domaines suivants : le choix de donner la vie (contraception, avortement, éducation), la famille (mariage, divorce, autorité parentale, union civile), les violences faites aux femmes (conjugales ou autres), le travail (sur notamment les questions d'égalité professionnelle) et la politique (notamment la parité et la représentativité).

Ce genre de mécanisme se retrouve dans ce que l'on appelle les « clauses de faveur » qui permettent, dans divers domaines du droit, de faire bénéficier une personne, une société ou une entité d'un traitement au moins autant favorable que le traitement réservé à un tiers, ou d'un traitement correspondant à un standard minimum de « faveur ».

Nous avons donc recherché dans les différentes branches du droit où l'on pouvait retrouver ce genre de clause. Pour les principales clauses rencontrées, nous avons étudié leur efficacité, leur mode de fonctionnement (invocabilité, judiciarisation, etc), leur force contraignant ainsi que leur rédaction, de sorte de pouvoir s'inspirer de ces modèles pour pouvoir proposer une rédaction pour une « clause de l'européenne la plus favorisée ». Il s'agit donc d'un exercice de typologie des clauses de faveur déjà existantes en Droit.

Nous avons tenté chaque fois de diviser la présentation en trois parties : une présentation du mécanisme, une présentation de son mode d'application, une utilité qu'un tel principe de faveur pourrait avoir pour la rédaction du projet de clause de l'européenne la plus favorisée.

§1. - Convention de l'OIT – standard minimum

L'Organisation Internationale du Travail (OIT) est une organisation visant à promouvoir la justice sociale, créée en 1919, et fonctionnant sur le principe de la coopération entre gouvernements et organisations tant patronales que de salariés.

L'OIT agit à deux niveaux : d'une part, en incitant les gouvernements à légiférer dans le sens de l'amélioration des conditions sociales et d'autre part, en adoptant des normes internationales, qui peuvent prendre la forme de recommandations non contraignantes ou de conventions internationales. Ces dernières constituent l'objet de notre étude.

I. Les standards minimums dans les conventions internationales de l'OIT

Elles sont adoptées par la Conférence Internationale du Travail et doivent être soumises, pour être contraignantes, à ratification¹. Pour ce faire, les États membres disposent d'un délai de douze à dix-huit mois.

En l'absence de ratification, s'il n'existe aucune obligation **juridique** de respecter les principes contenus dans ces conventions, une **obligation morale** pèse sur les États, ce afin de les inciter à respecter et promouvoir ces principes.

Les principes contenus dans ces conventions ont donc une **force contraignante pour les États les ayant ratifiées**. Au regard de la hiérarchie des normes, le principe est celui de la primauté de ces conventions internationales sur les législations nationales des différents États membres. Cependant, l'article 19 § 8 de la Constitution de l'OIT a introduit une règle de conflit de normes comparable au principe de faveur en droit social français : lorsque les dispositions nationales d'un État membre s'avèrent plus favorables que celles contenues dans la convention de l'OIT, ce sont les premières qui seront applicables. Autrement dit, **la ratification d'une convention par un État membre n'aura d'effet que sur les**

¹ Cette obligation de ratification découle du système classique de *hard law* : les États ne peuvent être liés juridiquement par les obligations de ces conventions que s'ils les ont ratifiées.

dispositions nationales moins favorables : les dispositions plus favorables resteront intouchées.

Ainsi, nous retrouvons ce critère de faveur, permettant l'application de dispositions nationales par dérogation à la hiérarchie des normes classique.

Article 19 § 8 de la Constitution de l'OIT :

« *En aucun cas, l'adoption d'une convention ou d'une recommandation par la Conférence, ou la ratification d'une convention par un Membre ne devront être considérées comme affectant toute loi, toute sentence, toute coutume ou tout accord qui assurent des conditions plus favorables aux travailleurs intéressés que celles prévues par la convention ou la recommandation* ».

II. Les mécanismes de contrôle des conventions de l'OIT

1. Le système de contrôle régulier : le reporting

Selon l'article 22 de la Constitution de l'OIT, chacun des États membres doit présenter un rapport annuel sur l'application des conventions qu'il a ratifié, lequel va être examiné par deux organes de l'OIT.

- La commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, qui étudie le rapport et fournit « *une évaluation impartiale et technique de l'application des normes internationales du travail*² » par cet État. Cette commission peut, d'une part, formuler des *observations* sur l'application d'une convention particulière par un État et, d'autre part, poser des questions, appelées *demandes directes*, aux gouvernements, par souci de compréhension ou d'éclaircissement concernant l'application d'une convention.
- La commission tripartite de l'application des conventions et recommandations de la Conférence, qui étudie le rapport et en relève certains points, en vue d'un débat. Cette procédure ressemble à un débat judiciaire respectueux du principe du contradictoire en ce qu'elle permet aux États de répondre aux commentaires formulés

² Site internet de l'OIT, page sur la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations : <http://www.ilo.org/global/standards/applying-and-promoting-international-labour-standards/committee-of-experts-on-the-application-of-conventions-and-recommendations/lang--fr/index.htm>

et aboutit à des conclusions de la commission invitant l'État concerné à prendre des mesures ou à se faire assister par les organes de l'OIT afin de résoudre le problème rencontré. Ces débats et conclusions sont publiés dans un rapport établi par la Commission de la Conférence.

2. Les procédures particulières : la réclamation et la plainte

a) la réclamation présentée au conseil d'administration du bureau international du travail

Une réclamation peut être présentée par une organisation professionnelle à l'encontre d'un État ; elle sera déposée au conseil d'administration du bureau international du travail. Cette réclamation indique que l'État en question ne semble pas appliquer de manière satisfaisante une des conventions qu'il a ratifiées ; le gouvernement de cet État dispose alors d'un droit de réponse. Puis, un organe du conseil d'administration examinera la réclamation ainsi que la réponse de l'État concerné et établit un rapport qui pourra être publié si le conseil d'administration l'estime nécessaire.

En pratique, le rapport est publié lorsque la réponse formulée par l'État n'est pas satisfaisante et démontre une forme de laxisme par rapport à l'application d'une des conventions qu'il a ratifiées.

b) la plainte

Cette plainte peut être déposée par un État membre ou par un délégué à la Conférence ou être soulevé d'office par le conseil d'administration. Il s'agit d'une plainte déposée contre un État membre qui n'appliquerait pas une des conventions qu'il a ratifiées. Quand le plaignant est un État membre, celui-ci doit avoir lui-même ratifié cette convention.

Une commission d'enquête peut être nommée pour examiner les faits et formuler des recommandations, mais cela n'arrive en pratique qu'en cas de violations graves et répétées d'une convention par un État membre. Il est donc rare qu'une telle commission soit mise en place.

III. L'intérêt de ce système de contrôle pour la rédaction de la clause de l'européenne la plus favorisée

La très large publicité des différents rapports établis par la Commission de l'application des conventions de la Conférence et le conseil d'administration, disponibles sur Internet, permet d'inciter les États à respecter les principes contenus dans la Convention. Il s'agit simplement de pointer du doigt les défaillances de certains États quant à l'application des conventions, d'un poids moral pesant sur les États, qui peut s'avérer efficace à long terme.

De même, le système de la plainte peut avoir un effet incitatif, prévenir les défauts d'exécution des obligations contenues par les conventions ratifiées par les États.

Le même système pourrait être mis en place pour contrôler l'application de la clause de l'européenne la plus favorisée par les États membres de l'Union Européenne.

Les propositions que nous pouvons formuler à partir de l'étude des conventions internationales de l'OIT et de leur contrôle :

- La rédaction de la clause sous la forme d'un standard minimum, obligeant les États à se mettre en conformité avec ce minimum mais ne modifiant pas les dispositions plus favorables du droit interne.

→ exemple de rédaction : « *En aucun cas, l'adoption par l'Union européenne d'une « clause de l'européenne la plus favorisée » ne doit être considérée comme affectant toute loi, toute sentence, toute coutume ou tout accord d'un État membre qui assure des conditions plus favorables aux femmes que celles prévues par ladite clause* ».

- Un contrôle de l'application de la clause par un système de *reporting* : un rapport annuel obligatoire devant être remis par les États membres sur la mise en œuvre de dispositions au moins aussi favorables aux femmes que celles prévues par la clause.

Un tel modèle apparaît pertinent car il permet de travailler sur un principe de faveur au niveau supra nationale, donc qui suppose un rapprochement entre états. C'est aussi le cas au sein de l'OMC comme nous le verrons ensuite ; mais il existe aussi des clauses de faveur en droit interne.

§2. - Principe de faveur et l'ordre public social en droit du travail français

Il convient ici de commencer d'abord par une vue des dispositions applicables en droit français avant d'étudier le fonctionnement de ce principe.

Dispositions du code du travail

L2251-1

« Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public. »

L. 2253-1

« Une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement peut adapter les stipulations des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels applicables dans l'entreprise aux conditions particulières de celle-ci ou des établissements considérés. Une convention ou un accord peut également comporter des stipulations nouvelles et des stipulations plus favorables aux salariés. »

L2254-1

« Lorsqu'un employeur est lié par les clauses d'une convention ou d'un accord, ces clauses s'appliquent aux contrats de travail conclus avec lui, sauf stipulations plus favorables. »

L2252-1 (exception)

« Une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel peut comporter des stipulations moins favorables aux salariés que celles qui leur sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, sauf si cette convention ou cet accord stipule expressément qu'on ne peut y déroger en tout ou partie. »

I. Ordre public social et principe de faveur

→ Problème juridique : la multiplicité des sources textuelles en matière sociale.

Comme dans toute matière, est appliquée la hiérarchie des normes dans l'ordre interne³ et dans l'ordre externe⁴. En outre, il existe en la matière un grand nombre de règles d'ordre public visant à garantir aux travailleurs des garanties minimales.

Ainsi, le problème réside dans la conciliation de ces différentes sources : face à un problème donné, quel acte juridique doit être appliqué ? La loi ? La convention collective négociée entre les syndicats et le patronat ?

Il s'agit d'un conflit de sources appelant à une règle permettant de résoudre ce conflit.

→ La règle de conflit de source en matière sociale : l'ordre public social et le principe de faveur.

Le point de départ, l'ordre public social : le Conseil d'État, dans un avis rendu en Assemblée générale le 22 mars 1973⁵ a estimé que « les dispositions législatives ou réglementaires prises dans le domaine du droit du travail présentent un caractère d'ordre public en tant qu'elles garantissent aux travailleurs des avantages minimaux, lesquels ne peuvent en aucun cas être supprimés ou réduits, mais ne font pas obstacle à ce que ces garanties ou avantages soient accrus ».

Ainsi, l'ordre public social est constitué de toutes les normes prises en ce domaine par l'Assemblée nationale ou le gouvernement. Ces dispositions, qu'elles soient législatives ou réglementaires, ont un caractère indérogable : elles constituent un minimum indispensable au travailleur. Le principe est donc le suivant : une norme de rang inférieur ne peut aménager une norme de valeur supérieure que dans un sens considéré plus favorable. Ainsi, point de dérogation si point de faveur.

→ Le principe de faveur : en réalité, il recouvre deux règles :

1. un principe d'application de la norme la plus favorable au salarié ;

³ Il s'agit de la pyramide de Kelsen, selon laquelle la Constitution est la norme suprême, supérieure aux lois, qui sont elles-mêmes supérieures aux règlements et enfin aux actes de nature administrative qui constituent la base de la pyramide

⁴ En droit international, les traités signés et ratifiés par les États ont une valeur supérieure aux lois promulguées par celui-ci, peu important que ces lois soient antérieures ou postérieures à la date de ratification du traité.

⁵ Conseil d'État, avis, Assemblée générale du 22 mars 1973, *Droit social 1973*, p. 514

2. un principe général de droit du travail permettant la validation d'actes créateurs de règles.

Dans son versant « application de la norme la plus favorable au salarié », ce « principe fondamental en droit du travail »⁶, est une règle de conflit de normes jouant au profit de la disposition la plus favorable au salarié.

Dans son versant « validation d'actes créateurs de règles », le principe de faveur est surtout utilisé en pratique pour écarter certaines dispositions. On peut noter à ce propos que le même principe est décliné dans l'articulation entre normes internes et normes internationales. En effet, la norme internationale devant par principe primer sur la norme interne⁷, cette dernière ne s'appliquera que si elle offre une faveur au salarié par rapport aux normes de droit international. Ce principe est inscrit à l'article 19 de la Constitution de l'Organisation Internationale du Travail⁸.

II. Application concrète de la règle d'ordre public social et du principe de faveur

1. La clause du contrat de travail

L'employeur, au moment de la rédaction d'un contrat de travail, ne peut inclure une disposition qui viendrait désavantager le salarié par rapport à ce qui est prévu légalement. Néanmoins, s'il existe dans un contrat de travail une telle clause, il est nécessaire d'aller devant le Conseil des Prud'hommes. En effet, si théoriquement, ni l'employeur ni le salarié ne peut se prévaloir d'une clause contrevenant à l'ordre public social, il appartient au juge de la déclarer nulle et, par conséquent, de la priver de tout effet. Notons à cet égard que la nullité reste circonscrite à la clause seule et n'affecte pas le reste des prévisions contractuelles.

2. La convention collective

Il existe des conventions et accord collectifs de travail, actes négociés par les syndicats, qui s'appliquent aux contrats de travail soit au sein d'une entreprise déterminée, soit au sein

⁶ Chambre sociale de la Cour de cassation, 17 juillet 1996

⁷ Se référer à la hiérarchie des normes, voir supra

⁸ Voir infra, partie sur l'Organisation Internationale du Travail

d'un ensemble d'entreprises appartenant à une branche d'activité déterminée⁹. Ces actes négociés doivent eux-aussi être plus favorables aux salariés que les lois et règlements en vigueur. Plus encore, le principe de faveur joue pour la détermination de l'accord applicable. En effet, les conventions et accords collectifs étant nombreux et divers dans leur étendue¹⁰, il peut exister des conflits au sein même de cette source particulière. Ainsi, faut-il appliquer le principe de faveur de la manière suivante : les actes négociés couvrant un champ d'application plus large ne peuvent déroger à ceux couvrant un champ plus restreint que dans un sens plus favorable.

3. Le conflit entre contrat et convention collective

Le contrat de travail, émanation de la volonté de deux personnes physiques, ne peut être considéré comme une « norme » que par ses signataires. La convention ou l'accord collectif est quant à elle bien plus large, tant par le nombre de parties signataires qu'elle rassemble, mais surtout par le nombre de parties auquel elle a vocation à s'appliquer. On en déduit alors la supériorité de l'accord ou de la convention collective par rapport au contrat. Ainsi, en application du système hiérarchique et du principe de faveur, le contrat devra se conformer aux stipulations de la convention ou de l'accord collectif et ne pourra y déroger que dans un sens plus favorable au salarié.

L'ordre public social et le principe de faveur en résumé :

- *l'ordre public social, composé des lois et règlements en matière sociale, constitue un socle indérogeable d'avantages minimaux ;*
- *le principe de faveur permet, d'une part, de valider des actes créateurs de règles (et, à l'inverse, d'en écarter) et, d'autre part, de régler les conflits de normes en matière sociale.*

⁹ Il s'agit d'un accord de branche, qui peut être étendu à certaines conditions ; la conséquence de cette extension réside en ce que cet accord sera appliqué à des entreprises qui n'ont pas elles-mêmes participé à la négociation de l'accord

¹⁰ Il peut par exemple s'agir d'une différence de champ d'application territorial ou professionnel

III. L'intérêt du principe de faveur pour la rédaction de la clause de l'europléenne la plus favorisée

1. Un mode de règlement des conflits

La clause de l'europléenne la plus favorisée, puisqu'elle vise à changer les législations au niveau européen, doit faire face au conflit entre droit national et droit européen. En ce sens, le principe de faveur est intéressant puisqu'il s'agit d'une règle de conflit de normes désignant comme applicable la règle la plus favorable.

Ainsi, construire la clause de l'europléenne la plus favorisée sur le modèle du principe de faveur en droit social permettrait de donner la préférence, en cas de conflit entre une législation nationale et le droit européen, à la disposition la plus favorable aux femmes.

On peut alors imaginer la rédaction de la clause de l'europléenne la plus favorisée sur le modèle suivant : « *Une législation nationale peut uniquement comporter des dispositions plus favorables aux femmes que les dispositions européennes en vigueur. Elles ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* ».

Cependant, l'effectivité de la règle repose alors sur deux postulats :

- d'une part, qu'il existe des dispositions relatives aux femmes dans la législation européenne ; une telle clause se doit en effet d'être accompagnée d'un arsenal législatif ;
- d'autre part, que les dispositions relatives aux femmes revêtent un caractère d'ordre public.

De plus, pour être complète, cette clause devrait être suivie par une règle de conflit dérogatoire aux règles de droit international privé.

2. Une règle de conflit dérogatoire aux règles de droit international privé

Le droit international privé est la matière de référence des règles de conflits de lois et de conflits de juridictions. L'objectif même du droit international privé est de désigner tout d'abord le tribunal compétent, puis la législation applicable.

Ainsi, il peut résulter de ces règles de conflits de juridictions et de conflits de lois la désignation d'un tribunal français mais d'une loi étrangère. Les juges français appliqueront alors un droit étranger au litige.

Cependant, il existe deux limites permettant d'écarter l'application d'une loi étrangère :

- *l'existence d'une loi de police en droit interne* : il s'agit d'une règle de droit international privé permettant d'étendre le champ d'application de certaines règles matérielles de droit interne à des situations internationales en faisant échec à la règle de conflit. La justification de cette extension réside dans l'impérativité de ces règles et dans la considération que leur application est cruciale pour la sauvegarde des intérêts publics français. Ces règles sont dans la plupart des cas identifiées par le juge, mais peuvent aussi l'être par le législateur ;

- *l'exception d'ordre public* : cette exception est invoquée dans le cas où la législation applicable apparaît comme étant trop contradictoire avec l'ordre public français, composé d'un ensemble de valeurs jugées intangibles, mêlant des intérêts généraux variés, qu'ils soient d'ordre politique, moral, économique ou social.

L'arrêt Lautour de 1948¹¹ définit l'ordre public comme « les principes de justice universelle, considérés dans l'opinion française comme dotés de valeur absolue ». On peut y inclure notamment la prohibition de l'inceste, l'interdiction de l'esclavage mais aussi l'interdiction des discriminations ou encore le droit au respect de la dignité humaine.

Notons cependant que ce n'est pas la loi étrangère en elle-même qui est jugée mais les conséquences de son application concrète dans l'ordre juridique interne. Par exemple, une répudiation prononcée à l'étranger entre des personnes étrangères domiciliées en France ne pourra produire d'effet en France du fait de l'exception d'ordre public. Le principe d'ordre public invoqué à l'appui du raisonnement est celui de l'égalité entre les sexes ; en effet, le résultat concret de la répudiation ne pose problème que par rapport à l'unilatéralité de la démarche, l'initiative de la répudiation n'appartenant qu'au mari. Le résultat final de la procédure de répudiation n'est pas en lui-même critiqué : la procédure aboutit à la dissolution du mariage, qui n'est pas contraire à l'ordre public français. La discrimination établie entre les époux, par contre, l'est.

Aussi peut-on tenter de formuler la clause de l'européenne la plus favorisée en tant que troisième limite à l'application de législations étrangères dans l'ordre juridique interne.

¹¹ Cour de cassation, première chambre civile, 25 mai 1948

Une telle formulation aurait pour effet d'évincer la règle de conflit en présence d'une législation nationale moins favorable aux femmes.

On peut en ce cas proposer la rédaction suivante : « *L'application d'une disposition de la loi désignée par la règle de conflit ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ou s'il résulte de cette application que le droit du for serait plus favorable aux intérêts des femmes* ».

Dans le même ordre d'idée, une règle de conflit spécifique pourrait être créée, basée sur la législation nationale la plus favorable aux femmes. Concrètement, cela signifierait qu'en cas de conflit de lois serait désignée la législation nationale la plus favorable aux femmes, à condition toutefois que cette législation ne soit pas moins favorable aux femmes que le droit français. Dans cette dernière hypothèse, on retomberait alors sur l'éviction de la loi étrangère au profit de la loi française.

On peut proposer pour une telle règle de conflit la rédaction suivante : « *La loi applicable aux litiges ayant trait aux droits des femmes est la loi nationale la plus favorable aux femmes, pourvu que celle-ci ne soit pas moins favorable que la loi du for* ».

Récapitulatif sur l'utilisation du modèle du principe de faveur dans le cadre de notre clause :

L'utilisation d'un principe de faveur permettant d'invalider les législations nationales qui ne seraient pas plus favorables que le droit européen ;

→ « Une législation nationale peut uniquement comporter des dispositions plus favorables aux femmes que les dispositions européennes en vigueur. Elles ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ».

La création d'une règle de conflit spécifique en droit internationale privé permettant, en cas de conflit de lois, de désigner comme applicable au litige la législation offrant la plus grande faveur aux intérêts des femmes ;

→ « La loi applicable aux litiges ayant trait aux droits des femmes est la loi nationale la plus favorable aux femmes, pourvu que celle-ci ne soit pas moins favorable que la loi du for ».

La création d'une nouvelle hypothèse d'éviction de la règle de conflit et, par conséquent, de la loi étrangère sur le fondement de la plus grande faveur offerte par le droit français.

→ « L'application d'une disposition de la loi désignée par la règle de conflit ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ou s'il résulte de cette application que le droit du for serait plus favorable aux intérêts des femmes ».

Le droit social est un domaine dans le quel on retrouve un autre type de clause de faveur, mais cette fois non plus au niveau interne mais au niveau européen, ce qui prouve qu'un tel mécanisme peut être mis en place au sein de l'Union.

§3. - Protection nationale renforcée et le droit social de l'Union européenne

La politique sociale de l'Union européenne a pour principe de favoriser l'harmonisation des systèmes sociaux des États membres et le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives afin de promouvoir l'emploi, d'améliorer des conditions de vie et de travail, et de permettre leur égalisation dans le progrès. Il s'agit aussi de mettre en place une protection sociale adéquate, un dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions¹².

La diversité des pratiques nationales est prise en compte ; l'UE tient un rôle subsidiaire et complémentaire dans les domaines tels que l'amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs, les conditions de travail, la sécurité sociale, etc¹³. À cette fin, le Parlement européen et le Conseil peuvent « dans les domaines visés par le paragraphe 1, points a) à i), par voie de directives, émettre des prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des États membres »¹⁴. Néanmoins, les dispositions de l'article 153 du TUE « ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier », et « ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec les traités »¹⁵.

Dans le cadre de la politique de l'UE, l'ensemble de la politique sociale est marquée par le droit que possèdent les États membres d'aménager leur droit national en vue de protéger leurs travailleurs de manière plus rigoureuse que le droit de l'Union ne le fait. Ainsi, les instances communautaires utilisent la directive comme un moyen permettant d'établir des exigences minimales qui devront être impérativement respectées par les États membres. La mise en place d'une directive communautaire impose un résultat à atteindre mais laisse les États membres libres, quant aux moyens à adopter, pour parvenir au résultat souhaité par la Communauté ; il s'agit donc d'une obligation de résultat et chacun est libre de parvenir de

¹² Voir l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹³ Voir article 153, § 1 du TUE.

¹⁴ Selon article 153, § 2 du TUE.

¹⁵ Ibidem, § 4.

la manière qu'il souhaite à ce résultat.

L'enjeu du droit communautaire en matière du droit du travail consiste plutôt à mettre en place « un statut de base du travailleur européen ». En effet, le droit communautaire détermine des normes fondamentales qui servent de base à toutes les législations des États membres pour mettre en place les normes gouvernant les relations de travail. Néanmoins, les dérogations sont autorisées sous certaines conditions, par exemple, en ce qui concerne le temps de travail (voir ci-dessous).

I. Définition et fonctionnement du mécanisme de la protection nationale renforcée

Le principe communautaire de protection nationale renforcée prévoit les États membres ont la possibilité de maintenir ou d'adopter des dispositions nationales plus favorables aux travailleurs après l'adoption d'une directive. Le renforcement correspond à la possibilité de maintenir ou d'introduire des normes nationales plus favorables aux travailleurs que les prescriptions minimales des directives. **Par la transposition des prescriptions minimales régies par des directives, rien n'empêche l'État membre d'aller plus loin pour introduire en droit interne des dispositions plus favorables dans la mesure édictée par l'instance communautaire.** Cependant, ces dispositions nationales plus protectrices doivent répondre aux objectifs déterminés par le droit communautaire. On pourrait comprendre la protection nationale renforcée comme la transposition du principe de faveur dans l'ordre international, entre le rapport entre la législation communautaire et la législation nationale.

Dans le droit social de l'Union européenne, le principe de « protection nationale renforcée » suppose l'impérativité de la règle du droit de l'Union, du moins une impérativité partielle qui s'attache à des prescriptions minimales dont le droit national ne pourra s'écarter.

Exemples de directives concernant la protection nationale renforcée

1. **Directive 89/391** concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, l'article 1 Objet (3) :
« La présente directive ne porte pas atteinte aux dispositions nationales et communautaires qui sont plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé aux travailleurs au travail ».

2. **Directive 91/533** relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, l'article 7 *Dispositions plus favorables* :

« La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables aux travailleurs, ou de favoriser ou de permettre l'application de dispositions conventionnelles plus favorables aux travailleurs ».

3. **Directive 2003/88** concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, l'article 15 *Dispositions plus favorables* :

« La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ou de favoriser ou de permettre l'application de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux plus favorables à la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs ».

Ainsi, les États conservent la possibilité de maintenir ou d'établir des mesures de « protection nationale renforcée » compatible avec des directives. Des normes plus rigoureuses peuvent être adoptées par les États. En revanche, un certain nombre de directives a pu admettre que la règle nationale s'écarte de la règle du droit de l'Union lorsqu'elle n'est pas plus favorable aux droits des travailleurs. La règle du droit de l'Union prendra alors le caractère d'une règle supplétive à laquelle le droit national peut déroger, sous des limites fixées, ce qui représente une faiblesse du système.

II. Un mécanisme de dérogation soulevant la faiblesse de ce principe de faveur

L'exemple de la directive 2003/88 est l'exemple le plus parlant concernant les possibles dérogations au principe de faveur étudiant. Elle concerne certains aspects de l'aménagement du temps de travail et prévoit trois types de dérogations. Ces facultés de dérogations sont très nombreuses et réduisent la portée des périodes de repos et de durées maximales de travail fixées par la directive 2003/88. Ces **dérogations** peuvent être accordées par voie de conventions collectives ou en accord avec les partenaires sociaux. Les dérogations peuvent en particulier être octroyées :

1. dans le respect des principes généraux de la protection, de la sécurité et de la santé des travailleurs lorsque la durée du travail n'est pas mesurée et/ou prédéterminée par le travailleur lui-même;
2. pour certaines activités caractérisées par un éloignement entre le lieu de travail et le lieu de résidence du travailleur, comme les activités offshore ;
3. pour les activités de garde ou de surveillance destinées à assurer la protection de biens ou de personnes;
4. pour les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service, telles que les soins hospitaliers, l'agriculture ou encore les services de presse et d'informations;
5. en cas de surcroît prévisible de l'activité, notamment dans les secteurs de l'agriculture, du tourisme ou des services postaux ainsi que pour les personnes travaillant dans le secteur du transport ferroviaire;
6. à condition qu'un repos compensateur soit mis en place : selon des critères énumérés dans la directive, par exemple les activités caractérisées par la nécessité d'assurer la continuité du service ou de la production ; par voie de conventions collectives ou d'accords conclus entre partenaires sociaux.

Les dérogations pour les périodes de référence pour le calcul de la durée du temps de travail hebdomadaire ne peuvent dépasser six mois ou, par convention collective, douze mois.

Un État membre peut autoriser un employeur à déroger à la limite de quarante-huit heures hebdomadaires de travail à condition que le travailleur donne son accord. Il ne doit subir aucun préjudice en cas de refus. L'employeur s'engage à tenir un registre, accessibles aux autorités compétentes, sur chaque travailleur ayant accepté de dépasser les limites d'heures de travail. Les principes généraux de sécurité et de santé doivent être respectés.

Selon la Cour de justice, compte tenu des objectifs de la directive, les périodes équivalentes de repos compensateur accordé aux travailleurs dont le temps de travail dépasse les limites d'heures de travail doivent « succéder immédiatement au temps de travail qu'elles sont censées compenser, afin d'éviter la survenance d'un état de fatigue ou de surmenage du travailleur en raison de l'accumulation de périodes de travail consécutives¹⁶ ».

¹⁶ CJCE, 9 sept. 2003, affaire C-151/02.

III. L'intérêt de la protection nationale renforcée pour la rédaction de la clause de l'européenne la plus favorisée

Le premier atout de ce principe de faveur est bien sûr qu'il se situe à l'échelle européenne, montrant que l'UE a déjà adopté ce type de législation et qu'il fonctionne. Surtout, cela permet une certaine marge de manœuvre car même si l'on tend vers l'harmonisation des législations vers un « minimum favorable », la souveraineté des États membres est respectée et il leur est laissé la possibilité de prendre des dispositions particulières, propres à leur droit interne du moment que cela va dans un sens *encore plus favorable* à ce qui est imposé par l'Union.

Le principal inconvénient est qu'il sera alors impossible de revendiquer la législation la plus favorable si celle-ci correspond à des mesures dérogatoires. Il ne sera possible que d'invoquer la disposition de sa propre législation, qui correspondrait donc automatiquement au standard minimum imposé par l'UE. Cela faciliterait aussi le contrôle de la mesure et sa « revendicabilité » car il n'y aurait pas besoin d'aller étudier la loi d'un autre pays membre. Quant à l'effectivité de la mesure, elle serait directement contrôlée par l'UE. En revanche, il resterait un problème d'égalité selon que la femme soit national d'un État membre ou d'un autre, selon que ledit État ait pris des mesures encore plus favorable.

Récapitulatif sur l'utilisation du modèle de la protection nationale renforcée

La création d'un standard de protection européen.

→ « *Toute disposition en droit interne relatif aux violences conjugales doit au moins correspondre au standard de protection européen dans ledit domaine* ».

L'utilisation de la protection nationale renforcée contraignant les États membres à un niveau de protection minimum et standardisé.

→ « *La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus au standard minimum européen* ».

Il est intéressant ici de noter que l'on s'intéresse à ce qui se passe en droit interne et donc au niveau de l'État. De même, la clause de la Nation la plus favorisée se situe au niveau étatique, à savoir qu'une disposition doit s'appliquer dans tout État qui entretient des relations avec un autre État qui lui-même a consenti des privilèges à un État tiers.

§ 4. - Clause de la Nation la plus favorisée

I. Définition et emploi de la clause de la nation la plus favorisée

Dans le cadre du droit de l'investissement, la clause de la nation la plus favorisée se trouve dans les accords bilatéraux (notamment les TBI : traités bilatéraux d'investissement). Elle permet de faire bénéficier la partie contractante de dispositions aussi avantageuses que celles dont bénéficie une tierce partie, elle-même en accord avec l'autre partie.

Les accords sont conclus entre les États mais au profit d'une tierce personne privée (ce sont un peu des stipulations pour autrui), qui est l'investisseur. Dans ce cadre particulier, la Clause de la nation la plus favorisée permet au tiers de bénéficier du statut du privilégié, accordé à une Nation en particulier. Les États doivent appliquer un traitement non moins favorable qu'aux investisseurs tiers.

Dans les accords de l'OMC, cette clause stipule que tout avantage commercial accordé par un pays à un autre (même si celui-ci n'est pas membre de l'OMC), doit être immédiatement accordé à la totalité des membres de l'OMC : automaticité de la clause au sein de l'OMC. D'ailleurs, cette clause est située au 1^{er} article du GATT. Il est aussi une clause prioritaire de l'[Accord général sur le commerce des services \(AGCS\)](#) (article 2), et de l'[Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce \(ADPIC\)](#) (article 4).

Le but est de garantir la non discrimination.

D'une manière générale, la clause signifie que, toutes les fois qu'un pays réduit un obstacle tarifaire ou ouvre un marché, il doit le faire pour les mêmes biens ou services provenant de tous ses partenaires commerciaux, que ceux-ci soient riches ou pauvres, faibles ou puissants.

On constate que la clause de la nation la plus favorisée est relative aux avantages, privilèges, faveurs ou immunités qui ont pu être accordés à un autre. Ces clauses reprennent toute une formulation assez similaire.

Cette clause est aussi une technique d'évolution du traité sans renégociation. Le contrat est conclu à une époque et au fur et à mesure des évolutions des pratiques conventionnelles, si le 1^{er} traité contient une clause de la nation la plus favorisée, il permet à

cet État de bénéficiaire des avancées conventionnelles.

Exceptions d'application

Cette clause ne s'applique pas en cas :

- d'union douanière
- de Zone de Libre-Echange qui établit une discrimination contre les marchandises provenant de l'extérieur
- pour les pays en voie de développement dont les marchés peuvent se voir accorder un accès spécial

En outre, un pays peut élever des obstacles à l'encontre de produits provenant de tel ou tel pays, qui font l'objet, à son avis, d'un commerce inéquitable.

Dans le domaine des services, les pays peuvent, dans des circonstances limitées, recourir à la discrimination. Cependant, les exemptions ne sont autorisées dans les accords que sous réserve de conditions rigoureuses.

Par ailleurs, il y a exclusion du jeu de la clause pour les clauses finales du traité. Si la clause peut normalement couvrir l'ensemble des dispositions couvertes par le traité, les clauses finales du traité sont nécessairement exclues. Ce sont les clauses qui portent sur le régime du traité et non pas sur sa substance. Il s'agit par exemple des clauses relatives à l'application dans le temps et dans l'espace du traité.

Les clauses de définition sont aussi exclues : elles prévoient de manière extensive ce qu'est un investissement ou un investisseur. C'est en quelque sorte une clause d'entrée dans la protection du traité.

II. Mécanismes d'application de la clause de la nation la plus favorisée

Le but de cette clause est de garantir la transparence et la simplification des droits de douane et le fait que les « petits pays » bénéficient des mêmes avantages que les « grands ». L'avantage est que cela limite le protectionnisme ; l'inconvénient est que cela freine l'aide aux pays en voie de développement. La clause limite également les avantages obtenus auprès

de gouvernement par voie de lobbying.

1. Efficacité

Dans le cadre de l'investissement c'est une des clauses qui a fait l'objet des interventions les plus importantes des tribunaux. Il s'agit d'une clause décisive dont la particularité est de permettre à certains investisseurs étrangers de revendiquer un traitement plus favorable mais aussi d'invoquer un traitement plus favorable prévu par un autre traité.

Les modalités d'invocation ont été définies par la CIJ¹⁷ :

- Il faut un traité de base qui contient la clause qui est le lien juridique entre les 2 États et permet de bénéficier du statut du privilégié. Ensuite, on a un traité tiers.
- Il faut que les 2 traités portent sur le même domaine : condition *ejusdem generis*.

C'est une clause qui « fonctionne très bien » et fait l'objet d'un contentieux riche devant les tribunaux d'arbitrage.

Elle a pour conséquence l'application d'un droit spécial. Le terme « traitement plus favorable » n'est pas défini dans les accords, de même que le terme « protection ». Certains États vont exclure des domaines (*i.e.* les États-Unis ou le Canada¹⁸), d'autres vont être précis et prévoir les matières visées par la clause. Certaines clauses sont par contre très généralistes (*i.e.* le modèle français de TBI).

En conclusion, on voit que les États peuvent aménager la clause comme ils le souhaitent. Mais dans tous les cas, il faut toujours regarder précisément ce que contient cette clause. C'est le droit spécial qui prime : la rédaction est décisive.

2. Sanctions

Le jeu classique de la clause est d'étendre le traitement prévu par le droit national. En réalité, il n'est que très peu actionné. Le traitement concret accordé est d'abord déterminé par le droit national.

Ce qui se passe le plus souvent c'est l'étendue du traitement prévu par les accords nationaux. La manière dont la clause est utilisée est assez spécifique : elle est invoquée pour

¹⁷ CIJ, 22 juillet 1952, « Anglo Iranian Oil Compagny », RU c. Iran

¹⁸ TBI Canada-Pérou : une annexe au traité prévoit que le traitement couvert par la CNPF n'englobe par le règlement des différends

bénéficiaire d'un traitement prévu par un accord international. La jurisprudence s'est développée pour permettre d'actionner la clause pour les dispositions d'un traité tiers jugé plus favorable.

La clause est beaucoup « actionnée » par les investisseurs.

III. Utilité dans le cadre de l'européenne la plus favorisée

Le principal souci est que dans le cadre de la clause de l'européenne la plus favorisée, les dispositions législatives ne concernent ni service ni marchandise.

Ce qui est par contre très intéressant dans cette clause c'est l'appréciation du caractère plus favorable : le traitement est déterminé par l'investisseur lui-même. Les tribunaux partent de la présomption selon laquelle dès lors que les investisseurs invoquent un traitement, celui-ci sera considéré comme plus favorable. **Les investisseurs pratiquent le *pick and choose* qui leur permet de revendiquer le bénéfice d'une partie d'un traitement et non son intégralité.** Cela est donc très avantageux au bénéficiaire de la clause.

Il faut aussi noter les différentes positions des tribunaux. Certains procèdent à l'examen de la clause de manière objective (regarder ce que dit la clause et lui reconnaître un effet déterminé), d'autre de manière subjective (regarder ce qu'on voulu accorder les États en rédigeant la clause).

La lecture objective supposerait que l'on interprète cette clause indépendamment des États qui l'ont conclu. Le privilège par excellence est pensé comme étant la possibilité d'avoir recours à un règlement des différends supra national dépolitisé, d'où une certaine impartialité. Quant à la lecture subjective de la clause, lorsque l'on regarde les sentences qui ont refusé l'accès à l'arbitrage, ces tribunaux ont été attentifs à l'intention des États lorsqu'ils ont émis l'offre d'arbitrage plus favorable. Les tribunaux vont rechercher ce qu'ont voulu les États dans la conclusion des clauses. On ne peut pas étendre ce consentement de l'État par le biais de la CNPF. Cette lecture ne serait pas favorable à la clause de l'européenne la plus favorisée.

Ce qui serait très utile serait d'instituer une procédure *pick and choose* dans le traité européen. Les associations pourraient choisir ce qui est le plus favorable au processus législatif, ce qui permettrait à des acteurs de la société civile, associations, de participer, sous

certaines conditions, à l'établissement d'une procédure législative dès lors qu'il y a une disposition plus favorable. Par exemple, une association pourrait demander à la Commission de reprendre une réglementation d'un État.

Ce serait un processus très démocratique, où il n'est pas de recours pas au juge.

Propositions de formulation basée sur l'exemple des clauses dans les traités bilatéraux d'investissement

Un accès égal aux services, quelque soit la nationalité de la femme se trouvant sur le territoire d'un État, pourvu que celle-ci ait la citoyenneté européenne.

→ « *Chaque État membre doit, sur son territoire, accorder aux ressortissants de l'Union, une protection non moins favorable à celle accordée à ses ressortissants dans le domaine de l'accès à la contraception* ».

Sur le mode de revendication d'un traitement plus favorable.

→ « *La présente clause peut être invoquée devant n'importe quelle juridiction (nationale ou européenne) dès que l'État sur le territoire duquel elle se trouve est partie à un traité européen comprenant la clause. Les citoyennes européennes sont libres d'évoquer tout ou partie d'une clause, quelque soit le traité comprenant une telle clause dès lors que le traité a été passé entre deux États de l'Union* ».

Une fois encore, on trouve un autre exemple du principe de faveur en droit privé, et notamment dans les contrats de vente et distribution. Cet exemple sera pertinent pour pointer « ce qu'il vaut mieux éviter » concernant la clause de l'européenne la plus favorisée, car ce système s'est montré inefficace voire pervers.

§5.- Clause du client le plus favorisé

I. Définition de la clause du client le plus favorisé

En France, ce type de clauses a été abordé par la loi de modernisation économique (LME) du 4 août 2008 qui instaure et encadre la libre négociabilité dans les relations commerciales. La clause du client le plus favorisé aboutit à une sorte de principe de non-discrimination imposé au fournisseur. Dans le cadre du droit de la concurrence, la clause du client le plus favorisé permet à une entreprise de promettre chaque client de lui accorder son meilleur prix. A première vue, cette règle semble favorable aux consommateurs, puisque chacun obtient le meilleur traitement possible. Mais en réalité, de telles clauses atténuent la concurrence sur les prix, car toute remise concédée coûtera alors très cher.

Ces clauses permettent donc à un client d'obtenir de manière automatique le bénéfice de tarifs plus avantageux consentis à d'autres clients par le même fournisseur. En l'absence de clause du client le plus favorisé, une entreprise est tentée de diminuer son prix pour emporter le marché. Mais avec cette clause, si elle accorde une remise à ce client, elle devra en faire de même pour le reste de sa clientèle. L'entreprise devra donc baisser ses prix pour tous ses clients, et par conséquent réduire sa marge unitaire sur tous ses produits, à seule fin d'augmenter le volume vendu à un seul client. Dans ces conditions, il est clair que le vendeur est nettement moins incité à proposer une réduction. Résultat : le prix payé par chaque client augmente.

Exceptions d'application

Ces clauses sont interdites en France depuis peu. En effet, ce type de clause peut avoir deux effets négatifs sur le plan de la concurrence. D'une part, elles n'incitent pas les fournisseurs à baisser leurs prix, puisque de telles baisses auraient mécaniquement un effet décuplé en s'étendant à d'autres clients. Il peut d'ailleurs en résulter une certaine uniformisation des prix. D'autre part, l'application de la clause peut donner au client qui en bénéficie une précieuse information sur le niveau de prix dont bénéficient ses concurrents.

Au niveau européen, la Commission européenne a indiqué¹⁹ vouloir faire restriction des prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal. _
Classiquement, les clauses du client le plus favorisé peuvent relever de l'interdiction des accords anti-concurrentiels, interdits par l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TUE). Elles peuvent également constituer un abus de position dominante, si l'entreprise qui en bénéficie est dominante sur le ou les marchés concernés, et donc être interdite par les articles 102 du TUE.

De part cette interdiction française, on peut aussi se demander, si au niveau international, l'interdiction française relève d'une loi de police (c'est-à-dire une règle applicable en toute hypothèse quelle que soit la loi du contrat) qui s'appliquerait donc aux contrats internationaux. Il n'y a pas de réponse jurisprudentielle à cette question en ce qui concerne précisément l'interdiction des clauses du client le plus favorisé mais la qualification de loi de police d'autres interdictions édictées par le même article du code de commerce a déjà été prononcée par la Cour de Cassation²⁰.

II. Mécanismes d'application

1. Efficacité

En réalité, cette clause a des effets inverses aux effets escomptés (garantie un prix avantageux).

Le programme Medicare aux États-Unis de remboursement des dépenses de santé des personnes âgées (aux États-Unis) en 1990 est un bon exemple. En 1990, le Congrès américain a changé la réglementation car il avait constaté que les puissantes organisations américaines de santé obtenaient de meilleurs prix auprès des laboratoires pharmaceutiques que le programme public Medicaid. Dans la loi de 1990, le Congrès a contraint les laboratoires à vendre leurs médicaments de marque au programme Medicaid à leur meilleur prix ou à un prix équivalant à 87,5 % du prix moyen. Les parlementaires pensaient ainsi voir les prix des médicaments baisser. En réalité, les prix des médicaments de marque en concurrence avec des médicaments génériques ont augmenté de 4 % suite à l'introduction de cette nouvelle loi. En

¹⁹ Point 48 de : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:FR:PDF>

²⁰ Cour de cassation, 12 juillet 2011, n° 11-40.029

effet, la loi a incité les laboratoires à relever leurs prix.

En ajoutant la clause du client le plus favorisé à la loi, le Congrès a atténué les incitations à la compétitivité pour les laboratoires pharmaceutiques, ce qui a relevé le niveau général des prix sur le marché.

2. Sanctions

Il s'agit donc de voir les sanctions non pas de non application de la clause du client le plus favorisé mais des sanctions à l'encontre de la clause. En effet, en France, ces clauses ont depuis été interdites et déclarées nulles au terme de l'article 442-6, livre II du Code de Commerce²¹ relatif aux pratiques restrictives. On voit donc que ce type de clause peut être sous des aspects positifs, jugées contraires aux intérêts des consommateurs.

La loi française confirme le pouvoir du juge de sanctionner les pratiques abusives à hauteur de 2 millions d'euros d'amende civile, mais permet de porter désormais la sanction au-delà en retenant le triple du montant des sommes indûment versées. Le juge peut également ordonner l'exécution sous astreinte de son jugement et la publication de sa décision par voie de presse ou d'affichage notamment.

On relèvera toutefois que (1) l'interdiction ne concerne que les clauses entraînant un ajustement tarifaire « automatique » (donc a priori pas une clause permettant la résiliation du contrat) et que (2) l'interdiction suppose que l'ajustement se fasse au niveau des prix d'un concurrent du client – et non, par exemple, au niveau d'un panier moyen d'acheteurs qui ne sont pas nécessairement des concurrents du client.

III. Utilité dans le cadre de l'européenne la plus favorisée

Ce type de clause est à écarter pour le projet car il est non seulement prohibé à divers endroits et n'aurait que peu de chance de pouvoir être approuvé au niveau européen. De plus, il est démontré qu'il aurait des effets insidieux et il ne trouve à s'appliquer que dans les relations commerciales.

²¹ « (...) Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité : De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant »

Seconde partie - Les compdtdences de l'Union europdeenne

La clause de l'europpenne la plus favorisde a choisi d'aborder les thdmes suivants :

- « **choisir de donner la vie** », comprenant des lois sur l'education sexuelle, la contraception et l'avortement ;
- « **famille** », comprenant des lois ayant trait au mariage, au divorce, au contrat d'union civile, au congde parental et d l'autoritde parentale ;
- « **violences : femmes battues, violdees, prostitudees** », composde de lois abordant les questions de la violence conjugales, du viol, de la prostitution et du harcdelement ;
- « **travail** », pour la modification des lgislations nationales concernant l'emploi des femmes et le rdegime des retraites ;
- « **politique** », visant d imposer la paritde et les quotas dans les systdmes politiques.

La finalitde du projet de la clause de l'europpenne la plus favorisde dtant de parvenir d dtablir des rdegles communes d tous les Etats membres pour un ensemble de questions liedes aux femmes, la probldematique des compdtdences de l'Union europdeenne est donc centrale.

Il s'agira ici de dtdterminer de quelles compdtdences dispose l'Union europdeenne dans les matidres aborddees par la clause de l'europpenne la plus favorisde et comment ces compdtdences peuvent dtre exercdees.

Afin de bien dtdlimiter les contours de notre dtude, il convient tout d'abord de faire le point sur les principes gdnraux de dtdlimitation des compdtdences au sein de l'Union europdeenne. Ensuite, nous nous attacherons d dtdterminer les thdmes dans lesquels l'Union peut agir et sous quelles modalitds. Enfin, les probldematiques liedes au ddfaut de compdtdence de l'Union seront examindees.

§1. - La délimitation des compétences de l'Union européenne

L'Union européenne étant une organisation supranationale, la question se pose nécessairement de la répartition des compétences entre les institutions européennes et les institutions internes des différents Etats membres la composant.

Cette répartition est guidée par un **principe d'attribution**, signifiant que l'Union européenne n'a pas la compétence de ses compétences ; ce sont en effet les Etats membres qui décident des compétences qu'ils souhaitent attribuer à l'Union européenne, qui est alors limitée dans son champ d'action matériel. L'article 5 § 2 du Traité sur l'Union européenne ou TUE (ex-article 5 du traité instituant la Communauté européenne ou TCE) indique à cet égard que « *en vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ». Ainsi, les compétences européennes sont à la fois **spécialisées**, en ce qu'elles sont réparties par domaines, mais aussi **finalisées** puisque l'action de l'Union européenne doit tendre à la réalisation d'un des objectifs inscrit dans les traités. Ces objectifs, listés à l'article 3 du TUE (ex-article 2 du TUE), visent notamment au bien-être et à la liberté de circulation des populations des Etats membres, à la réalisation du marché intérieur mais aussi à lutter contre l'exclusion sociale et les discriminations et à promouvoir « *la justice et la protection sociales, l'égalité entre les hommes et les femmes et la protection des droits de l'enfant* ».

Plus encore, l'intervention de l'Union doit être emprunte d'une certaine forme de retenue, puisqu'elle ne peut dépasser ce qui est nécessaire en vue de réaliser les objectifs énoncés par les traités. Il s'agit là du **principe de proportionnalité**, inscrit à l'article 5 § 4 du TUE (ex-article 5 du TCE), rédigé de la manière suivante : « *En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité* ».

En outre, l'étendue de la compétence de l'Union européenne va dépendre du type de compétence dont elle dispose. Les traités distinguent en effet trois types de compétences : elles peuvent être exclusives, partagées ou simplement d'appui.

I. Les compétences exclusives

Tout d'abord, concernant les compétences exclusives, l'article 2 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) indique que « *Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence exclusive dans un domaine déterminé, seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union* ». Cela signifie concrètement que l'Union européenne est la seule à pouvoir légiférer sur ces questions, les Etats membres ayant alors un rôle limité à la seule application de la législation européenne. Ces domaines faisant l'objet d'un transfert total de compétence sont listés à l'article 3 du TFUE²².

II. Les compétences partagées

Ensuite, il existe des questions pour lesquelles un partage de compétence entre l'Union et les Etats membres a été réalisé. L'article 2 § 2 du TFUE stipule : « *Lorsque les traités attribuent à l'Union une compétence partagée avec les États membres dans un domaine déterminé, l'Union et les États membres peuvent légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants dans ce domaine. Les États membres exercent leur compétence dans la mesure où l'Union n'a pas exercé la sienne. Les États membres exercent à nouveau leur compétence dans la mesure où l'Union a décidé de cesser d'exercer la sienne* ». Ainsi, on constate que l'action des Etats membres en la matière est limitée par l'exercice par l'Union européenne de cette même compétence. Cet agencement résulte du **principe de primauté du droit européen** par rapport au droit national. Ainsi, l'exercice par un Etat d'une compétence déjà valablement exercée par l'Union serait en tout état de cause inefficace.

Cependant, quand elle souhaite agir dans un domaine où elle partage sa compétence avec les gouvernements des différents Etats membres, l'Union doit tenir compte du **principe de subsidiarité**. Ce principe vise à subordonner l'intervention de l'Union à la condition que celle-ci soit plus efficace qu'une action au niveau étatique. L'article 5 § 3 du TUE indique en

²² Voir *infra* le tableau de répartition des compétences

effet : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect de ce principe conformément à la procédure prévue dans ce protocole ».

Ainsi, l'intervention de l'Union est exclue lorsque les Etats membres sont en mesure d'agir eux-mêmes de manière satisfaisante et efficace. Cependant, si l'action étatique s'avérait insuffisante, le principe de subsidiarité confère toute légitimité à l'Union pour exercer les pouvoirs qui lui ont été en partie dévolus par les Etats membres.

Aussi, l'Union européenne ne peut agir que subsidiairement dans le domaine des compétences partagées, lorsque son action s'avère plus appropriée et plus efficace que l'action des Parlements ou gouvernements nationaux.

Les domaines faisant l'objet d'un partage de compétences entre l'Union et les Etats membres sont listés à l'article 4 du TFUE.

III. Les compétences d'appui

Enfin, il existe des domaines dans lesquels l'intervention de l'Union n'est que résiduelle ; elle ne peut alors agir qu'au soutien ou en complément d'une action des Etats membres, qui disposent seuls d'un pouvoir législatif en la matière. L'article 2 § 5 du TFUE indique ainsi que *« dans certains domaines et dans les conditions prévues par les traités, l'Union dispose d'une compétence pour mener des actions pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres, sans pour autant remplacer leur compétence dans ces domaines ».*

Ces domaines sont listés à l'article 6 du TFUE.

Pour récapituler sur les compétences de l'Union européenne :

- Selon le **principe d'attribution**, l'action de l'Union européenne est subordonnée à l'existence d'un transfert de compétence des Etats membres à son profit dans le domaine considéré et doit tendre à réaliser un des objectifs énoncés par les traités (sources : articles 3 à 6 du TFUE pour la liste des domaines de compétence et article 3 du TUE pour les objectifs de l'Union) ;
- Quel que soit le type de compétence exercé par l'Union, son intervention doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire à la réalisation des objectifs inscrits dans les traités selon le **principe de proportionnalité** ;
- Si le domaine considéré fait l'objet d'un partage de compétence entre l'Union et les Etats membres, le **principe de subsidiarité** subordonne l'action de l'Union à l'inefficacité de celle des Etats membres.

Les compétences de l'Union européenne sont réparties par domaines de la manière suivante :

Compétences exclusives de l'Union européenne : <i>article 3</i> du TFUE	Compétences partagées : <i>article 4</i> du TFUE	Compétences d'appui : <i>article 6</i> du TFUE
<p>1. l'union douanière ;</p> <p>2. l'établissement des règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ;</p> <p>3. la politique monétaire pour les Etats membres dont la monnaie est l'euro ;</p> <p>4. la conservation des ressources biologiques de la mer dans le cadre de la politique commune de la pêche ;</p> <p>5. la politique commerciale commune ;</p> <p>6. la conclusion d'un accord international, sous certaines conditions.</p>	<p>1. le marché intérieur ;</p> <p>2. la politique sociale, pour les aspects définis dans le TFUE ;</p> <p>3. la cohésion économique, sociale et territoriale ;</p> <p>4. l'agriculture et la pêche, à l'exclusion de la conservation des ressources biologiques de la mer ;</p> <p>5. l'environnement ;</p> <p>6. la protection des consommateurs ;</p> <p>7. les transports ;</p> <p>8. les réseaux transeuropéens</p> <p>9. l'énergie ;</p> <p>10. l'espace de liberté, de sécurité et de justice ;</p> <p>11. les enjeux communs de sécurité en matière de santé publique, pour les aspects définis dans le TFUE.</p>	<p>1. la protection et l'amélioration de la santé humaine ;</p> <p>2. l'industrie ;</p> <p>3. la culture ;</p> <p>4. le tourisme ;</p> <p>5. l'éducation, la formation professionnelle, la jeunesse et le sport ;</p> <p>6. la protection civile ;</p> <p>7. la coopération administrative.</p>

On peut déjà relever que parmi les thèmes abordés par la clause de l'européenne la plus favorisée, aucun ne fait l'objet d'un transfert total de compétence ; ainsi, si l'Union européenne dispose néanmoins de compétences pour légiférer dans certains des domaines précités, l'exercice de celles-ci sera limité par le principe de subsidiarité voire confiné au simple soutien de l'action des Etats membres.

§2. - L'exercice des compétences en fonction des domaines

Les compétences de l'Union européenne sont organisées soit par secteur (c'est-à-dire pour un domaine spécifique, comme par exemple la politique agricole) soit de façon transversale, afin de permettre à l'Union d'atteindre un des objectifs fixés dans les traités. Nous examinerons tout d'abord certaines compétences sectorielles avant d'étudier les mécanismes transversaux.

I. L'exercice des compétences sectorielles au service de la clause

Nous nous concentrerons dans cette étude sur la matière sociale, le droit civil de la famille et la matière pénale.

1. La compétence de l'Union en matière sociale

Le thème « travail » ne semble pas poser de problème puisque l'UE dispose d'une compétence partagée en matière d'emploi ainsi qu'en matière de politique sociale ; en effet, selon l'article 151 du TFUE (ex-article 136 du TCE), l'UE vise à la « *promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions* ». Pour réaliser ces objectifs, l'article 153 du TFUE (ex-article 137 du TCE) indique que « *l'Union soutient et complète l'action des Etats membres* », notamment concernant « *l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail* ».

Concernant **l'égalité de rémunération** entre hommes et femmes, l'article 157 du TFUE (ex-article 141 du TCE) indique que les Etats doivent appliquer le « *principe de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et travailleurs féminins* » ; de plus, les Etats peuvent prendre des mesures dites de « discrimination positive » pour compenser la difficulté d'accès des femmes à certaines professions ou les désavantages dans leur carrière professionnelle.

Une directive a d'ailleurs été adoptée en matière d'égalité de rémunération : directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances

et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. Dans son article 4, cette directive pose une interdiction de traiter différemment les travailleurs en raison de leur sexe quant à la rémunération qu'ils perçoivent.

Ainsi, l'UE dispose de la compétence nécessaire pour traiter la question de la rémunération des travailleurs féminins et de leur accès à l'emploi.

Concernant les **régimes de retraite** : la question ici est celle de l'application de l'article 153 aux régimes de retraite. La directive précitée indique dans son article 7, concernant son champ d'application matériel, qu'elle s'applique aux régimes de sécurité sociale notamment quant au système des retraites.

Ainsi, l'ensemble du thème travail peut être traité par l'Union sans que la question de la compétence pose de difficulté.

En outre, la compétence de l'Union en matière politique sociale couplée à son objectif de traiter égalitairement les hommes et les femmes lui a permis de traiter la question du congé parental ainsi que la question du harcèlement.

Sur le **congé parental**, la directive 96/34 reprend le contenu d'un accord-cadre interprofessionnel et crée un droit individuel au congé parental d'une durée minimale de 4 mois (depuis la révision de cet accord-cadre en 2009).

Sur le **harcèlement sexuel**, les institutions européennes considèrent qu'il s'agit d'une violation du principe de l'égalité de traitement et que cela atteint le principe du respect de la dignité de la personne humaine. Après avoir adopté plusieurs instruments non-contraignants, la directive 2002/73/CE²³ a finalement été adoptée ; deux autres directives ont suivi en 2004²⁴ puis 2006²⁵ et toutes trois définissent le harcèlement comme « *la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». De plus, le harcèlement est perçu comme une discrimination fondée

²³ Directive 2002/73/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la formation professionnelle et les conditions de travail

²⁴ Directive 2004/113/CE concernant l'égalité de traitement hommes-femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services

²⁵ Directive 2006/54/CE concernant l'égalité des chances et l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail

sur le sexe et est, à cet égard, interdit.

Aussi, l'UE dispose également d'une compétence pour ces deux questions et pourra valablement faire de la clause de l'européenne la plus favorisée une réalité juridique sur l'ensemble des points précités.

Les questions d'égalité de rémunération, de régimes de retraite, de congé parental et d'harcèlement sexuel peuvent être harmonisées en suivant la procédure législative ordinaire définie par l'article 294 du TFEU (ex-article 251 du TCE). Ces questions sont soumises au respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

2. La compétence de l'Union en matière familiale

L'article 81 du TFUE (ex-article 65 TCE) indique dans son paragraphe 1 que « *l'Union développe une coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière, fondée sur le principe de reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires et extrajudiciaires. Cette coopération peut inclure l'adoption de mesures de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres.* »

Cependant, cette possibilité d'adoption de mesures de rapprochement doit être « *nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur* ». C'est sur cette base juridique que les règlements Rome I²⁶ et Rome III²⁷ ont été édictés. Il s'agit en cette matière de résoudre les problèmes de droit international privé résultant des divergences de réglementation des Etats membres. Cependant, le système du droit international privé n'a pas pour but de rapprocher les législations internes concernant le droit civil de la famille. Il s'agit en réalité d'édicter une règle commune à tous les Etats membres afin de mettre fin aux problèmes de désignation de la loi compétente lorsqu'un litige à caractère transfrontière intervient. Aussi, cette disposition ne permet pas de toucher aux règles de formation du mariage ni aux procédures de divorce dans l'ordre interne.

La famille est néanmoins prise en considération, protégée, par le biais de la libre circulation des travailleurs. Aussi, les travailleurs ainsi que les membres de leur famille

²⁶ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles

²⁷ Règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps

bénéficient de la protection européenne des droits fondamentaux dans le cadre de cette liberté de circulation²⁸. Aussi, la liberté de circulation pourrait éventuellement être utilisée pour tenter d'harmoniser les législations en la matière. Par ailleurs, l'article 81 § 3 du TFUE (ex-article 65 du TCE) prévoit la possibilité d'un rapprochement des législations.

Article 81 du TFUE (ex-article 65 du TCE)

3. Par dérogation au paragraphe 2, les mesures relatives au droit de la famille ayant une incidence transfrontière sont établies par le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale. Celui-ci statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. Le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision déterminant les aspects du droit de la famille ayant une incidence transfrontière susceptibles de faire l'objet d'actes adoptés selon la procédure législative ordinaire. Le Conseil statue à l'unanimité, après consultation du Parlement européen. La proposition visée au deuxième alinéa est transmise aux parlements nationaux. En cas d'opposition d'un parlement national notifiée dans un délai de six mois après cette transmission, la décision n'est pas adoptée. En l'absence d'opposition, le Conseil peut adopter ladite décision.

Il faut tout d'abord que la question abordée ait une incidence transfrontière ; il n'est ainsi pas question d'harmoniser des législations qui ne concernent que des situations purement internes. C'est sur ce point que, peut-être, l'exercice de la liberté de circulation des travailleurs pourrait venir jouer. Par exemple, en matière de mariage homosexuel, la divergence des législations au sein de l'Union tend à entraver la liberté de circulation des travailleurs, qui ne bénéficient pas des mêmes droits en fonction du pays de résidence.

En tout état de cause, notons que la **procédure requiert l'unanimité du Conseil** ; les Etats membres ont ainsi un pouvoir de veto en la matière.

Enfin, rappelons que les **principes de subsidiarité et de proportionnalité** président à l'adoption de telles mesures.

²⁸ Directive [2004/38/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres

3. La compétence de l'Union européenne en matière pénale

Base juridique : l'article 83 du TFUE (ex-article 31 du TUE)

1. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives conformément à la **procédure législative ordinaire**, peuvent établir des **règles minimales** relatives à la **définition des infractions pénales et des sanctions** dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière résultant du caractère ou des incidences de ces infractions ou d'un besoin particulier de les combattre sur des bases communes.

Ces **domaines de criminalité** sont les suivants : le terrorisme, la traite des êtres humains et **l'exploitation sexuelle des femmes** et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyens de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée.

En fonction des développements de la criminalité, le Conseil peut adopter une décision identifiant d'autres domaines de criminalité qui remplissent les critères visés au présent paragraphe. Il statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen.

2. Lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des États membres en matière pénale s'avère **indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation**, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné. Ces directives sont adoptées selon une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question, sans préjudice de l'article 76.

3. Lorsqu'un membre du Conseil estime qu'un projet de directive visée au paragraphe 1 ou 2 porterait atteinte aux aspects fondamentaux de son système de justice pénale, il peut demander que le Conseil européen soit saisi. Dans ce cas, la procédure législative ordinaire est suspendue. Après discussion, et en cas de consensus, le Conseil européen, dans un délai de quatre mois à compter de cette suspension, renvoie le projet au Conseil, ce qui met fin à la suspension de la procédure législative ordinaire.

Dans le même délai, en cas de désaccord, et si au moins neuf États membres souhaitent instaurer une coopération renforcée sur la base du projet de directive concerné, ils en informent le Parlement européen, le Conseil et la Commission.

Dans un tel cas, l'autorisation de procéder à une coopération renforcée, qui est visée à l'article 20, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne et à l'article 329, paragraphe 1, du présent traité est réputée accordée et les dispositions relatives à la coopération renforcée s'appliquent.

Le traité de Lisbonne, en ce qu'il communautarise certaines infractions, permet à l'Union européenne de poser des règles minimales par voie de directive en différents domaines de la matière pénale.

a) L'étendue de la compétence de l'Union européenne en matière pénale

L'Union n'a la possibilité d'harmoniser les législations pénales des Etats membres que lorsque l'infraction visée entre dans un des domaines de criminalité énumérés à l'article 83 § 1 du TFUE ou lorsqu'il s'agit d'une infraction garantissant l'efficacité d'une politique de l'Union (article 83 § 2 du TFUE). Il s'agira dans ce dernier cas d'une compétence d'harmonisation dite accessoire, qui n'est autre que la consécration de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ayant par exemple permis la création d'un certain nombre d'infractions en matière de droit de l'environnement²⁹.

Quelle que soit la base juridique utilisée (article 83 § 1 ou § 2 du TFUE), l'harmonisation réalisée est une **harmonisation minimale**, portant sur la **définition d'une infraction pénale et de sa sanction**. Cette définition se doit d'être claire et précise, au risque d'encourir l'annulation sur le terrain du principe de sécurité juridique. La sanction pénale édictée par le biais d'une directive européenne peut, quant à elle, prendre la forme aussi bien d'une mesure privative de liberté que d'une amende. Notons que, s'agissant d'une harmonisation minimale, **les Etats membres restent libres d'adopter une législation pénale plus sévère**, notamment en redéfinissant les contours de l'infraction de manière plus large ou encore en assortissant l'infraction d'une sanction pénale plus lourde (par exemple, en prévoyant une peine privative de liberté en lieu et place d'une peine d'amende ou en modifiant le quantum de la sanction).

b) Le rapprochement des législations pénales dans le cadre de la clause de l'européenne la plus favorisée

Le projet de la clause de l'européenne la plus favorisée vise à instaurer des réglementations pénales minimales communes en matière de prostitution et de violences faites aux femmes. Ces deux domaines ne seront pas traités de la même manière par l'Union européenne et la question de la compétence pénale doit être abordée en fonction du but recherché par l'association.

²⁹ CJCE, 13 septembre 2005, Commission C. Conseil, aff. C-176/03, Rec. I. 7879, concl. D. Ruiz-Jarabo Colomer ; et CJCE, 23 octobre 2007, Commission c/ Conseil, aff. C-440/05, Rec. I. 9097, concl. J. Masak qui reconnaissent une compétence au législateur communautaire pour édicter des sanctions pénales en matière de droit de l'environnement afin d'assurer l'efficacité des mesures prises en la matière et de lutter contre les atteintes graves à l'environnement.

L'interdiction de la prostitution et la pénalisation du client

A la lecture de l'article 83 § 1 du TFUE, on peut remarquer que parmi les domaines de criminalité pouvant faire l'objet de directives européennes figure « *la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants* ». C'est sous cet angle que l'Union européenne a pu aborder la question de la prostitution dans la directive 2011/36/UE du 5 avril 2011³⁰ afin de lutter contre les réseaux de proxénétisme. Il en résulte une incrimination concernant toute personne impliquée dans une telle organisation, qui encourt alors une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans selon les règles minimales fixées au niveau européen. L'objet de cette directive était de lutter contre les réseaux existants ainsi que de prévenir toute forme de traite d'êtres humains tout en protégeant les victimes de ces réseaux contre les poursuites pénales. Ainsi, les prostituées se trouvent elles expressément exclues du champ d'application de l'incrimination en question. Par ailleurs, les clients ne sont pas expressément mentionnés par la directive, les Etats membres restant alors libres de pénaliser ce comportement.

La question est ici de savoir si l'Union dispose de la compétence nécessaire pour inclure lesdits clients dans le champ d'application des infractions liées à la traite des êtres humains et à l'exploitation sexuelle des femmes. Une argumentation pourrait ainsi être développée sur l'influence qu'aurait la création d'une infraction spécifique au client sur la lutte contre l'exploitation sexuelle des femmes ; une modification de l'article 3 de la directive pourrait alors être proposée dans le sens d'une définition du client en tant que complice ou participant de cette exploitation.

Parallèlement, une modification de l'article 4 de la directive, définissant les sanctions, serait alors nécessaire.

³⁰ Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil ; cf annexe

Propositions de modification des articles 3 et 4 de la directive

Article 3

Incitation, participation et complicité, et tentative

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable le fait d'inciter à commettre l'une des infractions visées à l'article 2, d'y participer et de s'en rendre complice, ou de tenter de commettre cette infraction. **« Toute personne bénéficiant de la traite des êtres humains et de l'exploitation de ceux-ci en tant que client d'une activité de prostitution se rend complice de cette infraction/participe cette infraction. »**

Article 4

Sanctions

[...]

4. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions visées à l'article 3 soient passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent comporter la remise.

« 5. Les Etats prennent les mesures nécessaires pour que l'infraction spécifique de complicité/participation du client visée à l'article 3 soit passible d'une peine maximale d'au moins un an d'emprisonnement. »

Il faut cependant noter que cette question fait l'objet d'une controverse au sein des Etats membres, fondée notamment sur les conséquences de la pénalisation du client sur le comportement des prostituées. Le rapport « Risque, droit et santé »³¹ rendu en juillet 2012 par la Commission mondiale sur le VIH et le droit du programme des Nations Unies pour le développement indique en effet les conséquences négatives du modèle suédois quant aux risques de propagation du VIH. Aussi faut-il s'attendre à de nombreuses résistances de la part des Etats membres sur cette question.

La pénalisation au niveau européen des violences envers les femmes

Il s'agit ici de la question de la compétence européenne en matière pénale pour un domaine ne faisant pas partie de ceux listés à l'article 83 § 1 du TFUE. Face à cette absence de compétence dédiée, deux solutions peuvent être envisagées.

La première serait **l'identification des violences envers les femmes en tant que nouveau domaine de criminalité** en application de l'article 83 §1, alinéa 3 du TFUE. Cet

³¹ Ce rapport est disponible en ligne en français :

<http://www.hivlawcommission.org/resources/report/FinalReport-Risks,Rights&Health-FR.pdf>

objectif paraît cependant assez peu réaliste tant les conditions sont nombreuses. Il s'agirait en effet de démontrer d'une part, la particulière gravité de ce domaine de criminalité mais surtout, d'autre part, sa dimension transfrontière. Cette condition semble avoir été posée pour restreindre la compétence européenne et préserver la compétence pénale des Etats membres concernant les situations purement internes. Or, le contexte des violences domestiques ou sexuelles ne comporte pas forcément d'élément d'extranéité. De plus, la procédure permettant d'adopter une décision identifiant les violences envers les femmes comme un nouveau domaine de criminalité requiert l'unanimité des membres du Conseil ainsi que l'approbation du Parlement européen. Il s'agit donc d'une **procédure lourde**, devant ensuite être suivie de l'édition d'une directive définissant les infractions et les sanctions dans ce domaine de criminalité nouvellement identifié. **Cette solution apparaît ainsi peu satisfaisante.**

Une autre solution pourrait être recherchée sur le fondement de l'article 83 § 2 du TFUE, qui permet un **rapprochement des législations pénales** des Etats membres lorsque celui-ci permet d'**assurer l'efficacité d'une des politiques de l'Union** ayant déjà fait l'objet d'une harmonisation. Cet article sert de base juridique à la création, au niveau européen, d'infractions en matière, par exemple, d'environnement, d'immigration ou encore d'agriculture. Ainsi, cet article pourrait éventuellement servir de base au rapprochement des dispositions législatives et règlementaires des Etats en matière pénale concernant les violences envers les femmes ; un tel rapprochement se fonderait alors sur la nécessité d'**assurer l'efficacité de la politique d'égalité hommes-femmes** menée par l'Union européenne. Cette politique se fonde notamment sur l'article 2 du TFUE ainsi que l'article 8 du TFUE (ex-article 3 § 2 du traité CE)³².

S'il n'apparaît pas nécessaire que les infractions définies sur la base de l'article 83 § 2 du TFUE revêtent une dimension transfrontière, une autre condition vient cependant limiter l'utilisation de cet article. Il faut en effet **démontrer que le rapprochement des législations pénales** des Etats membres est **nécessaire voire indispensable pour assurer une mise en**

³² Les violences domestiques ont par ailleurs été directement visées par la déclaration 19 précisant l'article 8 du TFUE concernant la politique d'égalité hommes-femmes :

« 19. Déclaration ad article 8 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

La Conférence convient que, dans le cadre des efforts globaux de l'Union pour éliminer les inégalités entre les femmes et les hommes, celle-ci visera, dans ses différentes politiques, à lutter contre toutes les formes de violence domestique. Il convient que les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour prévenir et réprimer ces actes criminels ainsi que pour soutenir et protéger les victimes. »

œuvre efficace de la politique d'égalité hommes-femmes. La Cour constitutionnelle allemande interprète restrictivement cette stipulation du traité, considérant que l'adoption de normes pénales accessoires doit rester exceptionnelle et n'intervenir qu'en dernier recours afin d'assurer l'exécution d'une politique de l'Union³³. Dans le même sens, la nécessité d'une telle harmonisation pourrait être contrôlée par la Cour de justice de l'Union européenne.

Or, cette conception restrictive pourrait poser problème dans la mesure où l'harmonisation réalisée en matière d'égalité hommes-femmes concerne principalement des questions de droit social (égalité de salaire, accès à l'emploi, droits des salariées pendant la grossesse etc...) et la Cour pourrait alors considérer comme trop ténu le lien entre l'harmonisation déjà réalisée en matière de politique d'égalité hommes-femmes et l'harmonisation visée en matière pénale. Peut-être faudrait-il alors développer une argumentation sur le caractère transversal de cette politique de l'Union européenne. Cette difficulté concerne surtout les violences domestiques et sexuelles, la question du harcèlement au travail présentant un lien plus fort avec les politiques d'égalité déjà mises en œuvre en matière sociale.

c) L'exercice de la compétence européenne : la procédure d'adoption des directives et la procédure de frein à la disposition des Etats

Les directives adoptées sur le fondement de l'article 83 § 1 du TFUE suivent la procédure législative ordinaire de l'article 289 § 1 du TFUE, c'est-à-dire que leur adoption se fait conjointement par le Parlement européen et le Conseil (en l'espèce, le Conseil Justice et Affaires Intérieures), lesquels statuent à la majorité qualifiée et sur proposition de la Commission. La procédure est décrite en détail à l'article 294 du TFUE (ex-article 251 du traité CE). Cette procédure s'appliquera donc pour la question de la pénalisation du client en

³³ H. Satzger, « Quels principes pour une politique criminelle européenne après le traité de Lisbonne ? », *Revue internationale de droit pénal*, 2011, p. 137 ; qui cite cette décision de la Cour constitutionnelle allemande : BVerfGE 123, 267, 411 (aussi disponible en langue française sur le site internet http://www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208fr.html) : « pour que cette situation exceptionnelle soit remplie et que l'habilitation à adopter des normes pénales accessoires puisse être considérée transférée, l'existence réelle d'un grave déficit dans l'exécution de la politique concernée auquel il n'est possible de remédier que par la menace d'une sanction doit être établie. Ces conditions s'appliquent également en ce qui concerne l'existence, déjà supposée par les juridictions européennes, d'une compétence pénale accessoire. »

matière de prostitution.

Les directives adoptées sur le fondement de l'article 83 § 2 du TFUE suivent, quant à elle, « *une procédure législative ordinaire ou spéciale identique à celle utilisée pour l'adoption des mesures d'harmonisation en question* ». Ainsi, la procédure suivie dépend de la matière concernée.

En tout état de cause, les gouvernements des Etats membres dispose d'un mécanisme de frein issu du paragraphe 3 de l'article 83 du TFUE. Si l'un des membres du Conseil Justice et Affaires Intérieures estime qu'un aspect fondamental de son système de justice pénale est menacé par le projet de directive, il peut suspendre la procédure pendant quatre mois en saisissant le Conseil européen. Si les Etats arrivent à un consensus pendant cette période, la procédure reprend. Au contraire, à défaut de consensus à l'expiration de cette période, le projet de directive est abandonné. Notons cependant que si neuf Etats membres souhaitent persister dans le rapprochement de leurs réglementations pénales sur cette question, ils peuvent mettre en place une coopération renforcée, qui est alors réputée autorisée.

Notons enfin que les **principes de subsidiarité et de proportionnalité** doivent, en la matière, être respectés.

Comme on a pu le constater tout au long de cette étude ciblée sur les compétences sectorielles, celles-ci sont parfois insuffisantes pour porter le projet de la clause de l'européenne la plus favorisée. Aussi faut-il se pencher sur les compétences transversales de l'Union pour tenter palier cette insuffisance.

II. La possibilité d'exercice de compétences transversales ?

Nous étudierons dans le cadre de cette sous-partie deux mécanismes transversaux, à savoir une clause d'harmonisation transversale fondée sur le bon fonctionnement du marché intérieur et la clause de flexibilité.

1. La clause d'harmonisation en vue de la réalisation du marché intérieur

Base juridique : **articles 114 et 115 du TFUE** (respectivement, ex-articles 95 et 94 du traité CE)

Article 114

1. Sauf si les traités en dispose autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés aux articles 26 et 27. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés.

3. La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif.

4. Si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Parlement européen et le Conseil, par le Conseil ou par la Commission, un État membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien.

5. En outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Parlement européen et le Conseil, par le Conseil ou par la Commission, un État membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet État membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption.

6. Dans un délai de six mois après les notifications visées aux paragraphes 4 et 5, la Commission approuve ou rejette les dispositions nationales en cause après avoir vérifié si elles sont ou non un

moyen de discrimination arbitraire ou une restriction déguisée dans le commerce entre États membres et si elles constituent ou non une entrave au fonctionnement du marché intérieur.

En l'absence de décision de la Commission dans ce délai, les dispositions nationales visées aux paragraphes 4 et 5 sont réputées approuvées.

Lorsque cela est justifié par la complexité de la question et en l'absence de danger pour la santé humaine, la Commission peut notifier à l'État membre en question que la période visée dans le présent paragraphe peut être prorogée d'une nouvelle période pouvant aller jusqu'à six mois.

7. Lorsque, en application du paragraphe 6, un État membre est autorisé à maintenir ou à introduire des dispositions nationales dérogeant à une mesure d'harmonisation, la Commission examine immédiatement s'il est opportun de proposer une adaptation de cette mesure.

8. Lorsqu'un État membre soulève un problème particulier de santé publique dans un domaine qui a fait préalablement l'objet de mesures d'harmonisation, il en informe la Commission, qui examine immédiatement s'il y a lieu de proposer des mesures appropriées au Conseil.

9. Par dérogation à la procédure prévue aux articles 258 et 259, la Commission et tout État membre peuvent saisir directement la Cour de justice de l'Union européenne s'ils estiment qu'un autre État membre fait un usage abusif des pouvoirs prévus par le présent article.

10. Les mesures d'harmonisation visées ci-dessus comportent, dans les cas appropriés, une clause de sauvegarde autorisant les États membres à prendre, pour une ou plusieurs des raisons non économiques visées à l'article 36, des mesures provisoires soumises à une procédure de contrôle de l'Union.

Article 115

Sans préjudice de l'article 114, le Conseil, statuant conformément à une procédure législative spéciale, et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché intérieur.

Les articles 114 et 115 du TFUE sont deux dispositions ayant trait à l'établissement du marché intérieur, qui sont complémentaires dans leur champ d'application. En effet, l'article 114 § 2 du TFUE exclut de son champ d'application les « *dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés* » alors que l'article 115 du TFUE ne fait pas cette distinction.

L'article 114 du TFUE reste néanmoins la base juridique de droit commun en matière d'établissement du marché intérieur. Il s'agit d'une **méthode d'ajustement des compétences européennes** visant à rapprocher les législations des États membres ayant un impact sur le fonctionnement du marché intérieur ; on parle d'ajustement des compétences en ce que ce fondement va permettre un **dépassement des compétences** telles que celles-ci sont inscrites

dans les traités lorsqu'il existe « [des] disparités entre les réglementations nationales [...] de nature à entraver les libertés fondamentales ou à créer des distorsions de concurrence et à avoir une incidence directe sur le fonctionnement du marché intérieur³⁴ ». L'existence d'une telle disparité constitue la condition principale de mise en œuvre de l'article 114 du TFUE. On peut relever que **l'existence d'une simple disparité entre les législations des Etats membres est insuffisante** ; il faut que cette disparité emporte des conséquences d'une certaine gravité, à savoir soit³⁵ une **entrave aux libertés de circulation** soit un **risque de distorsion de concurrence**.

L'entrave aux libertés de circulation peut être aussi bien une entrave constatée qu'un risque d'entrave. Afin **d'établir l'existence d'une entrave aux libertés de circulation**, il faut tout d'abord relever l'impact négatif que peut avoir la divergence des réglementations des Etats sur le fonctionnement du marché intérieur en conduisant une étude sur les marchés concernés par ces réglementations. Lorsque l'entrave n'est pas avérée mais qu'il s'agit d'un **risque d'entrave future**, la démonstration portera alors sur la vraisemblance de survenance du risque. Dans ce dernier cas, l'utilisation de l'article 114 du TFUE se fera de manière préventive.

Si les conditions de recours à l'article 114 du TFUE sont réunies, les mesures prises dans ce cadre seront alors arrêtées selon la **procédure législative ordinaire**. Une consultation préalable du Comité économique et social est nécessaire, mais il s'agit seulement d'une consultation et ne confère pas au Comité un pouvoir de blocage.

Lorsque l'article 115 du TFUE est utilisé, la procédure applicable est alors une **procédure législative spéciale** avec une simple consultation du Parlement et du Comité économique et social.

En tout état de cause, les **principes de proportionnalité et de subsidiarité** doivent être respectés.

³⁴ CJCE, 5 oct. 2000, aff. C-376/98, Allemagne c/ Parlement et Cons., points 84 et 95 : Rec. CJCE 2000, I, p. 8419. – CJCE, 10 déc. 2002, aff. C-491/01, British American Tobacco (Investments) et Imperial Tobacco, point 60 : Rec. CJCE 2002, I, p. 11453.

³⁵ La Cour a en effet estimé que les deux conditions d'entrave aux libertés de circulation et de distorsion de concurrence étaient alternatives et non cumulatives : CJCE, 12 déc. 2006, aff. C-380/03, Allemagne c/ Parlement européen et Cons.

2. La clause de flexibilité

Base juridique : article 352 du TFUE (ex-article 308 du traité CE) :

1. Si une action de l'Union paraît **nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités**, sans que ceux-ci n'aient prévus les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'**unanimité** sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées. Lorsque les dispositions en question sont adoptées par le Conseil conformément à une procédure législative spéciale, il statue également à l'unanimité, sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen.

2. La Commission, dans le cadre de la procédure de contrôle du principe de subsidiarité visée à l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne, attire l'attention des parlements nationaux sur les propositions fondées sur le présent article.

3. Les mesures fondées sur le présent article ne peuvent pas comporter d'harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres dans les cas où les traités excluent une telle harmonisation.

4. Le présent article ne peut servir de fondement pour atteindre un objectif relevant de la politique étrangère et de sécurité commune et respecte les limites fixées par l'article 40, second alinéa, du traité sur l'Union européenne.

La clause de flexibilité est un fondement juridique supplétif servant au développement des politiques de l'Union en l'absence de base juridique spécifique. Afin de comprendre son fonctionnement et son utilisation par les États membres, deux exemples peuvent être cités.

Notre premier exemple concerne la matière sociale. L'ancien article 3 c) du traité CE faisait de la réalisation d'un marché intérieur caractérisé par « *l'abolition, entre les États membres, des obstacles à la liberté de circulation [...] des personnes* » une action de la Communauté européenne. Cependant, la compétence européenne était ainsi faite qu'en matière de sécurité sociale, seule la liberté de circulation des travailleurs salariés pouvait être réalisée. En effet, l'ancien article 42 du traité CE ne réalisait une coordination des régimes de sécurité sociale qu'au bénéfice des travailleurs salariés. Aussi, afin d'assurer l'effectivité de la liberté de circulation des travailleurs, l'ancien article 308 du traité CE a permis l'extension de cette coordination aux travailleurs non salariés³⁶. Il s'agissait bien là de suppléer l'absence de pouvoir en vue d'atteindre un objectif communautaire.

³⁶ Cf CJCE, 4 nov. 1997, Snares, aff. C-20/96, Rec. I. 6057

Un autre exemple peut être trouvé dans le droit de l'environnement³⁷. Il s'agit dans ce cas d'une utilisation extensive de l'ancien article 235 de traité CE (devenu article 308 du traité CE puis article 352 du TFUE). Les directives en matière d'environnement se fondaient alors sur l'ancien article 2 du traité CE qui énonçait un objectif de « développement harmonieux et équilibré des activités économiques dans l'ensemble de la communauté » et de « relèvement du niveau de la qualité de vie ». Certaines directives ont interprété de façon très extensive cet objectif, le redéfinissant comme visant à l'amélioration des conditions de vie et, sous prétexte d'une harmonisation des règles touchant au marché commun, ont permis de poser des règles dont l'objet premier était la protection de l'environnement³⁸.

L'article 352 du TFUE ne doit cependant pas être interprété comme le moyen d'étendre les compétences de l'Union au point que celle-ci s'arroge la compétence de ses compétences. D'ailleurs, **on ne peut pas le désigner comme une procédure d'extension des compétences** ; la déclaration n° 42 du traité de Lisbonne indique, en reprenant une jurisprudence de la Cour de justice³⁹, que l'article 352 du TFUE ne constitue pas une procédure détournée d'amendement ou de révision des traités et, en cela « *ne saurait constituer un fondement pour élargir le domaine des compétences de l'Union au-delà du cadre général résultant de l'ensemble des dispositions des traités* ». La mise en œuvre de l'article 352 du TFUE est en réalité très encadrée, tant par des conditions venant limiter son champ d'application que par une procédure législative lourde.

a) Conditions de mise en œuvre et champ d'application de l'article 352 du TFUE

L'article 352 du TFUE ne peut être utilisé que si trois conditions sont réunies.

D'une part, il faut que cette mise en œuvre **vise à atteindre un des objectifs fixés par les traités** . Ainsi, faut-il toujours veiller à identifier l'objectif visé et à indiquer en quoi la mesure considérée permet de le réaliser. Cependant, tous les objectifs fixés par les traités ne sont pas concernés. La déclaration n°41 du traité de Lisbonne indique que seuls les objectifs

³⁷ V. Michel, *Recherches sur les compétences de la communauté*, L'Harmattan, collection logiques sociales, 2003

³⁸ Voir par exemple la directive « oiseaux sauvages » 79/409 du Conseil du 2 avril 1979

³⁹ CJCE, 28 mars 1996, avis n° 2/94

fixés à l'article 3, paragraphes 2, 3 et 5 du traité sur l'Union européenne peuvent permettre de fonder le recours à l'article 352 du TFUE. L'article 3 § 5 du traité sur l'UE concernant les relations extérieures de l'Union, seuls les paragraphes 2 et 3 peuvent être intéressants dans le cadre du projet de la clause de l'européenne la plus favorisée.

Les objectifs visés par l'article 352 du TFUE sont donc les suivants :

Article 3

2. L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures, au sein duquel est assurée la **libre circulation des personnes**, en liaison avec des mesures appropriées en matière de contrôle des frontières extérieures, d'asile, d'immigration ainsi que de prévention de la criminalité et de lutte contre ce phénomène.

3. L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique. Elle **combat l'exclusion sociale et les discriminations**, et promeut la justice et la protection sociales, **l'égalité entre les femmes et les hommes**, la solidarité entre les générations et la protection des droits de l'enfant. Elle promeut la cohésion économique, sociale et territoriale, et la solidarité entre les États membres.

Elle respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen.

D'autre part, **l'action considérée doit s'inscrire dans une des politiques définies par les traités** ; cette condition est assez large et on dépasse ici le cadre de la réalisation du marché intérieur. Il faut ici noter que l'article 352 du TFUE pose deux exceptions : d'une part, la politique extérieure et de sécurité commune (article 352-4 du TFUE) mais aussi, d'autre part, les domaines exclus de l'harmonisation européenne, à savoir les politiques économiques et de l'emploi, pour lesquelles l'Union européenne ne dispose que d'une compétence de soutien (article 3-3 du TFUE).

Enfin, une condition négative a été posée afin de restreindre l'utilisation de l'article 352 du TFUE : **l'absence du pouvoir d'action nécessaire à la mise en œuvre de l'harmonisation considérée**. La question peut se poser de savoir si la simple insuffisance des pouvoirs de l'Union suffit à remplir cette condition. La Cour de justice de l'Union européenne n'a pas une jurisprudence fixe sur ce point⁴⁰. En réalité, quand une autre base juridique

⁴⁰ Elle a accepté parfois l'insuffisance : « l'article 235 CE [devenu art. 352 TFUE] permet à la Communauté de remédier aux insuffisances des pouvoirs qui lui sont conférés, explicitement ou implicitement » :avis de la Cour

pourrait permettre de fonder l'action de l'Union, il convient de regarder la façon dont celle-ci est interprétée ; plus cette base juridique est interprétée restrictivement, plus le recours à l'article 352 du TFUE sera facilité.

b) Limites procédurales à la mise en œuvre de l'article 352 du TFUE

Si les trois conditions nécessaires à la mise en œuvre de l'article 352 du TFUE sont réunies, les dispositions ne sont pour autant pas encore adoptées. La procédure d'adoption de mesures fondées sur cet article est une procédure lourde et peu pratique. Elle résulte de la crainte des Etats membres d'une extension trop importante des compétences de l'Union européenne.

Ainsi, on constate l'existence de vétos à deux niveaux : d'une part, la proposition de la Commission doit être **approuvée** par le Parlement ; il a donc bien une capacité de résistance importante et peut faire échec à la mise en œuvre de la clause de flexibilité. D'autre part, le **vote du Conseil se fait à l'unanimité** ; ainsi, les gouvernements des Etats membres disposent, *de facto*, d'un pouvoir de blocage. Aussi les questions qui font l'objet de controverses entre les Etats membres pourront difficilement être portées par la mise en œuvre de la clause de flexibilité.

Notons enfin que l'utilisation de l'article 352 du TFUE est aussi subordonnée au **respect du principe de subsidiarité**.

Ces mécanismes permettent de donner des pistes de solution quant au problème de l'insuffisance voire de l'absence de compétence sectorielle dédiée. Ils ne sont cependant pas suffisants en eux-mêmes et une dernière étude peut être menée, fondée cette fois-ci sur l'appréhension des droits fondamentaux par l'Union européenne.

n° 2/92, 24 mars 1995, Rec. I. 521 ; mais a parfois requis une absence totale de pouvoir : CJCE, 26 mars 1987, Commission c/ Conseil, aff. 45/86, Rec. 1493. - CJCE, 7 juill. 1992, Parlement c/ Conseil, aff. C-295/90, Rec. I. 4193

§3. - L'union européenne et les droits fondamentaux

Article 6 du traité UE

1. L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007, à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités.

Les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités.

Les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte sont interprétés conformément aux dispositions générales du titre VII de la Charte régissant l'interprétation et l'application de celle-ci et en prenant dûment en considération les explications visées dans la Charte, qui indiquent les sources de ces dispositions.

2. L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Cette adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans les traités.

3. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union en tant que principes généraux.

I. La charte des droits fondamentaux

La charte des droits fondamentaux est un document élaboré en juin 1999 par le Conseil européen de Cologne et proclamé le 7 décembre 2000, visant à rassembler dans un seul texte les droits civils, politiques, économiques et sociaux dispersés dans les sources nationales et supranationales et la jurisprudence.

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la charte des droits fondamentaux n'est plus qu'une simple déclaration ; en effet, selon l'article 6 § 1 du traité sur l'Union européenne, il s'agit d'un texte ayant une valeur juridique égale à celle des traités et qui doit donc être interprété comme tel.

Notons cependant que les conséquences d'un tel changement sont limitées. L'article 6 § 1, alinéa 2 du TUE indique bien que la Charte ne peut en aucun cas servir de base juridique à une extension des compétences de l'Union. Certes, les Etats doivent respecter les « *droits, libertés et principes* » contenus dans la charte lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union mais l'efficacité de la protection des droits fondamentaux sur le fondement de la charte fait

encore l'objet d'interrogations.

La question se pose alors **si la charte pourrait servir à porter le projet de la clause de l'européenne la plus favorisée**, par exemple en modifiant son contenu afin d'y intégrer la clause sous forme de référence fondamentale. Cela permettrait de garantir son respect par les Etats membres et de contester devant le juge européen toute législation qui ne se conformerait pas aux principes énoncés par la clause.

Si cette méthode est attirante d'un point de vue théorique, **sa mise en œuvre pratique est très complexe**. En effet, cela reviendrait à réviser le contenu de la charte, intégrée aujourd'hui au traité. Il s'agirait donc indirectement d'une **révision du traité** sur l'Union européenne. La procédure applicable serait alors la procédure de révision ordinaire des traités, décrite en détail à l'article 48 du TUE. Relevons simplement qu'il s'agit d'une procédure lourde, souvent longue et qui nécessite que soit formée une Convention, « *composée des représentants des Parlements nationaux, des gouvernements des Etats membres, du Parlement européen et de la Commission* » qui est chargée d'examiner le projet de révision et d'adopter par consensus une recommandation.

Enfin, on peut souligner qu'existe une possibilité pour les Etats membres de négocier une dérogation afin de ne pas se voir appliquer certaines prescriptions. Ainsi, la charte n'a pas de caractère juridique contraignant à l'encontre du Royaume-Uni ou de la Pologne. Cela minimise l'intérêt de l'utilisation de cet instrument dans le cadre de la clause de l'européenne la plus favorisée, notamment concernant les questions liées à l'avortement.

II. La jurisprudence de la Cour de justice

L'article 6 § 3 du TUE fait référence au **procédé d'intégration des droits fondamentaux dans le droit de l'Union par la Cour de justice** selon la méthode définie par l'arrêt Stauder⁴¹. Celle-ci analyse les droits fondamentaux comme des principes généraux du droit, ce qui lui permet d'exercer son contrôle. La Cour de justice dispose en la matière d'une grande liberté : d'une part, elle choisit les droits qu'elle souhaite intégrer au bloc de légalité en les érigeant au rang de principes généraux ; d'autre part, elle peut venir imposer des

⁴¹CJCE, 12 nov. 1969, Stauder c/ Ulm, aff. 29/69, Rec. 419

limitations à ces droits, limitations devant toutefois être « *justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté*⁴² ».

Cette méthode est intéressante dans la mesure où elle va permettre d'intégrer une règle dans un ordre juridique qui lui est étranger : il s'agit d'un **transfert de la règle en question d'un ordre juridique à un autre**. Plus encore, elle permet de prendre en considération les règles de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais cette technique d'intégration paraît surtout intéressante en ce qu'elle permet de **tenir compte de la volonté des Etats membres de maintenir un niveau élevé de protection des droits fondamentaux**. En effet, la Cour de justice peut décider d'intégrer certains droits en se basant sur « *les traditions constitutionnelles communes* » des Etats membres.

Par conséquent, les **actions engagées au niveau national**, même si elles sont plus longues, ne sont pas forcément vaines : en agissant par la voie des questions prioritaires de constitutionnalité par exemple, la jurisprudence constitutionnelle d'un Etat peut être infléchie. A long terme, et à condition que le même courant jurisprudentiel existe dans les autres Etats membres, cela peut aboutir à l'intégration d'un nouveau droit fondamental au sein du bloc de légalité contrôlé par la Cour de justice.

III. La clause comme objectif de l'Union européenne

Quitte à engager une révision des traités, dont la procédure est détaillée à l'article 48 du TUE, on peut alors imaginer d'intégrer la clause de l'européenne la plus favorisée sous la forme d'un objectif de l'Union.

Un tel objectif pourrait par exemple être rédigé de la manière suivante : « *Pour les questions touchant aux droits des femmes, l'objectif de l'Union européenne est de faire bénéficier les femmes de la législation nationale la plus favorable* ».

⁴² CJCE, 14 mai 1974, Nold, aff. 4/73, Rec. 491

Ce type de formulation n'aurait pas pour effet de modifier les compétences de l'Union ni de donner de droit subjectif aux femmes ; il ne serait pas pour autant dépourvu de conséquences. En effet, un tel objectif pourrait servir de justification à une législation européenne dans les matières ressortissant de la compétence de l'Union.

Cependant, la lourdeur de la procédure et la nécessité d'un consensus des Etats membres forment une limite importante à la rédaction de la clause sous une telle forme.

Annexes

Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil.

Article premier

Objet

La présente directive établit des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine de la traite des êtres humains. Elle introduit également des dispositions communes, en tenant compte des questions d'égalité entre hommes et femmes, afin de renforcer la prévention de cette infraction et la protection des victimes.

Article 2

Infractions liées à la traite des êtres humains

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soient punissables les actes intentionnels suivants:

Le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, y compris l'échange ou le transfert du contrôle exercé sur ces personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre, à des fins d'exploitation.

2. Une situation de vulnérabilité signifie que la personne concernée n'a pas d'autre choix véritable ou acceptable que de se soumettre à cet abus.

3. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, y compris la mendicité, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude, l'exploitation d'activités criminelles, ou le prélèvement d'organes.

4. Le consentement d'une victime de la traite des êtres humains à l'exploitation, envisagée ou effective, est indifférent lorsque l'un des moyens visés au paragraphe 1 a été utilisé.

5. Lorsque les actes visés au paragraphe 1 concernent un enfant, ils relèvent de la traite des êtres humains et, à ce titre, sont punissables, même si aucun des moyens visés au paragraphe 1 n'a été utilisé.

6. Aux fins de la présente directive, on entend par «enfant», toute personne âgée de moins de 18 ans.

Article 3

Incitation, participation et complicité, et tentative

Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que soit punissable le fait d'inciter à commettre l'une des infractions visées à l'article 2, d'y participer et de s'en rendre complice, ou de tenter de commettre cette infraction.

Article 4

Sanctions

1. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'une infraction visée à l'article 2 soit passible d'une peine maximale d'au moins cinq ans d'emprisonnement.

2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour qu'une infraction visée à l'article 2 soit passible d'une peine maximale d'au moins dix ans d'emprisonnement, lorsque l'infraction:

a) a été commise à l'encontre d'une victime qui était particulièrement vulnérable, ce qui, dans le contexte de la présente directive, inclut au moins les enfants victimes;

b) a été commise dans le cadre d'une organisation criminelle au sens de la décision-cadre 2008/841/JAI du Conseil du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée (1);

c) a délibérément ou par négligence grave mis la vie de la victime en danger; ou

d) a été commise par recours à des violences graves ou a causé un préjudice particulièrement grave à la victime.

3. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que, dans le cas d'une infraction visée à l'article 2 commise par un agent de la fonction publique dans l'exercice de ses fonctions, cette circonstance soit considérée comme une circonstance aggravante.

4. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les infractions visées à l'article 3 soient passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives, qui peuvent comporter la remise.

Article 8

Absence de poursuites ou non-application de sanctions à l'encontre des victimes

Les États membres prennent, dans le respect des principes fondamentaux de leur système juridique, les mesures nécessaires pour veiller à ce que les autorités nationales compétentes aient le pouvoir de ne pas poursuivre les victimes de la traite des êtres humains et de ne pas leur infliger de sanctions pour avoir pris part à des activités criminelles auxquelles elles ont été contraintes en conséquence directe du fait d'avoir fait l'objet de l'un des actes visés à l'article 2.

Table des matières

Première Partie - Typologie des clauses de faveur	3
§1. - Convention de l'OIT – standard minimum.....	5
I. Les standards minimums dans les conventions internationales de l'OIT.....	5
II. Les mécanismes de contrôle des conventions de l'OIT	6
III. L'intérêt de ce système de contrôle pour la rédaction de la clause de l'européenne la plus favorisée	8
§2. - Principe de faveur et l'ordre public social en droit du travail français	9
I. Ordre public social et principe de faveur	10
II. Application concrète de la règle d'ordre public social et du principe de faveur	11
III. L'intérêt du principe de faveur pour la rédaction de la clause de l'européenne la plus favorisée	13
§3. - Protection nationale renforcée et le droit social de l'Union européenne	17
I. Définition et fonctionnement du mécanisme de la protection nationale renforcée	18
II. Un mécanisme de dérogation soulevant la faiblesse de ce principe de faveur	19
III. L'intérêt de la protection nationale renforcée pour la rédaction de la clause de l'européenne la plus favorisée	21
§ 4. - Clause de la Nation la plus favorisée	22
I. Définition et emploi de la clause de la nation la plus favorisée	22
II. Mécanismes d'application de la clause de la nation la plus favorisée	23
III. Utilité dans le cadre de l'européenne la plus favorisée.....	25
§5.- Clause du client le plus favorisé	27
I. Définition de la clause du client le plus favorisé	27
II. Mécanismes d'application.....	28
III. Utilité dans le cadre de l'européenne la plus favorisée	29
Seconde partie - Les compétences de l'Union européenne.....	30
§1. - La délimitation des compétences de l'Union européenne	31
I. Les compétences exclusives.....	32
II. Les compétences partagées.....	32
III. Les compétences d'appui.....	33
§2. - L'exercice des compétences en fonction des domaines.....	36
I. L'exercice des compétences sectorielles au service de la clause	36
II. La possibilité d'exercice de compétences transversales ?	47
§3. - L'union européenne et les droits fondamentaux.....	54
I. La charte des droits fondamentaux.....	54
II. La jurisprudence de la Cour de justice	55
III. La clause comme objectif de l'Union européenne	56