

ORDONNANCES MACRON ET NORMES SUPRA-LÉGALES

I. Les normes mobilisables

Les conditions d'invocabilité des conventions internationales relatives au droit social

par Jean-Louis ITEN, Professeur à l'Université Paris-8,
Directeur du Laboratoire Forces du droit

Le 17 novembre 2017, lors du sommet de Göteborg, les États membres de l'Union européenne ont approuvé le socle européen des droits sociaux. Deux mois plus tôt, lors de la présentation du projet de la Commission, Jean-Claude Juncker indiquait que l'harmonisation des droits sociaux était la seule manière de mettre fin à la fragmentation et au dumping social en Europe. Ce nouveau texte relatif aux droits sociaux participe à l'internationalisation du droit du travail.

La volonté de créer un droit international du travail procède de plusieurs facteurs que sont la volonté d'harmoniser les coûts dans la compétition internationale, d'uniformiser la condition ouvrière, d'aider au maintien de la paix en atténuant les tensions liées à la compétition économique. Si l'internationalisation présente une véritable actualité dans un contexte d'économie mondialisée, elle n'est pas nouvelle.

Dès le XIX^{ème} siècle, la question fait l'objet de quelques initiatives isolées. Mais c'est surtout en 1901 qu'elle s'impose, avec la création de l'Association internationale pour la protection légale des travailleurs. C'est sous son influence que les premières conventions internationales se font jour : conventions sur le travail des femmes et sur l'interdiction de l'emploi du phosphore blanc dans la fabrication des allumettes. Ce phénomène prendra une dimension bien plus grande avec l'Organisation internationale du Travail (OIT) à l'issue de la Première guerre mondiale et l'Organisation des Nations-Unies après la Seconde. Chacune des deux organisations établira des textes internationaux contenant tout un ensemble de règles relatives aux relations de travail. Toutes ces normes internationales invitent ou contraignent

les États à garantir des droits dans leur ordre juridique interne. Elles sont motivées tant par une certaine utopie que par un souhait cynique de ne pas voir un concurrent commercial exploiter librement une main-d'œuvre servile, car insuffisamment protégée.

Juridiquement, le problème est double : ces normes sont-elles contraignantes ? Et si elles le sont, leur mise en œuvre dans l'ordre juridique interne est-elle laissée à la libre appréciation de l'État partie au traité ? Sur le second point, c'est la possibilité, pour un particulier, d'invoquer utilement une norme internationale devant le juge national qui est en cause. En effet, soit la norme a une vocation strictement interétatique, et l'État est alors libre de choisir les modalités d'application qui lui permettent de respecter son engagement, soit la norme s'adresse aussi aux individus et ces derniers peuvent tenter de s'en emparer directement pour faire valoir leurs droits, tout particulièrement lorsque le droit interne est en deçà des standards fixés par la norme internationale. D'une certaine manière, l'internationalisation du droit du travail n'a réellement de sens qu'à condition de l'envisager sous l'angle de l'invocabilité de la norme internationale devant le juge national. Pour dire les choses autrement, l'enjeu de l'harmonisation sociale se joue au quotidien dans les prétoires des États.

Lorsque l'on parle d'invocabilité du droit international, l'internationaliste pense immédiatement à l'avis rendu par la Cour permanente de Justice internationale en 1928 sur la compétence des tribunaux de Dantzig (1). En effet, à une époque où le droit international embrassait de manière quasi exclusive les relations interétatiques, la Cour est invitée à aborder

(1) Cour permanente de justice internationale, avis n° 15 du 3 mars 1928 sur la compétence des tribunaux de Dantzig.

la question de l'invocabilité d'une norme internationale par des individus devant des juridictions nationales. Hasard de l'histoire, il s'agissait de droit du travail. En effet, les cheminots de Dantzig souhaitaient que soient appliquées, par les tribunaux de Dantzig, les dispositions statutaires qui avaient été établies par traité entre la Pologne et la ville libre, au détriment de la loi polonaise applicable. Néanmoins, le thème de l'invocabilité directe des normes internationales n'est pas le domaine réservé des internationalistes. Chaque discipline juridique appréhende cette question, ce qui conduit à une multiplication des vocables et des expressions : « *Self executing effect* », « effet auto-exécutoire », « effet horizontal », « effet direct », « applicabilité directe », « invocabilité », « justiciabilité ». Pour tout juriste, une telle profusion est troublante, d'autant plus que les définitions données par les uns ou les autres ne coïncident pas, voire se contredisent.

Or, au-delà des débats doctrinaux et des usages qui varient d'une discipline à une autre, c'est surtout les situations auxquelles renvoient ces termes qui sont importantes. Sur ce point, tout est une question de point de vue : la réponse ne sera pas identique en droit international et en droit interne et, au niveau national, selon qu'il s'agisse du juge ou du plaignant. Dans l'ordre juridique international, la question n'existe pas en tant que telle, car la manière dont la norme internationale est mise en œuvre dans l'ordre juridique de chaque État partie est totalement indifférente. Si l'on prend l'exemple de la Convention européenne des droits de l'Homme, la Cour européenne ne s'est jamais prononcée sur la question ; seul compte le respect de la norme internationale, le moyen dont l'État y parvient n'importe nullement. La question de l'usage éventuel des normes internationales par les juridictions nationales est donc propre à chaque État et varie justement d'un État à un autre en fonction de ses dispositions constitutionnelles et de la jurisprudence nationale.

Ceci étant dit, il convient de distinguer applicabilité directe, effet direct et invocabilité directe. **L'applicabilité directe** renvoie à la manière dont le droit international s'insère dans l'ordre juridique interne, avec le fait de savoir s'il s'applique en tant que droit international ou comme droit interne. En ce sens, l'applicabilité directe s'oppose aux situations où la norme internationale ne peut s'appliquer qu'à la faveur de la médiation d'un acte des autorités nationales, en ayant la stricte portée de cet acte de réception. Elle signifie que le traité s'applique comme tel, par lui-même, sur

le territoire de l'État, sans avoir à être transformé en acte de droit interne. L'applicabilité directe pourrait donc être définie comme étant l'aptitude d'une règle à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités juridictionnelles de l'État où cette règle est applicable.

L'effet direct correspond, lui, à la qualité qui est nécessaire à la norme internationale pour être mobilisée, en tant que telle, devant et par les juridictions nationales. Ainsi, l'effet direct représente un élément de l'applicabilité directe. L'effet direct est attaché à la norme ou à la règle contenue dans un instrument international. Ainsi, l'effet direct est une caractéristique fixe et, en principe, objective.

L'invocabilité directe concerne, elle, l'individu et sa capacité à solliciter utilement telle ou telle norme devant le juge national. Elle varie donc d'un ordre juridique national à l'autre, d'un ordre juridictionnel à l'autre, d'un juge à l'autre. Enfin, l'invocabilité directe résulte directement de l'applicabilité directe, mais rend compte d'un point de vue différent : si l'applicabilité directe concerne le juge national, l'invocabilité directe vise l'individu ou, plus précisément, le plaignant. En effet, l'invocabilité directe d'une norme internationale est le droit conféré à un individu de faire état de son existence lors d'une instance, dans la perspective d'obtenir la satisfaction d'une revendication.

La question est donc de savoir dans quelles conditions les justiciables peuvent utilement invoquer des conventions internationales devant les juridictions françaises. L'article 55 de la Constitution française ne fixe pas en totalité les conditions de l'applicabilité directe des conventions internationales. En effet, seules les nécessaires ratifications et publications des traités internationaux sont avancées. Ainsi, la Constitution fait de la France un État *a priori* accueillant à l'égard du droit international conventionnel. En pratique, il revient à chaque juridiction, et plus particulièrement à la Cour de cassation et au Conseil d'État, d'explicitier les conditions d'invocabilité directe. Ce n'est qu'en 2012 que le Conseil d'État a fourni un véritable mode d'emploi qui, à défaut d'être complet, constitue une réelle avancée. L'arrêt d'Assemblée *Gisti et Fapil* du 11 avril 2012 a, pour la première fois, clarifié les critères que le juge administratif doit appliquer pour déterminer l'applicabilité directe des dispositions d'un traité international (2).

(2) CE, Ass. 11 avril 2012, *Gisti et Fapil*, n° 322326, Publié au recueil Lebon.

Auparavant, le juge français, administratif comme judiciaire, se contentait de conclure, de manière assez laconique, que telle ou telle disposition d'un traité était ou non dépourvue d'effet direct. Il ressortait néanmoins de cette jurisprudence antérieure à 2012 que le juge administratif se réfugiait souvent derrière les choix rédactionnels pour conclure que le traité n'entendait créer de droits et d'obligations que pour les États expressément visés par des formules telles que « *les États parties s'engagent à* ». En 2012, après avoir énoncé les deux seuls critères pertinents pour apprécier l'effet direct d'une stipulation conventionnelle, à savoir que la stipulation ne doit pas avoir « *pour objet exclusif de régir les relations entre États* » et qu'elle doit être inconditionnelle, le Conseil d'État précise que l'absence de ces conditions « *ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* ». Autrement dit, il exclut que les choix rédactionnels puissent jouer un rôle dans l'identification des deux critères, qui ne doivent être recherchés qu'à la lumière de « *l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes* ».

La rédaction du critère relatif à l'**objet de l'engagement conventionnel** qui a été retenue par le Conseil d'État en 2012 paraît favorable à l'invocabilité des dispositions internationales devant le juge interne. Selon la Haute juridiction, « *une stipulation doit être reconnue d'effet direct par le juge administratif lorsque (...) elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États (...)* ». La formulation négative du critère laisse entrevoir l'introduction d'une présomption d'applicabilité directe des dispositions internationales. Toutefois, la pratique du juge administratif ne semble peut-être pas aussi favorable à l'invocabilité des dispositions conventionnelles internationales. Le Conseil d'État a, en effet, dénié toute applicabilité directe à un certain nombre de dispositions internationales au motif qu'elles ne remplissaient pas la première condition. Il s'agit de l'article 1^{er} de la Convention de Chicago, de l'article 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et de l'article 8 de la Convention d'Aarhus. À l'opposé, ont été reconnus d'effet direct les articles 3, 6, paragraphes 1, 10 et 11 de l'Accord relatif aux services de transport aérien conclu entre la France et l'Algérie, les articles 15 et 24 de la Convention de Chicago, les paragraphes 2, 3 et 9 de l'article 6 de la Convention d'Aarhus, ainsi que les articles 2 et 24 de la Charte sociale européenne. En exigeant de l'engagement conventionnel qu'il crée un droit subjectif au profit des particuliers, la première condition constitue un obstacle important à l'invocabilité des traités internationaux.

En ce qui concerne le **caractère auto-suffisant de la règle invoquée**, la condition ne concerne pas l'instrument international dans son ensemble, mais est appréciée stipulation par stipulation. Ainsi, le juge saisi doit-il vérifier que la stipulation en question n'est ni conditionnée, ni imprécise. Dans le cas contraire, la norme internationale suppose, pour être invoquée, nécessairement l'intervention d'une législation nationale d'application, sans laquelle elle est impuissante à produire des effets concrets. Dans ce cas, c'est la loi nationale qui devra être invoquée par le plaignant.

Sur le **caractère conditionné ou non de la règle internationale**, il ne suffit pas que la stipulation renvoie à l'édition éventuelle d'un acte national de mise en œuvre pour se voir dénier l'effet direct, encore faut-il que cet acte soit nécessaire à son application. Pour dire les choses autrement, la règle internationale peut être auto-suffisante même si les rédacteurs du traité avaient envisagé l'intervention de mesures de transposition. Il reviendra au juge saisi d'apprécier objectivement le caractère auto-suffisant de la stipulation internationale considérée. L'espèce Gisti-Fapil le montre d'ailleurs de manière éloquent. L'article 6 de la convention OIT n°97, qui pose, en faveur des travailleurs migrants, la règle de non-discrimination, reconnue d'effet direct en l'espèce est, de fait, le prototype même de ces clauses conventionnelles qu'on tenait jusqu'alors pour non susceptibles d'application juridictionnelle : il s'ouvre, comme la quasi-totalité des articles de ce texte, par la formule « *tout [État] membre pour lequel la présente convention est en vigueur s'engage à...* », dans laquelle on voyait auparavant la double indication de ce qu'elle ne peut concerner que les États entre eux et qu'elle nécessite, pour pouvoir produire quelque effet juridique, des mesures nationales d'application. Ainsi, au-delà de la convention OIT n°97, il apparaît aussi clairement que bien d'autres conventions du travail ou de traités sociaux, issus ou non de l'OIT, se trouvent ainsi attraités dans le champ de l'effet direct. On songe ici, notamment, hors OIT, au Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels à l'échelle mondiale et à la Charte sociale européenne.

Le rôle du juge national est également déterminant dans l'appréciation du **caractère suffisamment précis de l'engagement conventionnel**. Pour cela, le juge saisi peut adopter deux approches différentes : soit il détermine si la règle posée est parfaitement et absolument complète, soit il apprécie si, malgré l'incomplétude de la règle, une obligation minimale suffisamment claire et précise est tout de même

posée. Dans le premier cas, le critère peut restreindre de manière significative la catégorie des dispositions internationales invocables. Poussée à l'extrême, cette démarche peut dénier l'effet direct à n'importe quelle disposition internationale, dès lors qu'elle comporte toujours une part d'imprécision, souvent nécessaire à la réalisation d'un compromis entre les États parties. La seconde approche est plus favorable à l'application du droit international en droit interne : au lieu de rechercher une disposition parfaitement complète, le juge procédera à un découpage de la norme jusqu'à découvrir une obligation inconditionnelle, même minimale, susceptible d'être opposée à l'acte litigieux. On peut même affirmer alors que tout engagement international est, en théorie, d'effet direct devant le juge, dès lors que la disposition est normative et qu'elle contient, par conséquent, une obligation. Mais son invocabilité dans une affaire donnée dépendra de la portée de cette obligation minimale.

* * *

Dans cet environnement jurisprudentiel, quelle est la situation des conventions internationales relatives au droit social ? *A priori*, ces instruments ne devraient pas connaître de traitement particulier de la part des juridictions françaises. Toutefois, leur relative généralité et le caractère fréquemment progressif des engagements en la matière constituent autant d'obstacles à la reconnaissance de leur applicabilité directe et ainsi à la possibilité, pour les plaignants, de les invoquer directement devant un juge. Ainsi, il convient de distinguer les conventions internationales qui visent les individus sans ambiguïté des autres, parmi lesquelles certaines n'auraient pas « pour objet exclusif de régir les relations entre États ». Parmi les premières, il est possible de citer la convention n° 118 de l'OIT (3) ou encore l'article 6-1 de la convention n° 97 OIT (4). Pour les autres, le fait qu'un traité puisse être reconnu d'applicabilité directe, à partir du moment où il crée des droits tant au profit des États que des individus, ouvre des perspectives intéressantes pour l'invocabilité de certains droits sociaux et, en particulier, pour la Charte sociale européenne.

En droit français, la Charte sociale européenne souffre d'une invocabilité sinon limitée, du moins peu contraignante, aspect sur lequel les deux Hautes juridictions, Conseil d'État et Cour de cassation, essayent de se concerter par le biais d'une commission composée de membres des deux juridic-

La Chambre sociale de la Cour de cassation, au sommet de la juridiction judiciaire, ne reconnaît pas d'effet direct à la Charte dans son ensemble, mais l'octroie à certaines de ses dispositions. C'est notamment le cas des articles 5, relatif au droit syndical, et 6, sur le droit à la négociation collective, de la Charte sociale révisée, ainsi que de l'article 24, qui concerne le droit à la protection en cas de licenciement. Nous pouvons constater que, même si la Cour de cassation ne souhaite pas faire aujourd'hui de la Charte un instrument de pleine efficacité dans le droit interne français, elle a tout de même reconnu à celle-ci une applicabilité directe, concernant du moins les articles précités.

Le Conseil d'État s'est, quant à lui, montré bien plus catégorique jusqu'à un arrêt du 10 février 2014. Avant cette date prévalait, *a priori*, la thèse selon laquelle la Charte sociale européenne n'aurait pas d'effet direct en droit interne français. Par exemple, trois mois après l'arrêt *Gisti-Fapil*, le Conseil a appliqué sa jurisprudence tout en refusant une applicabilité directe à la Charte sociale européenne. Ainsi, les requérantes ne pouvaient se prévaloir des dispositions de la Charte dans la mesure où « ces stipulations, qui requièrent l'intervention d'actes complémentaires pour produire des effets à l'égard des particuliers, ont pour objet exclusif de régir les relations entre États ». Mais dans l'arrêt du 10 février de 2014, le Conseil d'État consacre le fait que l'article 24 de la Charte sociale européenne est applicable directement par les juridictions françaises puisque son « objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États et qu'il ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers ».

Il ne faut pas, pour autant, croire que la plus grande sensibilité des juridictions françaises à l'applicabilité directe des conventions internationales peut permettre, à ce jour, d'invoquer utilement n'importe quelle stipulation. Ici encore, les incertitudes qui continuent d'entourer dans le détail la Charte sociale européenne en sont une bonne illustration. En effet, après avoir reconnu en 2014 l'applicabilité directe de son article 24, le Conseil d'État a refusé d'en faire de même pour son article 2 de la Partie II, dans un arrêt du 5 mai 2017, eu égard à la marge d'appréciation laissée aux États membres pour prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre des stipulations qu'il contient.

* * *

(3) CE 23 avril 1997, *Gisti*, n° 163043, Publié au recueil Lebon.

(4) CE, Ass. 11 avril 2012, préc.

Ainsi, parfois, la norme dont l'objet est social peut ne pas remplir toutes les conditions de l'invocabilité directe. Le plaignant ne doit pas nécessairement renoncer car, avec un peu d'imagination et de talent argumentatif, il peut découvrir des règles sociales dans des conventions qui ne concernent pas, *a priori*, le droit social ou donner une connotation sociale à des droits dont l'invocabilité directe ne fait aucun doute.

Ainsi, dans son arrêt du 26 novembre 2002, la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu utiliser l'article 8 de la CEDH pour considérer que la filature organisée par l'employeur pour contrôler et surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite, dès lors qu'elle implique nécessairement une

atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur (5). De même, dans un arrêt du 9 novembre 2016, la Cour de cassation a jugé que la communication de documents personnels aux délégués du personnel constituait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie personnelle des salariés concernés (6). Ainsi, au-delà des conditions strictement juridiques de l'invocabilité directe des conventions internationales relatives au droit social, il faut ajouter, en tant que solution alternative, l'imagination des plaignants et de leurs conseils.

Jean-Louis Iten

(5) Cass. Soc. 26 novembre 2002, n° 00-42.401, BC V n° 352.

(6) Cass. Soc. 9 novembre 2016, n° 15-10.203, Publié.



Editeur La Découverte
juin 2018 - 160 pages
24,90 euros
ISBN : 2348036428

JUGER SANS ENTRAVES 50 ANS DE LUTTE POUR LA JUSTICE, LES DROITS ET LES LIBERTÉS

par le Syndicat de la magistrature

Le 8 juin 1968, une centaine de magistrats créent à Paris le premier syndicat de leur profession, le Syndicat de la magistrature. Très vite, il rassemble près d'un millier de membres, frais émoulus du Centre national d'études judiciaires (qui deviendra l'École nationale de la magistrature) ou beaucoup moins jeunes, notamment nombre de magistrats résistants. Ses prises de position en faveur d'une justice plus protectrice et plus égalitaire, débarrassée d'une hiérarchie pesante ou d'une organisation archaïque, provoquent de vives réactions. Quelques affaires emblématiques (l'incarcération d'un patron mis en cause pour un accident mortel du travail, le refus d'un substitut de se laisser muter à Hazebrouck...) vont parachever l'avènement de ceux qui seront nommés les « juges rouges » en 1975. Aujourd'hui, le Syndicat de la magistrature a certainement changé. D'aucuns diront même qu'il s'est assagi. Pourtant, de tribunes incisives en dessins mordants, de propositions iconoclastes (la légalisation des drogues ou la suppression – « à terme » – de la prison...) en dénonciations des dysfonctionnements quotidiens de l'institution judiciaire, il reste, refusant tout corporatisme, cet aiguillon si nécessaire à une justice française éternellement en crise. Cet ouvrage retrace ces 50 années de combats pour la justice en France... ou dans le monde. Abondamment illustré de photos syndicales, de dessins et d'affiches, il est ponctué d'interviews de « grands témoins ».