

François Vandamme

Professeur visiteur au Collège d'Europe à Bruges

Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain

**Convergences et divergences entre États
dans l'application du droit social communautaire.
Essai sur l'influence de l'Europe sociale**

Abstract

The article attempts to measure, in support of learning and major legal difficulties, the practical impact of social Europe by investigating the similarities and differences in the application of Community social law through the development of legislations, political and social dialogue in the states, as well as the influences of the open method of coordination in employment and welfare on the social reform process in the European Union.

Résumé

L'article tente de mesurer, à l'appui des acquis et difficultés juridiques principaux, l'impact pratique de l'Europe sociale en explorant les convergences et les divergences dans l'application du droit social communautaire à travers les développements des législations, des politiques et du dialogue social dans les États, de même que les influences des méthodes ouvertes de coordination en matière d'emploi et de protection sociale sur le processus de réformes sociales dans l'Union européenne.

L'Europe sociale reste décriée. Beaucoup prétendent qu'elle n'existe pas. Ceux qui la défendent ne convainquent pas. Que se passe-t-il donc ? En passant en revue les chapitres et les grands thèmes de l'Europe sociale cet article tente de relever les convergences et les divergences politiques qui résultent de l'application du droit communautaire et des mécanismes de coopération politique en matière de politiques sociales et d'emploi. À côté d'une Europe sociale élaborée par les gouvernements et destinée à élargir leur projet politique (I) se développe aussi une Europe sociale des autres acteurs que les gouvernements (II). Il semble que la perception de l'influence de l'Europe sociale soit fonction du niveau de politique sociale qui existait dans l'État de référence de la réflexion.

I – L'Europe sociale avec les gouvernements

A – Les malentendus et l'ambition réelle

Avant toute analyse de l'influence du droit social communautaire, il y a lieu de se rappeler la portée de l'action communautaire¹. Les spécialistes savent que l'analyse de cette influence doit prendre en compte les bases juridiques de la politique sociale dans les traités. Celles-ci fixent de façon limitative, en général, les objectifs de l'action et des critères de l'intervention communautaire, précisent les instruments juridiques qui peuvent ou doivent être utilisés sur proposition de la Commission et indiquent une procédure de décision, impliquant ou non le Parlement européen dans une co-décision. Chacun de ces éléments participe à la validité de l'action entreprise en droit communautaire sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne. Cette action produira des effets juridiques différents dans les États selon la nature de l'instrument choisi ou imposé : elle déterminera la « marge de manœuvre » dont disposeront les gouvernements ou les partenaires sociaux qui mettent en œuvre ces instruments et ces accords européens au niveau national, en faisant forcément usage de modalités différentes. Toute divergence inquiétait davantage au cours des premières décennies de la construction communautaire qu'aujourd'hui. À l'heure actuelle, la persistance de la diversité des pratiques et des régimes n'est pas perçue

¹ Vandamme, F., « *Souveraineté nationale et Europe sociale : quels sont les enjeux réels de l'intervention européenne ?* », Semaine sociale Lamy, Supplément, 19 juin 2006, n°1266, p. 37.

comme étant négative en soi. Certains vont même jusqu'à y voir un avantage pour la défense du modèle social européen dans la compétition mondiale². En réalité, dans les traités européens successifs, la prise en compte de la diversité et de la subsidiarité coexistait avec, au fronton de l'Union, plusieurs objectifs pour la politique sociale communautaire qui n'ont cessé d'augmenter l'ambition du projet d'ensemble. Le Traité de Lisbonne contient à son tour d'autres avancées. Il n'en demeure pas moins qu'il y a un certain décalage, qu'il faut admettre courageusement sur le plan politique, entre l'ambition affichée et la portée réelle des instruments communautaires.

B – Facteurs de convergence

De ceux-ci relèvent, en premier lieu, les dispositifs juridiques qui ont été coordonnés au moyen de règlements, actes directement applicables dans tous leurs éléments. Cette technique juridique a introduit la libre circulation des travailleurs. La portée pratique était considérable en termes de droits sociaux concrets pour les ressortissants communautaires. Deux règlements de base et une directive de coordination (2004/38) ont concrétisé des droits individuels à se déplacer, avec les membres de sa famille, dans le territoire de l'Union. Il a fallu vaincre en effet les résistances et les réticences des administrations nationales dont le droit social ne tenait pas compte des incidences de la mobilité des travailleurs dont peuvent se prévaloir désormais les ressortissants communautaires, lorsqu'il n'y a pas de périodes transitoires encore en application en la matière³. Depuis le traité de Lisbonne, « la méthode communautaire » classique s'applique désormais à la libre circulation des personnes, indépendamment de leur qualité de travailleurs. La Commission va donc faire des propositions pour étendre les droits. Le Conseil est déjà saisi, en outre, de plusieurs propositions de directives relevant de la politique d'immigration de l'Union.

En s'appuyant sur une base juridique générale d'action, c'est-à-dire non réservée à la politique sociale, plusieurs directives ont contribué à des convergences des droits des États membres lorsqu'elles procédaient à un rapprochement des législations en raison du fonctionnement du marché

² C'est ce qu'argumentait un ministre dans une lettre au commissaire européen responsable des questions sociales. La source est un document confidentiel.

³ La Cour européenne de justice fut sollicitée plusieurs fois, pendant 30 ans, afin d'intervenir dans un contentieux communautaire qui s'est à présent apaisé en matière de libre circulation des travailleurs.

commun⁴. Il s'agit des directives qui ont encadré les mutations industrielles et des restructurations⁵ en protégeant, par des protections sociales concrètes ou des garanties procédurales, les droits des travailleurs dans ces circonstances, ainsi que des directives qui ont construit progressivement le droit communautaire de l'égalité des chances et de traitement entre les hommes et les femmes⁶. Le premier groupe de textes rapprochait les dispositifs du droit du travail et les pratiques de relations professionnelles au nom d'un certain modèle de fonctionnement de l'économie propre aux pays membres de l'époque. Dans le deuxième groupe de textes, il s'est agi de mettre en œuvre, par des droits propres, des définitions de concepts essentiels, des principes d'interdiction et des garanties procédurales. Il s'est agi, en outre, de mettre en œuvre le principe de non-discrimination qui n'avait été envisagé à l'origine que sous l'angle salarial⁷ mais qui a fini par s'imposer dans une approche plus globale de l'égalité, prenant en compte l'ensemble des situations professionnelles et la sécurité sociale des hommes et des femmes. Plus tard, cette matière a inspiré l'approche suivie en vue d'asseoir le principe de non-discrimination sur d'autres motifs⁸.

Cette approche judicieuse de la non-discrimination n'a pas seulement établi des convergences dans les dispositifs mais a créé le droit national dans plusieurs de ses éléments au sein de plusieurs pays, au point d'avoir constitué l'encadrement juridique en cette matière probablement le plus développé. Il autorise d'ailleurs l'Union européenne à promouvoir ses éléments dans des négociations mondiales, principalement à l'ONU⁹.

⁴ Article 352 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

⁵ Notamment les directives sur les licenciements collectifs (98/59 du 20 juillet 1998, *JO L 225*, 12.08.1998, p. 16) et les transferts conventionnels d'entreprises (2001/23 du 12 mars 2001, *JO L 082*, 22.03.2001, p. 16).

⁶ La directive 2006/54 du 5 juillet 2006 a fusionné et refondu plusieurs textes antérieurs relatifs à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière d'emploi et de travail, *JO L 204*, 26.07.2006, p. 23.

⁷ Le célèbre article 119 du traité de Rome, devenu 157 TFUE.

⁸ Notamment les directives 2000/43 (« directive race ») et 2000/78 (« cadre général de la non-discrimination dans l'emploi »).

⁹ Sommet mondial sur les femmes (1995) à Beijing et le programme d'action qui a suivi. Travaux de la Commission de la Condition de la femme des Nations Unies.

Constituent également des facteurs de convergence, l'ensemble des directives qui ont établi, sur la base juridique limitée mais spécifique de l'ancien article 137 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE) (devenu 153 TFUE), des normes minimales en vue de la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs sur les lieux de travail, malgré que cette base les assortisse de conditions et de principes en vue d'en limiter précisément l'impact sur les dispositions nationales et en termes de coûts¹⁰. La trentaine de textes qui ont été édictés a plus que favorisé des convergences des protections. Ils ont, ici aussi, créé, ou en tout cas modernisé, les législations de l'Europe, en contribuant de ce fait à adapter les procédés industriels de production et de fabrication et à la prise en compte plus systématique et anticipative dans la gestion pratique des lieux de travail, dans une perspective de prévention générale, de risques divers susceptibles d'affecter la santé ou la sécurité des travailleurs. La santé et le bien-être sont considérés dans une vision holistique. À l'appui d'une interprétation large, sous le contrôle de la Cour de Justice, du concept de base du milieu du travail, certaines directives ont pris en compte d'autres besoins de protection que les strictes mesures de prévention des risques professionnels, en traitant la protection du travail des jeunes, de la femme enceinte au travail, des travailleurs intérimaires, ou encore l'aménagement du temps de travail, etc.

La politique sociale communautaire s'est aussi développée par la promotion des droits fondamentaux. Depuis le traité d'Amsterdam (1997), l'Union les promeut explicitement. Auparavant, la Cour de Justice, selon la jurisprudence bien connue, tenait compte des droits fondamentaux comme « principes généraux communs aux États membres » à l'occasion de son interprétation du droit communautaire. Des dispositions des traités eux-mêmes et le droit communautaire dérivé ont créé d'autres droits fondamentaux étroitement reliés au projet communautaire. Toutefois, en 1989, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs avait réuni sur le plan politique, à la fois les partisans d'une Europe plus sociale et ceux qui craignaient les conséquences sociales du marché intérieur. La déclaration, déjà dans son titre, soulignait qu'elle n'offrait pas des protections pouvant fonctionner en dehors du monde du travail ni ne créait une base pour une interprétation extensive des compétences de la Communauté européenne de l'époque. Ce texte

¹⁰ La question de savoir après coup si ces conditions et principes ont eu l'impact souhaité n'a pas fait l'objet d'études systématiques, à ma connaissance.

empruntait des éléments à la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe (1961) et rappelait les droits sociaux « acquis » sur la base de l'action communautaire et de la jurisprudence de la Cour. Les directives, qui ont édicté dans les années 1990 des normes minimales sur le milieu du travail, se sont appuyées non seulement sur leur base juridique mais aussi sur la Charte, afin de souligner qu'elles mettaient en œuvre un droit fondamental – le droit des travailleurs à la protection de la santé et de la sécurité au travail – outre leur participation à une œuvre de modernisation économique ou industrielle. La jurisprudence de la Cour a confirmé à plusieurs reprises que la Cour vérifie le respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de l'ensemble du droit communautaire.

Quant à la Charte des droits fondamentaux adoptée à Nice en décembre 2000 comme déclaration inter-institutionnelle de la Commission, du Conseil et du Parlement européen, mais rendue contraignante par le Traité de Lisbonne, elle avait pour but d'exprimer un condensé de droits fondamentaux, de toute nature, dont l'Union tiendra compte désormais. Les droits proclamés sont empruntés, même si légèrement aménagés, à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et à la Charte sociale européenne et coexistent avec des droits nouveaux. Certains États ont eu besoin de déclarer que la Charte ne les entraînera pas à devoir modifier des législations, notamment de droit civil, sur des sujets politiquement sensibles dans ces pays. Depuis lors, le traité de Lisbonne a créé la base juridique autorisant l'adhésion de l'Union à la Convention européenne pour prévenir les risques de divergences de jurisprudence liés à l'existence de deux instruments et de deux juridictions européennes. Le Conseil a mis au point entre-temps le mandat de négociation du traité d'adhésion. La négociation de la Charte l'a entourée d'un ensemble de verrous juridiques confirmant que la Déclaration n'a pas pour objet et ne peut avoir pour effet d'accroître les compétences de l'Union¹¹.

Les politiques de l'emploi et du marché du travail font l'objet d'une politique communautaire depuis le traité d'Amsterdam (1997). Elle tend à traiter directement à ce niveau ce qui est considéré comme un problème d'intérêt commun à l'Union et aux États membres. Plusieurs préoccupations

¹¹ Priollaud, F. X. et Siritzki, D., Le Traité de Lisbonne. Texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens, *La Documentation française*, Paris, 2008, pp. 449 et s. La Charte a été publiée au JOUE C 303 du 14 décembre 2007.

politiques majeures justifient la « stratégie » communautaire : convaincre que le grand marché n'est pas qu'un processus de libéralisation économique aveugle quant à ses conséquences pour l'emploi, assurer la compétitivité de l'Union – objectif davantage mis en avant depuis l'adoption de la stratégie économique et sociale de Lisbonne (mars 2000) et réaffirmé depuis dans le traité de Lisbonne et dans la nouvelle stratégie « UE 2020 » (mars 2010) – et, depuis 2008, aider les États à coordonner leurs réponses appropriées à la crise économique ; celles-ci ne peuvent s'écarter des critères communautaires (de convergence) de la politique macroéconomique confirmés dans le Pacte de croissance et de stabilité. En dépit de la stratégie communautaire, les États conservent fondamentalement toutes les clefs de la gestion de leurs marchés du travail mais le but général est de coordonner ou de favoriser les réformes structurelles nécessaires en Europe dans une convergence des efforts centrés sur des objectifs de plus en plus resserrés qui sont adoptés par le Conseil européen sur proposition de la Commission. La stratégie pour l'emploi est intégrée dans une stratégie économique plus large qui promeut, dans les termes actuels, une croissance « intelligente, durable et inclusive ». Les mécanismes de la stratégie macroéconomique et de la stratégie pour l'emploi sont décrits de façon détaillée dans le traité dans des bases juridiques séparées ; ce qui explique que les « lignes directrices intégrées » pour les politiques nationales sont réparties dans des actes juridiques différents¹². Les convergences des politiques nationales sont favorisées par les facteurs suivants :

- les États se sont entendus sur les défis essentiels des marchés du travail, comme par exemple le vieillissement des populations, l'enjeu de l'emploi des jeunes, celui des femmes, celui de l'adaptation et de la formation, les réformes structurelles de l'économie, le changement climatique ;

- les États et la Commission se livrent à une évaluation commune des politiques qui prend appui sur des rapports gouvernementaux annuels et un échange des bonnes pratiques ainsi que des évaluations par les pairs¹³ destinées à améliorer la qualité des politiques et leur efficacité par rapport aux défis ;

- les États ont été invités à travailler étroitement avec leurs partenaires sociaux dans les buts d'augmenter la surface d'adhérence des objectifs

¹² Articles 121 et 147 du TFUE.

¹³ Au sein du Comité de l'emploi et du Comité de la protection sociale et de leurs groupes de travail.

communs dans les contextes nationaux et de partager les responsabilités dans la gestion de l'adaptation structurelle.

Il en est résulté des paradigmes, notamment celui de la flexicurité¹⁴, celui de l'importance de surmonter les pièges à l'emploi (« *making work pay* ») ou encore de gérer efficacement les transitions professionnelles (« *making transition pay* »). Il en est également découlé des recommandations politiques en faveur d'une meilleure performance des systèmes d'éducation et de formation, notamment par rapport aux besoins criants de nouvelles compétences attendues sur les marchés du travail, et de la gestion active du chômage par la stimulation des politiques d'activation des demandeurs d'emploi et l'insistance à rendre les marchés du travail plus inclusifs ; c'est-à-dire en mesure d'offrir des opportunités d'emploi, d'évolution et d'anticipation à tous les groupes et notamment les plus vulnérables.

Dans le domaine de la protection sociale, ce qui n'est pas peu dire non plus, les États et la Commission ont appliqué une méthode ouverte de coopération qui s'inspire fondamentalement de la stratégie pour l'emploi et qui est validée par le nouveau traité. Dans ce cadre stimulant la convergence des efforts de réforme, des questions essentielles comme la gestion des régimes de pension en vue de leur viabilité et pérennité, les soins de santé, en vue notamment de garantir leur accès large et à un prix abordable, les services sociaux, en vue d'assurer la qualité de leurs prestations et services, sont abordées, de même que la lutte contre l'exclusion sociale et la pauvreté, celle-ci étant considérée comme inadmissible dans le cadre de la promotion d'un modèle social européen équitable, compétitif et performant. L'objectif de lutte contre la pauvreté est devenu encore plus central dans la nouvelle stratégie « UE 2020 » dont la mise en œuvre s'amorcera dès 2011.

Une conséquence politique de ces méthodes de coopération est qu'elles amènent quasiment tous les grands thèmes (urgents) des politiques sociales des États sur la table des discussions communautaires. Au fil du temps, les observateurs autant que les auteurs honnêtes des politiques admettent que cette évocation favorise des convergences : une plus grande aptitude du débat

¹⁴ Ce concept et paradigme ont déjà donné lieu à de longues listes de publications. Cf. notamment le résumé présenté dans Vandamme, F., « La flexicurité, qui est concerné ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, septembre 2006 ; article évoquant également l'intérêt du concept dans la lutte contre la pauvreté.

politique national à aborder de front plus de problèmes à la fois ; la fixation plus facile de priorités assorties d'un calendrier ; une meilleure intégration des politiques et une amélioration de la qualité de celles-ci ; une modernisation des approches ; un renforcement des dispositifs statistiques et d'évaluation ; ainsi que l'association de plus de partenaires concernés aux débats et une surface d'interpellation pour les parlements, si ceux-ci parviennent à s'emparer également de ces travaux.

C – Facteurs de divergence

L'ambition de l'Europe sociale n'a jamais été et ne peut être d'harmoniser les modèles et systèmes nationaux. Les processus de convergence que nous venons d'illustrer ne vont pas jusqu'à atteindre ce résultat. La diversité des modèles nationaux s'est au contraire accrue à la suite des élargissements successifs de l'Union. Les observateurs admettent que le plus grand élargissement, celui qui est intervenu en 2004, n'a pas eu l'effet escompté en termes de levier pour le développement des politiques sociales¹⁵. Au Conseil, on a constaté depuis lors les différences ou divergences d'intérêt exprimées par les délégations des nouveaux États membres quant à l'urgence, l'intérêt ou la priorité des initiatives de la Commission sur base de ses « *Agendas sociaux* ». Chacun des nouveaux États membres se trouvait dans une situation différente dans la gestion de la transition économique et de l'assimilation du droit communautaire. Il n'en demeure pas moins que grâce à l'action communautaire, les paradigmes issus des discussions communes pénètrent dans la gestion des politiques sociales et d'emploi de tous les pays, dans les discours politiques, de même que des principes et des procédures de gouvernance des relations professionnelles.

Il n'y a pas, en réalité, de vision commune ni de consensus, sur les priorités de la politique sociale nécessaire au niveau de l'Union, ni pour un socle de droit du travail¹⁶. En revanche, paradoxalement, des textes assez

¹⁵ Vandamme, F., *Enjeux sociaux et gouvernance de l'Europe, aide-mémoire du cours sur ce sujet*, Collège d'Europe, Bruges, 2009-2010 ; Vaughan-Whitehead, D., *EU Enlargement versus Social Europe? The uncertain Future of the European Social Model*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003.

¹⁶ Dans ce contexte, la vision commune du modèle social européen défendue par un réseau académique, en 2006, dans le contexte de la gestation difficile d'un nouveau traité européen, en faveur d'un meilleur ancrage des acquis du droit du travail des États et de l'Union dans le traité ou dans le droit communautaire, ne correspond pas

forts sont adoptés par le Conseil pour promouvoir la dimension extérieure de la politique sociale communautaire, lorsqu'il s'agit, par exemple, de soutenir l'Organisation internationale du travail dans son action en faveur de la dimension sociale de la mondialisation¹⁷ et d'entretenir le dialogue avec d'autres partenaires globaux en vue de faire face à des enjeux sociaux communs¹⁸.

Les principes de proportionnalité et de subsidiarité qui ont été consolidés dans une déclaration annexée au Traité de Lisbonne reflètent naturellement une prise en compte des spécificités des politiques nationales dans la conception et l'application du droit communautaire. Le premier de ces principes est destiné à en limiter leur impact dans la mise en œuvre du droit communautaire tandis que le second laisse subsister une interprétation plus ambiguë, selon les enjeux et les matières. Le principe de proportionnalité a été créé par la Cour de justice, notamment dans sa jurisprudence sur le marché intérieur tandis que le second est un principe de philosophie politique.

Si l'ensemble des États membres avait ratifié dans la même mesure la Charte sociale européenne (1961) et la Charte sociale européenne révisée (1996), un argument de poids aurait manqué pour justifier les Chartes communautaires évoquées plus haut. En effet, à l'heure actuelle, les États membres n'ont pas ratifié l'un ou l'autre instrument de la même façon, ce qui est un résultat prévu par ces instruments qui prévoyaient des ratifications à la carte. Étonnamment, la Charte révisée a été ratifiée par davantage de nouveaux États membres que d'anciens, alors que cet instrument contient des droits directement issus du droit communautaire. Les travaux communautaires ne se réfèrent jamais à la « jurisprudence » issue des conclusions du Comité européen des droits sociaux qui évalue l'application de ces instruments à l'échelle plus large du Conseil de l'Europe. Dans l'application de la Charte, il semble que plusieurs États membres de l'Union

à l'heure actuelle à un consensus politique mais mérite encore d'être étudiée dans la perspective de consolider d'autres convergences des systèmes qui restent non valorisés. Cf. Brouillet, J., Rigaux, M. et Vandamme, F., « Le Modèle social européen : source ou moteur de la construction européenne », *Droit social*, n°12, décembre 2006, Paris.

¹⁷ Notamment son agenda du Travail décent.

¹⁸ Je me réfère aux discussions dans l'enceinte ASEM (UE-Asie) et du partenariat Union pour la Méditerranée/EuroMed notamment.

ne veulent pas accepter des évaluations des législations et des pratiques qui iraient au-delà des exigences découlant du droit social communautaire.

Des divergences d'application des textes communautaires ont été explicitement encouragées dans certains textes eux-mêmes, lorsqu'ils prévoyaient des clauses exorbitantes du droit du travail classique. À cet égard, les directives sur l'aménagement du temps de travail (93/104 et 2003/88) les ont cumulées : celle qui prévoit la possibilité de renoncer par un accord individuel du travailleur à la durée du travail convenue dans l'entreprise et celles qui prévoient que des accords entre partenaires sociaux peuvent déroger à des normes protectrices apparemment impératives.

Enfin, la crise économique et financière soudainement apparue en 2008 a fait apparaître des divergences dans les politiques sociales et d'emploi, en dépit des appels politiques de la Commission et du Conseil européen sur la base de leurs plans de relance et stratégies de réformes successifs. On sait que les tensions sont fortes sur la prise en compte des critères de convergence budgétaire. Pendant la crise, la Commission et le Conseil ont recommandé, avec l'appui d'autres instances internationales comme le G20 et le Bureau international du Travail – ce dernier sur la base de son Pacte mondial pour l'emploi –, la coordination des politiques dans un intérêt mutuel et le refus de l'option protectionniste. Ils souhaitaient la poursuite des réformes structurelles. Que l'adhérence aux recommandations des stratégies économiques et pour l'emploi fut maintenue en dépit de la crise et de ses conséquences était une conclusion politique en soi significative.

D – L'impact social du droit du marché intérieur

Cette question, techniquement plus complexe, fait apparaître tant des convergences que des divergences dans l'interprétation du droit communautaire.

La matière couvre les aides d'État (aides à l'emploi) dans laquelle, pour contrer des pratiques divergentes entre les États, la Commission européenne a favorisé, sur base du traité, des comportements convergents au moyen de ses régimes d'encadrement des aides, en vue de l'assainissement de l'économie et des entreprises, dans une perspective de compétitivité à long terme. Le contrôle préalable des concentrations est un autre pan de la matière où il semble que des arguments d'emploi ne puissent être considérés comme

décisifs par la Commission¹⁹. Enfin, il y a les bénéfiques pour l'emploi du marché intérieur, pris dans sa dimension entière. Cette question est *a priori* moins controversée globalement. Il faudrait l'évaluer secteur par secteur.

Plus controversés, par contre, sont certaines règles communautaires et des arrêts de la Cour de Justice européenne, visant à lever les obstacles ou les restrictions (des procédures et pratiques administratives) à la libre prestation des services ou au droit d'établissement. L'idéologie trouve ici des boulevards, dans un sens ou dans l'autre. Tout en devant reconnaître que la Commission et la Cour ont été tentées de « ratisser » assez large, pour donner plein effet aux libertés du marché intérieur²⁰, il faut rappeler qu'elles ont aussi admis dans plusieurs affaires que des exigences, des principes, des valeurs et des objectifs de politique sociale peuvent fonder des restrictions apparentes pour autant qu'elles soient non-discriminatoires et justifiables sur la base du principe de proportionnalité. Cependant, la diversité des systèmes juridiques rendait variables dans les États les ajustements juridiques que cette jurisprudence imposait le cas échéant. Dans des arrêts récents²¹, qui ont provoqué une vive controverse chez les observateurs attentifs de l'Europe sociale, la Cour a tenu clairement à « mettre en balance » des droits sociaux internationalement reconnus, comme le droit de grève et le droit de négociation collective, avec les droits garantis au titre des autres libertés constitutives du marché intérieur. Certains commentateurs en ont déduit que la Cour organisait une subordination de ces droits aux dernières. Cependant cette interprétation semble aller trop loin car la Cour a explicitement reconnu la nature fondamentale des premiers. Mais, s'agissant de leur prétendue mise en œuvre dans des actions syndicales particulières, la Cour a invoqué le principe de proportionnalité dont doit tenir compte le juge national. La Cour avait dû tenir compte aussi, dans les cas d'espèce, de la manière avec laquelle les États concernés avaient appliqué la directive sur le détachement des

¹⁹ Règlement 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004, *JO L 24* du 29.01.2004, p. 1. La Commission a adopté, le 10 juillet 2007, une communication juridictionnelle consolidée expliquant ses pratiques en matière de concurrence dans le domaine de ce contrôle : *Bulletin Quotidien Europe*, jeudi 12 juillet 2007, p. 9.

²⁰ On se souviendra de la levée de boucliers qu'avait suscitée le projet de « directive Bolkestein » devenue la directive sur les services dans le marché intérieur, 2006/123.

²¹ Affaires *Viking*, C-438/05, CJUE 11 décembre 2007, *Laval*, C-341/05, CJUE 18 décembre 2007.

travailleurs dans le cadre de la libre prestation des services²². Cette directive définit une liste de matières de droit du travail qui peuvent être appliquées impérativement dans le pays d'accueil. La protection minimale ainsi offerte aux travailleurs détachés n'a donc pas forcément la même étendue dans les États. Le cadre juridique global de la transposition de la directive dans les États concernés par les litiges limitait les effets du droit de grève qui pouvaient être tolérés ou reconnus. Il est un fait cependant que l'obligation assignée au juge national d'appliquer le principe de proportionnalité en effectuant cette balance entre les deux catégories de droits, issus de sources de droit international différentes, peut prêter à discussion. Car le droit social international contient aussi ses exigences et ses principes, et son application est, en théorie, renforcée dans le cas de la reconnaissance de sa primauté sur le droit interne.

En outre, la transposition dans les États membres de la directive sur les services dans le marché intérieur révèle que des incertitudes juridiques demeurent quant au statut de certaines réglementations nationales de droit social, en dépit des exclusions et dérogations figurant dans la directive à la suite d'ardus compromis politiques tant au Conseil qu'au Parlement européen. Il en va notamment des réglementations qui encadrent les services sociaux d'intérêt général. Cette situation crée, pour de nombreux opérateurs publics ou privés qui les gèrent, une ambiance désagréable : ils vivent sous la menace permanente d'une possible interprétation des statuts de leur entreprise dans le sens de favoriser une plus grande concurrence dans le secteur d'activité ou de l'illégalité (possible) du « mandatement » public de ces opérateurs au détriment de leur interprétation de leurs missions essentielles perçues comme des missions sociales, ou relevant de la politique sociale, et non comme relevant d'un service qui puisse aussi être de nature économique. Cette crainte pèse considérablement également sur la perception de l'Europe sociale par de nombreux acteurs sociaux. N'étant qu'une composante des services économiques ou non-économiques d'intérêt général, les services sociaux viennent en aide à de vastes couches de la société dans un but de solidarité et de cohésion sociale et territoriale. Cet argument fondateur et très politique est peu compatible avec une vision plus marchande de la politique sociale. En attendant, en l'état actuel du droit communautaire,

²² Directive 96/71/CE du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JO*, L 18, 21. janvier 1997, p. 1

ce sont bien les pouvoirs publics, au sein des États membres, à l'échelon approprié, qui définissent les obligations et les missions d'intérêt (social) général de ces services ainsi que leurs principes d'organisation.

II – L'Europe sociale des autres acteurs que les gouvernements

L'Europe sociale n'est plus aujourd'hui la seule affaire des gouvernements. L'activité communautaire est enrichie également par les résultats du dialogue social européen et par, depuis bientôt une dizaine d'années, l'encouragement de pratiques de responsabilité sociale des entreprises.

On entend par dialogue social européen, au sens strict, le processus d'échanges et de production d'accords qui, au niveau de l'Union, implique et concerne les organisations européennes suivantes des partenaires sociaux : Business Europe, l'UAPME, le CEEP, la Confédération européenne des syndicats (CES). Depuis la naissance de ce grand dialogue, sur base de l'Acte unique européen, ces partenaires ont entretenu, à un rythme variable, une capacité mutuelle de négociation ; quoique la CES soit plus souvent disposée en vertu d'un mandat interne pour ce faire. Ils sont devenus des acteurs de la gouvernance de l'Union à côté des gouvernements. Sur le plan juridique, ce qui permet d'étayer cette reconnaissance, ce sont trois articulations reliant ce processus aux activités politiques communautaires²³ ; à savoir l'intégration de l'intervention des partenaires sociaux dans le processus de décision ; le « dialogue macro-économique » et le Sommet social tripartite.

Il s'agit donc tout d'abord de l'intégration de l'intervention des partenaires sociaux dans le processus de décision, en matière de politique sociale selon la méthode communautaire. En vertu de ce dispositif, les partenaires sociaux sont consultés à deux reprises par la Commission européenne lorsqu'elle « envisage une initiative de politique sociale »²⁴.

²³ Consulter avec intérêt l'étude d'Arnaud Mias en vue du colloque des 15 et 16 juin 2009 de la Fondation Europe et Société (29, rue Cardinet, 75017, Paris) : *Le dialogue social européen en interactions. Influences et interférences des différents instruments de l'Europe sociale sur les politiques et pratiques aux différents niveaux, de l'Europe à l'entreprise.*

²⁴ Art.154 du TFUE.

Dans le courant de la deuxième consultation, les partenaires sociaux peuvent s'approprier véritablement la négociation, dans un certain délai, de la proposition d'action concrète jusqu'à, s'ils aboutissent, un accord dont ils peuvent, soit décider de le recommander à leurs organisations membres en vue de la négociation collective nationale sur la question en discussion, soit demander à la Commission européenne de le proposer au Conseil en vue de lui donner une portée obligatoire dans l'Union. Cet accord constituera alors l'élément essentiel de contenu d'une directive²⁵. Les accords européens sur le télétravail et sur le stress au travail ont suivi la première voie et les accords sur le congé parental, le travail à temps partiel et le travail à durée déterminée ont été intégrés dans une directive. On pourrait dire que ce n'est pas spectaculaire mais on pourra reconnaître que ces accords portent sur des questions qui relèvent traditionnellement de la compétence des partenaires sociaux au niveau national. Par ailleurs, ces accords règlent des questions et des enjeux extrêmement concrets dans les relations de travail en créant ou confirmant des droits sociaux, notamment celui de la non-discrimination des travailleurs.

En termes de convergences, les résultats de la négociation doivent s'apprécier à deux niveaux. D'abord, celui de l'élaboration des mandats de la négociation au sein des organisations nationales des partenaires européens ; ce qui a entraîné une discussion inévitable dans les organisations de plusieurs pays sur les avantages et les inconvénients d'une approche négociée en dehors du « législateur » traditionnel, et donc sur les mérites d'une « subsidiarité » respectée selon cette procédure. Ensuite au niveau de l'application de ces accords dans les pays, selon le processus de transposition des directives qui contiennent les accords, où, quelle que soit l'option prise au niveau national²⁶, les droits consacrés par les accords, leurs principes et les autres protections ont pénétré les systèmes juridiques nationaux de droit social, augmentant de ce fait les sources de ce droit social. C'est l'examen de ces résultats dans les différents pays qui permet de mesurer l'influence réelle du dialogue social européen sur le dialogue social national en termes de convergences des pratiques. Les résultats, par contre, de l'application des accords qui n'ont pas été intégrés dans des directives mais qui ont été recommandés aux organisations nationales semblent plus contrastés en ce qui

²⁵ Car le traité ne prévoit que cet instrument dans les matières énumérées à l'article 153.1,b) du TFUE.

²⁶ Nouvelle négociation des partenaires sociaux ou processus législatif classique.

concerne une analyse des convergences, car un plus large éventail de scénarios se présente, depuis le non-intérêt ou la non « transposition » de l'accord européen jusqu'à sa « transposition » par voie législative alors même que l'accord ne s'est pas imposé par une directive. En dehors de ce mécanisme d'articulation du dialogue social européen au processus de décision communautaire, les partenaires sociaux européens ont aussi décidé, sur l'impulsion du Conseil européen²⁷, des programmes de travail propres pour accompagner le processus de réformes engagé collectivement depuis la stratégie de Lisbonne.

Les deux autres articulations du dialogue social européen aux activités politiques communautaires sont le « dialogue macro-économique » et le Sommet social tripartite²⁸. Ils ont une moindre portée juridique immédiate pour les travailleurs ou les citoyens que le dialogue social européen proprement dit, qui vient d'être exposé, mais ils ne sont pas moins des processus très réels d'implication ou de participation des partenaires sociaux européens, certes pas très connus à l'extérieur des enceintes concernées ; c'est le moins qu'on puisse dire. Ces processus permettent aux autorités politiques communautaires d'entendre les points de vue des partenaires sociaux. Ces opinions seront alors prises en compte (ou négligées : on ne peut exclure cette hypothèse) dans les décisions ou recommandations d'ordre politique que ces autorités prendront. Dans le dialogue macroéconomique²⁹, les partenaires sociaux européens sont associés à un processus, systématique mais informel, même secret, de dialogue réunissant des représentants de la Commission (surveillance du traité), du Conseil (les gouvernements et les budgets des États) et de la Banque centrale européenne (politique monétaire) qui porte sur plusieurs paramètres de la politique économique de l'Union. C'est véritablement une forme de gouvernement économique qui ne porte pas son nom alors que ce dernier projet, qui s'impose de plus en plus en complément de l'Union économique et monétaire, suscite encore, fût-ce par son nom, des frayeurs ou des résistances dans certains pays. À l'occasion du Sommet social tripartite, les représentants des partenaires sociaux européens sont consultés par une « *troïka* » des Présidences (actuelle et les deux suivantes) du Conseil européen sur l'ordre du jour avant la session de ce

²⁷ Notamment celui de Laeken, décembre 2001.

²⁸ Institutionnalisé entre-temps par le Traité de Lisbonne : art.152 du TFUE.

²⁹ Sur son origine, consulter la contribution d'Anne Dufresne dans le Bilan social de l'Union européenne, 2001, publié conjointement par l'Institut syndical européen et l'Observatoire social européen, Bruxelles, 2002, p. 85.

dernier. L'impact sur les convergences des approches de leurs membres de ces deux dernières formes d'implication des partenaires sociaux européens dans le débat politique communautaire est difficile à mesurer mais il y a fort à parier que le dialogue macroéconomique exerce une influence, diffuse mais à haut niveau, sur le contrôle du débat politique dans chaque pays sur les questions délicates en discussion ainsi que sur la revendication politique et sociale. Ce dialogue rend possibles des coordinations de décision au plus haut niveau dont les effets ne sont perceptibles qu'en termes de stabilité politique dans l'application du chapitre de la politique économique du traité. Il me paraît y avoir beaucoup moins de contestation et de revendications questionnant ce processus de décision qu'en matière de politique sociale où de nombreux acteurs, à tous les niveaux, s'interrogent encore sur l'existence ou non d'une politique sociale en Europe.

Le thème de la Responsabilité sociale des entreprises (RSE) a trouvé son espace de déploiement dans l'activité communautaire alors même qu'il ne s'appuie sur aucune base dans le traité. Il y a, à présent, un consensus de l'ensemble des partenaires pour considérer que ce concept ne vise que des pratiques volontaires des entreprises se situant « au-delà (de leur responsabilités découlant du respect) des lois » visant à prendre en compte l'impact de leurs activités sur le plan social et environnemental dans l'ensemble de leur gestion et de la chaîne d'approvisionnement, de production et de distribution de leurs biens et services. Nous avons affaire ici à un impact plutôt positif de la mondialisation. Un grand nombre d'entreprises européennes semblent bien cotées sur ce registre³⁰. La RSE a reçu en quelque sorte un droit de cité dans l'UE lors du Conseil européen, réuni à Lisbonne, en mars 2000. Il avait lancé un appel officiel « au sens de la responsabilité sociale » des entreprises européennes afin qu'elles prennent leur part de responsabilités dans la mise en œuvre des réformes structurelles.

Les organisations syndicales, d'abord très réticentes, ont progressivement intégré l'enjeu dans leurs pratiques. Le thème n'émerge pas encore comme un thème nouveau du dialogue social en Europe. La RSE, en prenant en compte une plus large gamme d'intérêts ou de préoccupations, et donc

³⁰ Constatation reçue à la lecture de nombreux documents présentés et consultés en la matière. Beaucoup d'entreprises européennes sont observées à ce titre et sont sollicitées pour des expertises par des entreprises ou des gouvernements d'autres continents, notamment d'Asie.

d'autres partenaires, entraîne les syndicats à intégrer d'autres paramètres dans leurs actions et dans la négociation collective en l'amenant à celui des groupes³¹. Ceci ne les prive naturellement pas de leur devoir de critiquer la RSE s'ils découvrent derrière ce prétendu label matière à dénoncer des pratiques non louables ou légalement critiquables.

Alors, pratiques convergentes ou divergentes ? On pourrait voir aisément dans la RSE des facteurs de divergences en Europe, compte tenu de l'absence d'encadrement européen, des pressions possibles en faveur de la déréglementation sociale, de la variété des pratiques, du nombre d'entreprises et des approches très différentes des gouvernements, spécialement quant à leur rôle de soutien de la RSE. Une observation plus positive reconnaît les opportunités de la RSE pour promouvoir, même à l'échelle globale³², des principes fondamentaux de gouvernance, des droits et principes fondamentaux au travail universellement reconnus, des bonnes pratiques de gestion ayant un impact économique et social positif, notamment tout ce qui contribue à gérer le changement climatique et l'impact écologique. Il faut cependant admettre que la RSE est un mouvement international dans la vie des affaires dont le but final n'est pas clair ni réellement avoué. La crise économique et financière d'aujourd'hui offre sûrement l'opportunité d'un test de crédibilité. Par ailleurs, la question du contrôle et de l'évaluation des pratiques et des différents codes de conduite que la RSE développe, en dehors de leur impact direct sur les marchés, est une autre question délicate dont la réponse n'est pas stabilisée en termes institutionnels ou juridiques, au niveau international. Le problème de la RSE, c'est qu'il n'y en a pas qu'une. C'est là l'intérêt de la future norme ISO 26000 à la préparation de laquelle l'UE n'a pu comme telle coordonner son apport : son ambition exhaustive³³,

³¹ Nous faisons allusion ici aux accords transnationaux conclus entre des grandes entreprises, à la tête d'un groupe, et des fédérations syndicales internationales.

³² En témoignent le Pacte global des Nations Unies et la volonté des organisations internationales de promouvoir davantage leurs instruments portant des Principes pour les pratiques des entreprises multinationales en référence notamment à la politique sociale : les Principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales (1976, revus entre-temps et dont un nouvel exercice de révision a débuté) et la Déclaration tripartite de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale (1977).

³³ Cette future norme de l'International Standard Organisation a pour vocation, dans une norme d'orientation, à capitaliser les concepts, les références et les meilleures pratiques de RSE, y compris les « pratiques du travail » (*labour practices*), dans un but quasi exhaustif de référence mondiale. www.iso.org

même si elle ne sera pas une base de certification, permet d'espérer que beaucoup de textes et principes de référence auxquels se réfèrent les cultures juridiques et des législations en Europe seront pris en compte dans cette norme internationale d'application volontaire.

Conclusion

Nous avons voulu mettre en perspective, en termes de convergences et de divergences entre États, les acquis principaux du droit social communautaire, et essayé d'identifier leur impact sur l'évolution des législations, des politiques, des pratiques, des comportements des gouvernements et des partenaires sociaux. Ces deux groupes d'acteurs participent en effet à l'élaboration du droit communautaire autant qu'à des rencontres de coordination politique, et les uns comme les autres doivent assumer des obligations dans l'application de ce droit. L'articulation du rôle des institutions communautaires et du dialogue social européen s'inspire de la coopération entre les gouvernements et les partenaires sociaux à l'échelon national, qui fait de ce modèle de gouvernance un des éléments centraux du modèle social européen. Ce modèle s'appuie aussi fondamentalement sur des droits sociaux fondamentaux en partie issus du droit social communautaire. En évoquant les méthodes ouvertes de coordination en matière d'emploi et de protection sociale, nous avons repéré leurs influences sur la gouvernance de la politique sociale et d'emploi dans les États et sur le processus de réformes à l'œuvre en Europe. Nous avons aussi épinglé des difficultés de l'Europe sociale, confrontée à la pression du droit d'établissement et de la libre prestation des services ; pression qui ne fera que s'accroître s'il n'y a pas de vision plus étoffée qu'actuellement d'un socle de droit du travail en Europe. Cette constatation est paradoxale alors que l'Europe dispose de tant de Chartes proclamant des droits fondamentaux mais il a fallu reconnaître qu'elles tolèrent des divergences dans leur conception même. En outre, il est apparu que le dernier élargissement de l'Union n'a pas renforcé sa cohésion sociale ni le consensus politique qui serait nécessaire. Pourtant le droit social communautaire doit faire preuve de créativité pour convaincre les entreprises et les travailleurs de s'adapter, avec l'aide des gouvernements, dans une résolution équilibrée des droits et des opportunités, aux circonstances plus rapidement changeantes qu'à l'époque de la naissance du droit social et même du droit social communautaire.