

Les clauses de non-régression en droit communautaire du travail

par *Christophe Vigneau*, Maître de conférences à l'université de Paris I Panthéon Sorbonne, Institut des Sciences Sociales du Travail

PLAN

- I. Leur sens
- II. Leur portée

1. Au cours des années 1980 sont apparues dans certains textes de droit communautaire du travail des clauses dites de «non-régression» (1). Ce type de clause apparaît semble-t-il pour la première fois dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux signée en 1989 (2). On trouve aussi une expression plus récente de cette règle de non-régression dans l'article 53 de la Charte communautaire des droits fondamentaux figurant sous l'article II-113 du projet de constitution européenne (3). Cet article peut être en effet interprété comme excluant l'usage régressif de la Charte au niveau national. Mais c'est surtout dans les directives de droit social que l'on rencontre ce type de disposition, figurant généralement parmi les dispositions finales (4). Inscrites dans des instruments contraignants, les clauses de non-régression s'imposent aux Etats membres à l'occasion du processus de transposition. On pourrait toutefois douter de cet effet normatif à l'égard des Etats membres lorsque ces clauses figurent dans les considérations générales de l'instrument communautaire (5). Observons qu'on la retrouve parfois dans les considérations générales ainsi que dans le corps de certains textes. Ainsi en est-il dans l'accord-cadre sur le travail à temps partiel mis en œuvre par la directive 97/81 (6). La formulation est d'ailleurs constante ce qui incite à conclure à l'absence d'incidence du placement de la clause sur son effet juridique.

2. Un des premiers textes de droit dérivé à comporter une clause de non-régression fut la directive 93/104 du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'organisation du temps de travail. Logée à l'article 18 §3, elle est formulée de la façon de la suivante : «*sans préjudice du droit des Etats membres de développer, eu égard à l'évolution de la situation, des dispositions législatives, réglementaires et contractuelles différentes dans le domaine du temps de travail, pour autant que les exigences minimales prévues dans la présente directive soient respectées, la mise en œuvre de la présente directive ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs*» (7). Cette formulation apparaît dans d'autres directives avec quelques nuances. Ainsi, la directive 97/80 sur la charge de la preuve en cas de discriminations fondées sur le sexe établit que «*la mise*

(1) Sur cette question, N. Moizard, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, T.1, pp.138 et s.

(2) *Ibid.* Le dernier considérant du préambule de la Charte prévoit que « la proclamation solennelle des droits sociaux fondamentaux au niveau de la Communauté européenne ne peut justifier, lors de sa mise en œuvre, de régression par rapport à la situation actuellement existante dans chaque Etat membre » ; la charte est reproduite au Dr. Ouv. 1990 p. 131.

(3) Selon cet article, « aucune disposition de la présente charte ne doit être interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnus, dans leur champ d'application respectif, par le droit de l'Union, le droit international et les conventions internationales auxquelles sont parties l'Union, la Communauté ou tous les Etats membres, et notamment la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les constitutions des Etats membres ».

(4) Voir, par exemple : art. 1.3 de la directive 92/85 du 19 octobre 1992 relative à la sécurité et la santé des travailleuses enceintes ; art. 18.3 de la directive 93/104 relative à certains aspects de l'aménagement du temps de travail ; art. 6 de la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (reproduite au Dr. Ouv. 1998 p. 313) ; art. 16 de la directive 94/33 relative à la protection des jeunes au travail ; clause 4.2 de l'accord-cadre sur le congé parental mis en œuvre par la directive 96/34 du 3 juin 1996 ; clause 6.2 de l'accord-cadre sur le travail à temps partiel mis en œuvre par la directive 87/81 du 15 décembre 1997.

(5) Tel est le cas dans la directive 89/391 du 12/06/1989 visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, (JOCE, L. 289, 29/06/1989).

(6) JOCE, L. 14, 20/01/1998.

(7) Cette disposition se retrouve sous l'article 23 de la directive 2003/88 abrogeant la directive de 1993.

en œuvre des dispositions de la présente directive ne constitue en aucun cas un motif suffisant pour justifier une réduction du niveau général de protection des travailleurs dans les domaines couverts par celle-ci... ». Ces variations terminologiques n'emportent pas cependant de différences quant au sens de ces clauses (I). Reste la question de leur portée qui a été récemment précisée par un arrêt très remarqué (8) de la Cour de justice des Communautés européennes (II).

I. Leur sens

3. La transposition d'une directive communautaire ne saurait justifier de la part d'un Etat membre l'abaissement du niveau de protection assuré par la législation nationale. Tel est le sens généralement attribué aux clauses de non-régression qui régissent la transcription d'un instrument communautaire en droit national. Elles ne visent pas l'articulation de deux instruments communautaires. Aussi ne peuvent-elles pas empêcher l'Union européenne d'adopter, sur le même sujet, un acte moins protecteur que le précédent. Cette question se pose aujourd'hui avec une grande acuité dans le cadre de la révision de la directive sur le temps de travail. Et même si l'on peut songer à d'autres fondements, comme l'objectif d'amélioration des conditions de vie et de travail énoncé à l'article 136 du traité CE, les clauses de non-régression, telles que formulées jusqu'à présent, ne concernent que le processus de transposition d'un acte communautaire en droit national. Pour reprendre une formule utilisée en général dans un sens différent pour traiter de l'effet des actes communautaires (9), les clauses de non-régression ne possèdent qu'un effet vertical et non horizontal en cela qu'elles ne visent que les droits nationaux et non le droit communautaire.

D'autres types de clauses ont aussi pour objet d'ordonner les rapports entre le droit de l'Union et le droit national. On pense en premier lieu aux clauses de «faveur» autorisant un Etat membre à maintenir ou à établir en droit national des dispositions plus favorables aux travailleurs que les textes communautaires. Il s'agit ici d'une règle générale du droit social de l'Union énoncée à l'article 137.5 du traité CE et par conséquent applicable à toutes les normes de droit social communautaire dans leur rapport avec les législations nationales. Elle fait ainsi du droit social communautaire un socle de normes auxquelles seules des dérogations *in melius* sont admises au niveau national. Ces clauses, que l'on rencontre aussi dans des textes de droit

dérivé et qui s'apparentent aux règles de faveur existant dans certains droits nationaux, orientent la production normative nationale vers le renforcement des standards européens au profit des travailleurs. Elles imposent à l'Etat membre un niveau de protection minimal. Les clauses de non-régression ne fixent pas un tel degré de protection mais interdisent de modifier *in peius* les standards nationaux à l'occasion de l'acte de transposition. Elles n'interviennent que pour régler un rapport entre dispositifs nationaux.

La clause de non-régression doit en second lieu être distinguée d'autres clauses que le langage des juristes nomme « clauses de standstill » (clause de consolidation) et « clause de roll-back » (clauses d'élimination). Ces clauses, inconnues du droit social communautaire, ont été fréquemment utilisées dans le cadre de la réalisation du marché unique. Les premières figent les législations nationales à la date d'entrée en vigueur de l'instrument communautaire (10). Les secondes imposent en revanche de supprimer l'ensemble des restrictions posées par le droit national (11). Les clauses de *standstill* et de *roll-back* se différencient toutefois des clauses de faveur qui gouvernent la production de normes nationales à partir d'un standard communautaire. Or tel n'est pas le cas des clauses de *standstill* et de *roll-back* qui agissent dans un rapport inter-normatif purement national. Leur respect s'apprécie en comparant deux normes nationales successives. En définitive, les objectifs de ces clauses diffèrent. Alors que les clauses de non-régression, de *standstill* et de *roll-back* visent à dicter l'évolution du droit national à partir de son état au moment de la transposition, la clause de faveur organise cette évolution à partir d'une norme européenne minimale substantielle.

4. On peut enfin s'interroger sur la compatibilité des clauses de non-régression avec d'autres types de clause comme celle qui figurait dans la proposition de directive

(8) CJCE, 22/11/2005, Aff. C-144/04, Werner Mangold c/Rüdiger Helm ; Dr. Ouv. 2006 p. 362 n. M. Bonnechère ; *Revue Europe*, 2006, n° 1, p. 20, obs. L. Idot ; *Liaisons soc. Europe*, 2006, n°141, obs. J.Ph. Lhernould ; *JCP*, éd. G., II, 10107, note O. Dubos ; *RDT*, 2006, n° 1, p. 3, obs. M. Schmitt ; *RDT*, 2006, n° 2, p. 133, obs. S.Robin ; *RJS*, 4/06, p. 257, note H. Tissandier ; *D*, 2006, n° 8, note O. Leclerc.

(9) L'effet vertical explique le fait qu'un instrument communautaire crée des obligations à l'égard des Etats alors que l'effet horizontal envisage son effet entre particuliers.

(10) Dans sa version initiale, l'article 31 du Traité CE fournissait l'exemple le plus clair d'une « clause de standstill ». Il disposait que « les Etats s'abstiennent d'introduire entre eux de nouvelles restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent ».

(11) L'article 56 du traité CE relatif à la circulation des capitaux est parfois analysé comme contenant une clause de d'élimination (J.C.I. Europe). Il prévoit que « dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les pays tiers sont interdites ».

sur le travail temporaire (12). Rejetée par le Conseil, cette directive contenait un article 4 aux termes duquel les Etats membres devaient réexaminer « *périodiquement, au minimum tous les cinq ans, les restrictions ou interdictions au recours au travail intérimaire concernant certaines catégories de travailleurs ou certaines branches d'activité économique afin de vérifier si les conditions particulières qui les sous-tendent demeurent valables. Dans la négative, les États membres doivent les supprimer* ». Or, le texte contenait aussi dans ses dispositions finales une

clause de non-régression. La cohabitation de ces deux clauses ne manque pas de susciter la perplexité. Ici en effet, le texte organise le recul de la législation nationale tout en continuant à prévoir que la transposition ne peut pas être un motif suffisant d'abaissement du niveau de protection des travailleurs. Il y a bien ici possibilité aux Etats membres de faire un usage régressif de la transposition de l'instrument communautaire. De ce constat on peut aussi induire l'effet limité des clauses de non-régression. Mais c'est déjà aborder le problème de leur portée.

II. Leur portée

5. Affirmer que les clauses de non régression interdisent aux Etats membres d'abaisser à l'occasion de la transposition d'un instrument communautaire le niveau de protection atteint en droit national ne suffit pas pour en déterminer la portée. Encore faut-il préciser la mesure de cette interdiction. A cet égard, l'arrêt *Mangold* de la Cour de justice des Communautés européennes rendu le 22 novembre 2005 est venu apporter des indications importantes. Tout d'abord, la portée de la clause de non-régression va au-delà de l'acte formel de transposition. En outre, ces clauses n'emportent pas *statu quo* des législations nationales.

6. Les clauses de non-régression concernent la transposition d'instruments communautaires en droit national. Il est alors essentiel de déterminer si le concept de transposition s'entend dans un sens formel ou matériel. En d'autres termes, doit-on limiter la portée de la clause à l'acte transposant le texte communautaire et présenté comme tel ? Et si tel n'est pas le cas, doit-on étendre cette portée à tous les actes de droit national concernant le texte communautaire, quel que soit leur objet et sans considération du moment de leur édicition ? La réponse commande de clarifier les concepts de transposition et de mise en œuvre du droit communautaire. A cet égard, l'arrêt *Mangold* fournit des éléments de réponse. On sait que cet arrêt fait suite à une question préjudicielle posée par l'*Arbeitsgericht* de Munich à propos du régime dérogatoire établi par le droit allemand pour les contrats à durée déterminée conclus avec des salariés dépassant un certain âge. Une loi de 2000, portant par ailleurs transposition de la directive 99/70 sur le travail à durée déterminée, avait en effet exclu l'exigence d'une raison objective pour l'embauche de travailleurs âgés de plus de 58 ans. Une loi du 23 décembre 2002 avait ensuite abaissé ce seuil jusqu'en 2006 à 52 ans.

Le tribunal du travail allemand ne demandait pas seulement aux juges de Luxembourg de se prononcer sur la compatibilité de la loi nationale de transposition adoptée en 2000 avec la clause de non-régression contenue dans

l'accord-cadre européen. La question était aussi étendue à la loi de 2002 modifiant la loi de transposition. Aussi fallait-il décider si la clause de non-régression s'appliquait à cet acte ultérieur. A cette question, la Cour de Luxembourg apporte une réponse positive. Elle considère que l'instrument formellement présenté comme le texte de transposition ne clôt pas le processus de mise en œuvre de l'acte communautaire. Les juges considèrent que l'expression de « mise en œuvre » « *ne saurait viser la seule transposition initiale de la directive 1999/70 et, notamment, de son annexe contenant l'accord-cadre, mais doit couvrir toute mesure nationale visant à garantir que l'objectif poursuivi par celle-ci puisse être atteint* » (point 51). La Cour précise que cette notion inclut les mesures qui « *postérieurement à la transposition proprement dite, complètent ou modifient les règles nationales déjà adoptées* » (point 51). Elle adopte ainsi une conception extensive de la notion de mise en œuvre d'un acte communautaire qui comprend toutes les mesures destinées à atteindre les objectifs fixés par la directive, qu'il s'agisse de l'instrument initial de mise en œuvre ou des textes ultérieurs qui s'y rapporte. Il ressort du raisonnement développé par la Cour une distinction entre « transposition » et « mise en œuvre ». D'un contenu plus large que le concept de « transposition », celui de « mise en œuvre » englobe l'ensemble des mesures nationales contribuant à la réalisation d'un objectif défini au niveau communautaire. La portée de la clause de non-régression va donc au-delà de l'acte de transposition adopté au niveau national.

7. L'arrêt *Mangold* n'a pas simplement apporté des éclaircissements sur les actes nationaux soumis à la clause de non-régression. Il précise aussi la portée de cette clause sur le contenu des droits nationaux. La Cour de justice devait décider si la loi allemande de 2000, transposant la directive 1999/70, avait contrevenu à la clause de non-régression en réduisant de 60 à 58 ans l'âge au-delà duquel les contrats de travail à durée déterminée peuvent être conclus sans justifier d'une raison objective. Les juges

(12) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de travail des travailleurs intérimaires, JOCE, n° C 203, 27/08/2002.

de Luxembourg estiment que tel n'est pas le cas considérant qu'une «*régression de la protection garantie aux travailleurs, dans le domaine des contrats à durée déterminée, n'est pas comme telle interdite par l'accord-cadre lorsqu'elle n'est aucunement liée à la mise en œuvre de celui-ci*» (point 52). Or, la Cour relève, à partir des arguments développés par le gouvernement allemand, que la régression n'est pas motivée par la transposition mais par la promotion de l'emploi des salariés âgés. Cette motivation suffit à écarter l'application de la règle de non-régression. Aussi cette règle n'interdit-elle pas aux Etats membres de modifier *in peius* leur législation contrairement à ce que pourrait suggérer une compréhension superficielle. Elle n'emporte nullement une marche constante et sans recul possible des législations nationales vers une protection renforcée des travailleurs. Tout juste impose-t-elle de la part de l'Etat membre de justifier les régressions apportées au droit national en dehors de la transposition afin d'éviter une instrumentalisation du texte communautaire. L'approche donnée par la Cour dans l'arrêt *Mangold* de la règle de non-régression peut certes être considérée comme formelle. Elle est toutefois conforme à l'énoncé de clauses de non-régression figurant dans d'autres instruments communautaires que la directive sur le travail à durée déterminée. Ainsi dans la directive 93/104 du 23 novembre 1993 concernant certains aspects du temps de travail, l'un des premiers textes à contenir une clause de non-régression, il est précisé que si la mise en œuvre de ce texte ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs, cela est «*sans préjudice du droit des Etats membres de développer, eu égard à l'évolution de la situation, des dispositions législatives, réglementaires et contractuelles différentes dans le domaine du temps de travail, pour autant que les exigences minimales prévues dans la présente directive soient respectées*». L'arrêt *Mangold* ne fait donc ici que confirmer la portée limitée de la règle de non-régression définie de manière explicite dans d'autres textes que la directive sur le travail à durée déterminée.

L'arrêt impose aux Etats membres de préciser «*l'évolution de la situation*» justifiant l'adoption d'une législation régressive. Reste la question du contrôle par la Cour de justice de cette justification. En particulier, la Cour de justice doit-elle contrôler la réalité et le contenu de cette justification ? Dans l'arrêt *Mangold*, la Cour de justice accepte la justification fournie par le gouvernement allemand pour réduire l'âge au-delà duquel la conclusion d'un contrat à durée déterminée n'est pas subordonnée à une raison objective. Il semble à tout le moins que la Cour de justice doive contrôler la réalité de cette justification. Une justification fantaisiste ou purement imaginaire devrait ainsi être écartée. En revanche, le législateur national doit

pouvoir garder une liberté totale quant au type de motifs qu'il invoque. Ainsi, une justification sociale, économique, voire politique doit-elle pouvoir faire obstacle au jeu de la clause de non-régression.

8. Il convient aussi de s'arrêter sur la question des conditions d'appréciation du caractère régressif d'une législation. A cet égard, les clauses parlent de «*régression du niveau général de protection des travailleurs*». Cette formulation donne semble-t-il un large domaine d'appréciation aux juges lorsqu'il s'agit d'évaluer l'évolution du droit national. La comparaison doit prendre en considération le niveau général de protection atteint par le droit national. On peut toutefois penser que cette appréciation qualitative est bornée par l'objet de l'instrument communautaire dans lequel figure une clause de non-régression (13). Dans cette limite, les juges doivent donc décider si dans son ensemble la législation nouvelle conduit à une régression de la protection des travailleurs sur le thème en question. Une mesure améliorant un aspect particulier d'un dispositif ne saurait ainsi suffire dès lors que d'autres emportent une dégradation du niveau général de la protection. Il appartient donc à la Cour de justice de mener en vertu des clauses de non-régression cette délicate comparaison de manière globale.

9. Les clauses de non-régression sont donc loin de figer les législations nationales au niveau de protection atteint au jour de la transposition de l'instrument communautaire. En cela, elles diffèrent des clauses de *standstill* qui possèdent un tel effet. Pour reprendre une formule employée par l'avocat général Tizzano dans ses conclusions, les clauses de non-régression peuvent être assimilées à des clauses de transparence, imposant à l'Etat membre d'assumer ses choix politiques. Donner une telle portée aux clauses de non-régression semble compréhensible dans un contexte où les Etats membres ont souvent tendance à rejeter sur Bruxelles des décisions politiques impopulaires décidées au niveau national. L'interprétation délivrée dans l'arrêt *Mangold* est au demeurant cohérente avec la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres en matière de politique sociale. L'Union européenne ne possède en effet sur ces questions qu'une compétence subsidiaire qui consiste, selon les termes de l'article 137 §1 du traité CE, à soutenir et compléter l'action des Etats membres. On peut certes regretter que la Cour de justice ait donné une portée aussi étroite, pour ne pas dire étriquée, aux clauses de non-régression en n'empêchant pas tout recul des niveaux nationaux de protection. Mais aller en ce sens aurait été contraire aux termes de certaines clauses de non-régression et aux dispositions du traité CE articulant les niveaux national et supranational dans le domaine de la politique sociale.

Christophe Vigneau

(13) A titre d'exemple, voir les conclusions de Mme l'avocat général Kokott dans l'affaire Konstantinos Adeneler (Aff.C-212/04, points 80 et 81).