

**Le juge peut-il être/doit-il être un acteur de la régulation sociale dans le cadre des conflits sociaux transnationaux ?**

**Le juge et la justice sociale dans le cadre de la liberté des échanges**

Sophie Robin-Olivier<sup>1</sup>

**(Document de travail)**

Quel rôle le juge peut-il ou doit-il jouer pour que la liberté des échanges intègre une exigence de justice sociale ? Comment le juge peut-il donner une place aux acteurs de la justice sociale, une reconnaissance juridique aux actions qui leur permettent d'assurer le respect des droits sociaux, dans le cadre des règles de la liberté des échanges ?

Il suffit, diront certains, que le juge assure le respect des règles assurant la liberté des échanges car cette liberté prend appui sur l'idée que le développement du commerce international est un facteur de progrès économique et social. Cette idée relève d'une certaine conception de la justice selon laquelle « just trade is free trade »<sup>2</sup>. Dans cette perspective, la recherche de justice sociale ou d'équité dans les échanges commerciaux, pourrait n'exiger rien d'autre que la suppression des obstacles à la liberté du commerce, barrières douanières, discriminations en fonction de l'origine des produits ou des services et toutes autres entraves non-tarifaires. En luttant contre les comportements des Etats (ou des personnes privées) qui résistent à l'effacement des obstacles aux échanges, mettent en place, par des voies détournées, des mesures protectionnistes ou, de façon non intentionnelle, entretiennent des pratiques ou des législations qui rendent plus difficile le commerce international, le juge

---

<sup>1</sup> Le texte ci-dessous est inspiré d'une communication présentée le 24 nov. 2008 lors du colloque « Loyauté du commerce et droit de l'Union européenne », organisé par le Centre de Droit Economique et du Développement.

<sup>2</sup> Pour une présentation de ces idées, v. F. Garcia, *Trade, Inequality, and Justice : Toward a Liberal Theory of Just Trade*, Transnational Publishers, 2003, p. 103 et s..

apporterait sa contribution à l'amélioration des conditions de travail et d'emploi, tirées vers le haut par l'effet du progrès social.

Il est pourtant difficile d'adhérer tout à fait à cette théorie selon laquelle liberté des échanges et justice sociale se rejoignent. Lorsque la liberté du commerce s'accompagne de l'exploitation des différences entre les normes sociales, lorsque la « concurrence normative » provoque une « érosion » des niveaux de protection dans les pays les plus avancés et freine le progrès social dans les autres, on peine à croire qu'elle favorise une juste répartition des ressources et la réduction de l'inégalité des niveaux de protection des droits sociaux. La crainte d'un accroissement des inégalités et d'une dégradation généralisée des niveaux de protection justifie, au contraire, qu'il soit fait appel à la « loyauté » de la concurrence, afin de limiter les moyens dont peuvent faire usage les entreprises en concurrence et, spécialement, l'exploitation des écarts entre les droits sociaux.

Il y a cependant une autre manière de poursuivre un objectif de « justice sociale » dans le commerce international, à travers une exigence de loyauté commerce. La question de la loyauté ne s'épuise pas dans les tensions liées à l'exploitation des différences entre les droits sociaux des Etats impliqués dans les échanges. Elle dépend du respect de valeurs sociales communes. Dans le cadre de la liberté des échanges, la loyauté peut se concevoir comme une exigence de respect de valeurs sociales communes aux partenaires commerciaux. Elle n'exige pas le respect de règles précises à forte teneur normative mais, de manière plus générale ou plus souple, des comportements qui se tiennent dans les limites de valeurs sociales posées comme des conditions de loyauté de la participation au jeu des activités commerciales. Une certaine conception de la justice sociale dans le cadre du libre-échange peut prendre corps dans une exigence juridique de loyauté qui intègre une dimension sociale.

Cette conception de la loyauté dans le commerce, qui n'est pas incongrue dans le contexte des échanges commerciaux internationaux, est particulièrement appropriée pour ce qui concerne l'Union européenne et la communauté d'Etats qu'elle représente. L'idée même de Communauté requiert des valeurs partagées qui justifient l'appartenance au groupe et la participation aux projets communs. Sous cet angle, le droit social européen contribue à la loyauté du commerce en fixant les valeurs communes à l'aune desquelles celle-ci peut être évaluée. Dans cette perspective, la reconnaissance de droits sociaux fondamentaux joue un rôle très important, bien qu'un peu à rebours de leur fonction habituelle : plutôt que de

constituer des références juridiques susceptibles d'être en tant que telles, mobilisées devant les juges, ces droits, ou plutôt les valeurs qu'ils expriment, sont pris comme étalon social de la loyauté. L'émergence des valeurs sociales communes sur lesquelles reposent les droits sociaux fondamentaux peut permettre de donner une efficacité juridique à l'exigence de loyauté et, par là même, de justice sociale dans le droit des échanges commerciaux.

Dans l'œuvre d'identification des valeurs sociales communes, le juge ne joue pas nécessairement le rôle le plus important, du moins si l'on s'en tient à l'expérience de l'Union européenne et, plus précisément, à l'œuvre de la Cour de Justice. En revanche, sa contribution est essentielle pour que cette conception de la loyauté soit intégrée dans la définition des libertés économiques. Pour s'inscrire dans le champ juridique dans lequel la liberté des échanges se déploie, la loyauté du commerce, comme instrument de justice sociale, doit pouvoir se concrétiser devant le juge des libertés économiques.

#### I- *La modeste contribution du juge à l'identification de valeurs sociales communes*

Prendre les droits fondamentaux comme référence pour repérer des valeurs communes est une manière de prendre à contre-pied l'histoire de ces droits qui est celle d'une juridicisation de références situées dans l'ordre des valeurs<sup>3</sup>. Au regard de la dimension sociale de la loyauté du commerce, ce n'est pourtant pas la valeur juridique des droits fondamentaux qui compte mais leur capacité à exprimer des valeurs à l'aune desquelles le respect d'une exigence de justice sociale peut être appréciée. En droit européen, les sources dont sont tirées les références sociales fondamentales ne sont pas principalement jurisprudentielles. La contribution du juge européen n'est pas négligeable mais, puisqu'il s'agit, non de la consécration des droits mais de la reconnaissance des valeurs sociales communes, elle se place au second plan.

#### A- L'évolution des sources de référence

Si l'on peut considérer aujourd'hui qu'il existe un ensemble de valeurs communes dont les droits sociaux, fondamentaux ou pas, sont la transcription juridique, l'histoire du droit social

---

<sup>3</sup> Sur l'approche axiologique des droits fondamentaux, v. V. Champeil-Desplat, Les droits et libertés fondamentaux en France : genèse d'une qualification, in Droits fondamentaux et droit social, A. Lyon-Caen et P. Lokiec (dir.), Dalloz, 2005, p. 26.

européen montre que ces valeurs communes n'ont pas été fixées dès l'origine dans le droit communautaire mais relèvent, au contraire, d'une construction évolutive qui ne s'est privée ni du raisonnement déductif ni de la méthode inductive.

Les premiers développements du droit social européen, quelles que soient leurs limites ou leurs insuffisances souvent décriées, ont pris appui sur la reconnaissance de droits sociaux fondamentaux. Fruit des activités du Conseil de l'Europe, la charte sociale de 1961 a servi de référence pour le développement du droit social européen. Dans le long catalogue de droits sociaux que comporte la charte, le droit de l'Union a puisé les ressources nécessaires à son développement<sup>4</sup>. La Charte sociale a, en particulier, inspiré les rédacteurs de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, adoptée en 1989. Plus modeste que la charte sociale, cet instrument communautaire n'en est pas très éloigné. Il consacre le droit à la liberté du travail, à une rémunération équitable, au repos hebdomadaire et au congé annuel payé, à une protection sociale adéquate, à la liberté d'association et à la négociation collective, à la grève, à la formation professionnelle, à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, à l'information à la consultation et à la participation des travailleurs, à la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, des enfants et des adolescents, à la protection des personnes âgées, à l'intégration professionnelle et sociale des personnes handicapées. Privée de force contraignante en raison de la vigoureuse opposition du Royaume-Uni, la charte n'a pas été sans effet : outre son utilisation judiciaire<sup>5</sup>, elle a permis une relance de la construction du droit social européen, dont la « charte constitutionnelle » de l'Union porte l'empreinte, depuis l'intégration dans le traité CE du protocole social annexé au traité de Maastricht. Sur cette base, le droit social européen a connu de nouveaux développements qui sont de nature à tempérer la concurrence entre les droits sociaux que favorise la liberté du commerce intra-communautaire.

Réciproquement, les avancées de l'harmonisation ont ouvert la voie à la reconnaissance de droits sociaux fondamentaux qui trouvent une partie de leur ancrage dans les réalisations du droit social européen. La reconnaissance par le traité CE, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, plus récemment, la jurisprudence de la Cour de Justice, de la place des droits sociaux fondamentaux dans le droit de l'Union s'appuie, non seulement sur les

---

<sup>4</sup> Cf., par exemple, les premiers développements du droit de la non-discrimination : CJCE, 15 juin 1978, Defrenne, aff. 149/77.

<sup>5</sup> V. notamment, CJCE, 23 juin 2001, BECTU, au sujet du droit au repos et aux congés payés.

références fondamentales préexistantes, mais aussi sur l'acquis de l'harmonisation. L'inscription, dans le traité CE, de la référence aux droits sociaux fondamentaux est une évolution que l'on doit au traité d'Amsterdam<sup>6</sup>. Cette première étape, qui a marqué la volonté de l'Union de rééquilibrer les objectifs de l'intégration au profit des finalités sociales, procède par renvoi aux instruments préexistants de protection des droits sociaux fondamentaux : la charte sociale européenne et la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs<sup>7</sup>. La deuxième étape, réalisée par la proclamation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, relève d'une autre méthode. La Charte ne procède pas par renvoi : elle s'est efforcée d'énoncer un ensemble de droits et de principes fondamentaux propres à l'Union européenne, parmi lesquels certains intéressent directement ou indirectement le droit social<sup>8</sup>. Nombreux sont ceux qui ont souligné l'importance de cette proclamation de droits sociaux fondamentaux pour l'Union européenne<sup>9</sup>.

#### B- La faiblesse relative de la contribution judiciaire à l'identification des valeurs sociales

Les deux grandes étapes qui ont marqué un renforcement de la place des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre communautaire<sup>10</sup> ne doivent pas grand chose aux juges. Certes, la force juridique de ces références aux droits sociaux fondamentaux est dépendante de l'accueil que leur réserve les juges car elle n'est pas assurée par les textes eux-mêmes<sup>11</sup>. Cependant, s'agissant de la mise au jour des valeurs sociales communes, l'intervention du juge a été éclipsée par l'avènement de la charte. L'ensemble des droits sociaux reconnus par la charte et

---

<sup>6</sup> Sur cette évolution, v. par ex. S. Robin-Olivier, *La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam*, *Dr. Soc.* 1999, p. 609.

<sup>7</sup> Cf. le préambule du traité sur l'Union européenne et surtout l'article 136 du traité CE.

<sup>8</sup> Pour une présentation critique des droits sociaux fondamentaux figurant dans la charte, v. P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, *L.G.D.J.*, 2008, p.140-150.

<sup>9</sup> V. en particulier, M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, op. cit., p. 152 et 241 et s., B. Bercusson, *The Role of the EU Charter of Fundamental Rights in Building a System of Industrial Relations at the EU level*, *Transfer*, 2003, vol. 2, p. 209 et s.. Pour une approche nuancée de l'apport de la charte, v. O. de Schutter, loc. cit. p. 145-183.

<sup>10</sup> Sur les incidences juridiques de l'inscription de droits sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, v. O. de Schutter, loc. cit., p.145.

<sup>11</sup> En ce sens, pour ce qui concerne l'article 136 du traité CE, S. Robin-Olivier, *La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam*, loc.cit., p. 611 et s.. S'agissant en particulier de la charte, on ne peut, dans l'attente de la ratification et de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (cf. le nouvel article 6 du traité sur l'Union européenne), considérer qu'elle constitue un instrument juridique contraignant (CJCE, Parlement européen c. Conseil, 27 juin 2006, aff. C-540/03, au sujet de la directive de 2003, relative au regroupement familial).

notamment par son chapitre IV relatif à la solidarité<sup>12</sup> peuvent servir de référence pour l'appréciation des atteintes à la loyauté du commerce.

Jusqu'aux fameuses décisions de l'hiver 2007<sup>13</sup>, la jurisprudence de la Cour de Justice n'offrait que de rares références à des droits fondamentaux susceptibles de recevoir la qualification de « sociaux »<sup>14</sup>. En cette matière, la Cour avait coutume de se montrer prudente, préférant, par exemple, s'en tenir à l'énoncé d'un « principe général du droit du travail commun aux Etats membres »<sup>15</sup> ou d'un « principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière »<sup>16</sup>. Ce n'est que très récemment que la Cour a fait entrer dans la catégorie des droits fondamentaux dont elle reconnaît l'existence le droit social fondamental de mener une action collective<sup>17</sup>. Comme d'autres droits fondamentaux, ce droit est tiré de l'invocation d'une série de références non contraignantes<sup>18</sup>. S'agissant de la reconnaissance de valeurs sociales communes, cette affirmation jurisprudentielle de la valeur juridique du

---

<sup>12</sup> Sont reconnus le droit à l'information et à la consultation, le droit de négociation et d'action collective, le droit d'accès gratuit aux services de placement, la protection en cas de licenciement injustifié, le droit à des conditions de travail justes et équitables, l'interdiction du travail des enfants et la protection des jeunes au travail. D'autres droits fondamentaux qui concernent les relations de travail s'ajoutent à la liste retenue au chapitre IV, notamment l'égalité entre hommes et femmes dans le travail et l'interdiction des discriminations fondées sur un certain nombre de critères.

<sup>13</sup> CJCE, 11 décembre 2007, Viking, aff. C-488/05 et 18 déc. 2007, Laval, aff. C-341/05.

<sup>14</sup> En dehors de l'égalité de traitement, et plus précisément de l'égalité de traitement des hommes et des femmes en matière d'emploi et de conditions de travail (cf. parmi les nombreuses décisions, CJCE, 11 janvier 2000, Kreil, C-285/98), on ne trouve guère que « le droit de ne pas faire partie d'un syndicat », dérivé de la liberté d'association (CJCE, 9 mars 2006, Werhof, C-499/04).

<sup>15</sup> TPI, 6 mars 2001, aff. T-192/99 (au sujet de la consultation de bonne foi des représentants du personnel).

<sup>16</sup> V. en premier lieu, CJCE, 26 juin 2001, BECTU, aff. C-173/99 (au sujet du droit au congés payés).

<sup>17</sup> Sur les décisions dans les affaires Viking et Laval, qui ont fait l'objet de très nombreux commentaires, v. notamment E. Pataut et S. Robin-Olivier, Europe sociale ou Europe économique ?, RDT, févr. 2008, p. 80 ; P. Rodière, Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective, RTDE, p. 47 ; A. Davies, One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ, Industrial Law Journal, 2008, vol. 37, n° 2, p. 126 et B. Bercusson, The Trade Union Movement and the European Union : Judgment day, ELR, vol 13, n° 3, mai 2007, p. 279.

<sup>18</sup> Sont cités dans les arrêts Viking et Laval : la Charte sociale européenne de 1961, à laquelle fait d'ailleurs référence l'article 136 du Traité, la Convention OIT n° 87 de 1948 sur la liberté syndicale, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

droit n'importe guère mais elle a le mérite de confirmer l'existence d'une référence commune en matière sociale et de la rendre indiscutable.

La jurisprudence de la Cour de Justice peut néanmoins jouer un rôle, aux côtés des « sources écrites », dans l'intégration de références sociales tirées du droit international. Selon la Cour, les droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union peuvent être issus des conventions internationales que les Etats membres ont ratifiées. La Cour peut donc, nonobstant le silence des traités, puiser, notamment, aux conventions de l'OIT. Ce mode d'identification des valeurs communes suppose-t-il que les conventions internationales auxquelles il est fait appel aient été ratifiées par tous les Etats membres ? Rien n'est moins sûr. Après tout, lorsque la Cour de Justice met au jour des principes généraux du droit communautaire à partir des traditions constitutionnelles communes des Etats, elle ne se limite pas aux principes consacrés par l'ensemble des droits constitutionnels des Etats membres. Un certain consensus, l'identification de dénominateurs communs peuvent suffire. Cette démarche est celle retenue par la Cour des droits de l'homme, qui, comme l'a montré une décision récente<sup>19</sup>, n'hésite pas à faire appel aux conventions de l'OIT. Compte tenu des liens entre les deux cours européennes, la méthode mise en œuvre par la Cour de Strasbourg mérite d'être considérée avec attention, d'autant plus qu'elle est mise au service d'une interprétation dynamique de l'article 11 de la CEDH, consacrant la liberté syndicale, l'une des rares normes de la Convention qui concerne spécifiquement le droit du travail. Si le juge communautaire acceptait d'accorder davantage de considération aux valeurs inscrites dans les normes internationales du travail, dans le contentieux de la libre circulation, cela déterminerait peut-être certains infléchissements de la jurisprudence<sup>20</sup>.

Dans l'attente d'une telle évolution, l'évaluation de la loyauté du commerce peut d'ores et déjà s'effectuer au regard de l'ensemble de droits sociaux fondamentaux reconnus par la charte des droits fondamentaux. D'autres références, susceptibles d'être mises au jour par la Cour de Justice pourront ultérieurement s'y ajouter. Il s'agit, bien sûr, de repères assez flous,

---

<sup>19</sup> CEDH, 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, req. n° 34503/97. V. en particulier les points 76 et s. dans lesquels la Cour s'explique sur la prise en compte des divers instruments internationaux utilisés pour l'interprétation de la Convention.

<sup>20</sup> Sur le manque de considération de la Cour, dans l'arrêt *Rüffert* (3 avril 2008, aff. C-346/06) pour la convention n° 94 de l'OIT exigeant l'inscription dans les contrats publics d'une clause stipulant le respect des conditions de salaire et de travail prévues par la convention collective locale, v. S. Robin-Olivier, *RTDE*, 2008, p. 493.

qui peuvent faire l'objet d'interprétations variées. La loyauté du commerce peut cependant se satisfaire de cette flexibilité des repères : elle ne constitue pas une règle dont le contenu normatif pourrait être précisément énoncé mais un standard d'appréciation des conduites. La loyauté est une obligation de fair-play, elle ne prétend pas avoir la fermeté des règles du jeu.

## *II- Le rôle essentiel du juge dans la concrétisation juridique de la loyauté du commerce*

Deux voies, au moins, peuvent être envisagées, pour que la dimension sociale de la loyauté du commerce, telle que nous l'avons définie, accède à la vie juridique. Tout d'abord, la loyauté du commerce peut être prise en compte par le juge dans la définition des libertés économiques. En second lieu, la loyauté du commerce peut fonder la recevabilité d'actions judiciaires menées par ceux qui sont susceptibles d'agir pour la défense des intérêts des salariés.

### A- Loyauté sociale et définition des libertés économiques

La définition des libertés de circulation n'a jamais été inscrite dans les traités<sup>21</sup>. En dépit de l'importance centrale de ces libertés, qualifiées de « principes fondamentaux » par la Cour de Justice, on chercherait en vain une définition dans les dispositions du droit dérivé ou dans la jurisprudence de la Cour. Plutôt qu'à la définition des libertés, la jurisprudence s'est intéressée à la catégorie des entraves ou des restrictions au commerce. Cette catégorie, dont les contours demeurent flous, en dépit de l'importance du contentieux dont la Cour a eu à connaître, a progressivement évolué : elle a été conçue de façon toujours plus large, de sorte qu'il est devenu de plus en plus difficile d'identifier les règles, mesures, pratiques susceptibles d'échapper à la qualification d'entraves au commerce. En négatif, la liberté du commerce s'est accrue, dotée de la faculté de s'opposer à toute entrave, même éventuelle, même minime.

Cette évolution est le fait du juge. Elle est le résultat d'une construction jurisprudentielle qui ne s'imposait pas. Elle correspond à une stratégie judiciaire qui pourrait fort bien s'infléchir, afin d'intégrer l'exigence de loyauté du commerce. Si la loyauté du commerce entrait dans la

---

<sup>21</sup> Pour une analyse critique de l'absence de définition de la liberté des échanges dans les règles du commerce mondial, v. D. M. Driesen, *What is Free Trade ? : The Real Issue Lurking Behind The Trade and Environment Debate*, 41 Va. J. Int'L. 279 (2001).



définition des libertés, cela permettrait d'exclure toute idée d'entrave aux échanges, chaque fois que les valeurs sociales fondamentales sont en cause. Si liberté du commerce intègre une exigence de loyauté indexée sur le respect des valeurs sociales fondamentales, il ne peut plus être question d'entrave aux libertés lorsque ces valeurs sociales sont affectées.

Une telle approche modifie assez profondément les raisonnements mis en oeuvre en matière de libre circulation. Les droits sociaux fondamentaux ne font plus figure de restriction, tolérée sous condition<sup>22</sup>. Ils sont constitutifs des libertés ou, du moins, les valeurs sociales qui les sous-tendent le sont. Par exemple, un mouvement de grève, qui relève du droit fondamental à l'action collective, ne doit pas, dans cette approche, être considéré comme une entrave, éventuellement justifiée, à la libre circulation. Parce que le droit de grève appartient à la catégorie des droits sociaux fondamentaux, la loyauté du commerce, dans sa dimension sociale, exclut d'y porter atteinte. Les libertés de circulation cessent d'être invocables lorsque sont mis en cause des droits qui s'appliquent ou des règles qui s'imposent au nom des valeurs sociales reconnues par le droit de l'Union.

Cette approche conduit, inévitablement, à restreindre la portée des libertés, au profit de la protection de certains droits sociaux ou de certaines règles de droit social. La restriction est toutefois cantonnée dans les limites de ce qu'implique le respect des valeurs sociales fondamentales. Un tel changement est gros d'incertitudes : il suppose d'identifier les règles, les droits, les mesures, les pratiques qui relèvent de la protection des valeurs sociales fondamentales et qui, pour cette raison, ne peuvent pas être considérées comme des restrictions aux libertés. Quelles sont les règles ou les droits qui peuvent être jugés nécessaires à la protection des valeurs sociales fondamentales et dont le respect relève d'une exigence de loyauté qui peut être imposée aux opérateurs économiques ? La réponse est entre les mains du juge dont le courage mais aussi la légitimité seraient mis à l'épreuve, s'il décidait d'emprunter cette voie.

---

<sup>22</sup> Cf. les arrêts Viking et Laval, précités et, pour les droits fondamentaux ne relevant pas de la catégorie des droits sociaux, pour lesquels le même raisonnement s'applique : CJCE, Schmidberger, 12 juin 2003, aff. C-112/00.

## B- L'action en justice fondée sur l'atteinte à la loyauté du commerce

La deuxième voie par laquelle la loyauté du commerce peut se réaliser juridiquement consiste dans un rééquilibrage des forces des différentes personnes impliquées dans le développement des échanges commerciaux. La loyauté du commerce, conçue comme une obligation de respect de valeurs sociales fondamentales dans l'exercice des libertés économiques, pourrait se traduire par de nouvelles possibilités d'actions aux fins de protéger les intérêts des salariés. Les libertés de circulation sont des instruments destinés à favoriser le développement des activités économiques. Elles confèrent de larges pouvoirs à ceux qui en bénéficient. La loyauté du commerce requiert, en contrepois, le renforcement des contre-pouvoirs susceptibles de s'exercer à l'échelle européenne : les syndicats ou autres groupements sont concernés, tout comme les autorités publiques chargées de la régulation sociale.

L'absence de compétence européenne en matière de droit d'association et de droit de grève<sup>23</sup> a pour conséquence d'interdire la mise en place d'une protection, à l'échelle de l'Union, des actions collectives transnationales. Cette situation crée un déséquilibre entre la protection des libertés économiques des entreprises, qui sont, par nature, des libertés qui s'exercent dans le franchissement des frontières, et les actions collectives des travailleurs pour protéger leurs droits ou leurs intérêts, qui ne disposent pas d'une protection similaire. La tension a été illustrée par l'arrêt Viking<sup>24</sup>. Un tel déséquilibre des pouvoirs ou l'absence de protection des contre-pouvoirs susceptibles de contrecarrer l'accroissement des droits dont disposent les entreprises sur le fondement des règles du marché intérieur, est contraire à la loyauté du commerce, entendue comme une exigence de respect des valeurs sociales communes exprimées par les droits sociaux fondamentaux, dans l'exercice des libertés.

La loyauté du commerce devrait pouvoir fonder des actions visant à défendre les intérêts des salariés lorsque des valeurs sociales communes sont mises en cause par le développement de l'activité des entreprises dans le cadre du marché intérieur. Ainsi conçue, elle interviendrait fort à propos pour soutenir l'action des syndicats ou d'autres groupements dans l'organisation de formes de solidarités à l'échelle internationale, qui s'est nourrie, depuis quelques années, des ressources fournies par la directive sur le comité d'entreprise européen<sup>25</sup>. L'instance de

---

<sup>23</sup> Cf. l'article 137, point 6 du traité CE.

<sup>24</sup> Précité.

<sup>25</sup> Citée supra.

consultation requise par la directive, dans les entreprises de dimension européenne, a créé un espace pour le développement d'un contre-pouvoir syndical, que certaines entreprises se sont efforcées de limiter, autant que faire se peut<sup>26</sup>. Mais cela ne paraît pas avoir empêché que le mécanisme prévu par la directive, qui permet de réunir les représentants des salariés des différents pays pour discuter des stratégies de l'entreprise et de leurs conséquences sur les salariés, crée une dynamique favorable au développement de coopération syndicales transnationales, qu'il s'agisse de négocier des accords collectifs ou d'engager d'autres actions collectives, grèves comprises<sup>27</sup>. Ce mouvement pourrait être encouragé par la consécration d'un principe de loyauté du commerce justifiant une action judiciaire, dans l'intérêt des salariés, chaque fois que les activités internationales des entreprises portent atteinte aux valeurs sociales fondamentales reconnues par l'Union et ses Etats membres.

---

<sup>26</sup> En ce sens, J. Atleson, L. Compa et alii, *International Labor Law, Cases and Materials on Workers' rights in the Global Economy*, Thomson West, 2007, p. 362 qui citent l'exemple de l'entreprise Mark & Spenser, dans laquelle la présence des syndicaux au comité d'entreprise européen aurait été combattue par le management, lequel exploiterait cette situation pour contrer la syndicalisation dans certains de ses magasins.

<sup>27</sup> Op. cit. p. 364.