

État social et traité de Lisbonne

Adoración Guamán Hernández. Professeur de Droit du Travail, Département de Droit du Travail et la Sécurité Sociale. Universitat de València

Il y a des années, avant que la crise économique s'établisse en Europe, tout discours critique sur l'Union Européenne devait faire face à un discours dominant qui provenait des institutions européennes et de la majorité des gouvernements, comme l'espagnol.

Ce discours institutionnel louait l'UE en attribuant la croissance économique et même le progrès social de la zone euro à l'intégration européenne, en affirmant que cette croissance dérivait directement du processus d'intégration économique donc, de la construction du marché intérieur.

En fait, si on regarde l'histoire de la construction de l'Union Européenne on ne peut pas nier que dans l'Europe des 15, il y a eu une notable croissance économique, particulièrement pendant les premières décades de l'intégration du marché.

Mais une interprétation plus réelle et critique nous démontre comment ce progrès a découlé d'autres raisons plus importantes, particulièrement des effets de la construction au niveau national de l'État social (état providence).

Suivant cette idée, soutenue par des constitutionalistes espagnols et italiens les plus critiques, je commence mon intervention avec cet affirmation que je trouve incontournable « la croissance économique et sociale initiale de l'UE a bien dérivé d'un processus historique au niveau national: la reconnaissance constitutionnelle et normative de l'État social et des droits sociaux ». Reconnaissance qu'on peut caractériser de façon très concrète en deux points :

- La réalisation d'un pacte entre capital et travail, qui permet la régulation des relations de production, des relations de travail et du conflit social.
- L'intervention redistributive, ou tendant à la redistribution, de l'État pour diffuser les effets de la croissance.

Ainsi, l'idée de base est l'acceptation que l'État social fût à la base de la construction de l'UE

Néanmoins, comme on le sait bien, les rapports entre les fondements de l'État social et l'intégration de marché n'ont jamais été civilisés. Dans une première époque se

produisait le dénommé “*decoupling*”, en laissant les compétences sociales dans le domaine des États membres et élevant les compétences économiques au niveau communautaire. Nonobstant, très tôt, la construction du marché intérieur a prouvé que, malgré cette division de compétences, les tensions entre les questions sociales et les objectifs économiques se sont multipliées, spécialement à partir des années quatre-vingt.

À partir de ce moment, l'ancien *decoupling* est devenu dépassé par les nécessités chaque fois plus urgentes du marché intérieur, comme le démontre clairement l'impact de la libre circulation des services sur les systèmes nationaux de droit du travail.

En fait, la réalisation des libertés de circulation, spécialement d'établissement et la libre prestation des services et l'application des dispositions qui règlent la concurrence a provoqué une mise en question successive des législations du travail nationales. Même en reconnaissant les compétences étatiques en matière de travail, la Cour de Justice a déclaré catégoriquement que "la marge d'appréciation dont les États membres disposent en matière de politique sociale ne saurait justifier qu'il soit porté atteinte aux droits que les particuliers tirent des dispositions du traité consacrant leurs libertés"

De cette manière, le principe d'attribution de compétences qu'informe le Droit communautaire est dilué, en permettant l'extension de l'action de la Communauté vers des sphères étrangères à ses compétences quand il s'agit de questions concernant l'établissement du Marché intérieur. Pour cette raison, il peut être constaté qu'en ce moment peu importe le fait que la compétence sur certaines questions sociales, comme la régulation du droit de grève ou des systèmes de négociation collective ou le salaire minime ou les services publics d'emploi, continue dans le cadre étatique, puisque le droit communautaire, par la voie de l'intégration négative, gagne du terrain dans ces domaines.

Ainsi nous pouvons admettre que le développement de l'intégration européenne, a produit "une érosion du constitutionalisme national", commun à toutes les branches du droit, et qu'il a supposé la négation de droits qui constituent une partie fondamentale de l'État Social, qui sont inhérents à ce dernier et, par conséquent, nécessaires pour son fonctionnement adéquat.

Donc, si l'État social fut un facteur fondamental pour la construction des communautés, au fur et à mesure que le droit européen se développe, il se configure comme un facteur de sa destruction.

Mais pourquoi cette attaque frontale du droit communautaire contre l'État social? Précisément parce qu'il implique un pacte entre capital et travail, jamais équilibré mais réel, orienté à éviter ou au moins à modérer que puisse se produire une relation de supériorité entre la raison économique et la raison sociale. C'est-à-dire, d'un coté l'État Social admet, même, exige, l'intervention des pouvoirs publics avec finalité d'ordination de l'économie et la redistribution de la richesse ; de l'autre, il comporte l'intervention des agents collectifs, des syndicats, dans l'ordination des relations du travail.

Évidemment ces deux questions sont contraires aux principes fondamentaux du droit communautaire, ceux qui conforment la Constitution Économique Européenne : le pacte de stabilité, la discipline budgétaire, les libertés économiques et le droit de la concurrence. Ces principes imposent le marché cœur du système et subordonnent la raison sociale à la raison économique.

Ainsi, même en crise, parce que nous ne pouvons pas nier que la crise de l'État social était déjà un fait pendant les années 80, l'État social contenu au niveau constitutionnel dans les États Membres implique un danger pour les objectifs réels de l'UE. Et pour cette raison il y a des auteurs qui maintiennent que la correction de ce fait, était derrière les intentions du Traité de la Constitution européenne et du Traité de Lisbonne, en provoquant des réformes constitutionnelles par la voie du principe de primauté.

Mais, avant de plonger dans le Traité de Lisbonne il faut reconnaître que si on parle de droits sociaux et son rapport avec la Constitution économique européenne, nous nous trouvons depuis longtemps dans une situation de lutte, sans solutions normative dans les traités ou le droit dérivé.

Ainsi, depuis la fin des années 80, la Cour de Justice de l'Union Européenne a fait des fonctions d'arbitre, pas impartial du tout, en évaluant à de nombreuses occasions, les normes nationales du travail et de sécurité sociale, en comprenant les conventions collectives, à la lumière du droit de la concurrence et des libertés de circulation économiques.

L'analyse de la jurisprudence de la Cour de Justice en application les deux piliers du marché intérieur, libertés économiques et droit de la concurrence, montre comment les frictions se produisent en deux sphères : d'un coté, entre la régulation du marché des biens et des services et les normes étatiques qui règlent les relations du travail, la sécurité sociale ou même des services d'emploi; de l'autre coté,

l'affrontement se produit entre les libertés économiques et le droit de la concurrence et l'action syndicale et les conventions collectives.

Dans le premier cas, même en dehors des compétences normatives de l'UE, il y a eu une claire opposition entre l'exercice de la compétence normative nationale en matière sociale et la construction du marché intérieur. La jurisprudence de la Cour prouve comment la marge d'appréciation dont les États membres disposent en matière de politique sociale n'arrive pas à constituer une exception sociale capable d'éviter que la réalisation des libertés de circulation économiques provoque soit l'élimination soit l'inapplication de certaines normes nationales du droit du travail ou de la sécurité sociale.

Donc, pendant des années, et au service des libertés de circulation, la Cour de Justice a évalué diverses normes nationales de régulation du travail.

Entre autres :

- la prohibition de travailler le dimanche, présent dans le code du travail belge ou français.
- la loi belge de réglementation des activités de placement de travailleurs.
- plusieurs normes nationales sur les entreprises de travail intérimaire.
- et, la loi grecque qui imposait la relation de travail pour la réalisation d'une certaine activité.

Toutes ces réglementations furent l'expression de la compétence nationale en matière sociale mais, sauf la réglementation des horaires (qui est objet d'une harmonisation par directive), toutes ont été modifiées à cause de leur incompatibilité avec la création du marché intérieur.

En outre, la réalisation de la liberté de prestation des services a remis en question l'application des normes du travail aux travailleurs détachés lors d'une prestation transnationale des services. En effet, l'application de cette liberté a transformé la diversité existante entre les législations du travail nationales en une question très problématique.

Tout au long de sa jurisprudence, la Cour de Justice a admis, en quelques occasions, des restrictions aux libertés de circulation produites par des normes nationales du travail justifiées dans la « protection des conditions de travail ou des travailleurs ». Cependant, les conditions pour que la restriction soit admise sont strictes et il y a d'autres questions fondamentales, le maintien de la paix sociale, qui n'ont pas été évaluées comme exigences impératives.

D'un autre côté, en appliquant le droit de la concurrence, la Cour a englobé dans la définition d'entreprise certaines institutions liées au phénomène du travail, comme les services publics d'emploi et quelques organismes publics de gestion des régimes d'assurance complémentaires. La protection de ces activités par le droit du travail n'a pas constitué un obstacle pour sa soumission à la tutelle communautaire.

Mais, en dehors de ces frictions et plus actuelle, il existe une deuxième sphère d'interaction, particulièrement tragique, issue de l'évaluation de l'action collective des travailleurs par le droit constitutionnel économique communautaire.

Dans le domaine du droit de la concurrence le problème a découlé de la volonté de considérer les conventions collectives comme des ententes. La Cour de Justice s'est prononcée en plusieurs occasions sur la question (particulièrement dans l'arrêt *Abany*), en affirmant que, en droit communautaire, les conventions collectives échappent, par leur nature et leur objet au champ d'application de la norme concurrentielle.

Cette formule imprécise ne fait pas référence aux conditions d'applicabilité du droit de la concurrence. En effet, jusqu'à aujourd'hui, la Cour a évité de se prononcer sur la considération des syndicats comme entreprise et de construire ainsi une claire, liée au domaine subjectif du droit de la concurrence. Des problèmes dérivés de cette jurisprudence imprécise ont commencé à apparaître dans les États membres. En effet, au niveau national les tribunaux ou autorités de protection de la concurrence ont commencé à contrôler et dénoncer des conventions collectives.

Mais il y a une dernière voie, la plus sérieuse, d'interaction entre le droit constitutionnel économique et les droits sociaux collectifs. C'est la voie ouverte par l'extension prétorienne des obligations qui dérivent des libertés de circulation, comme le devoir des États de contrôler les activités des acteurs privés, et qui a impliqué une remise en question des actions syndicales et de la configuration des systèmes de négociation collective.

Deux affaires, qui ont été confirmées par des résolutions similaires successives ont marqué l'avenir du contrôle communautaire de l'action collective : l'affaire *Viking* et l'affaire *Laval* suivis spécialement par les affaires *Rüffert* et *Commission contre Luxembourg*.

Dans ces deux cas, que vous connaissez bien, diverses activités syndicales, des grèves et des boycotts qui avaient comme but le maintien des conditions du travail accordées de manière collective, ont été questionnées en appliquant la liberté d'établissement et la libre circulation des services. En particulier, après l'affaire *Laval*,

les conditions pour appliquer une convention collective dans une situation de déplacement des travailleurs dans le cadre d'une prestation transnational des services sont plus complexes.

Sans traiter en profondeur de ces affaires, que nous connaissons très bien, je finis avec deux derniers points. En premier lieu, quelles réponses normatives se sont données pour gérer le problème général de la relation entre les droits sociaux et la constitution économique européenne ? En deuxième lieu, plus concrètement, quelles ont été les différentes réactions politiques après ces dernières affaires pour éviter leurs conséquences ?

En réponse à la première question, on sait qu'historiquement, les autorités communautaires ont manifesté une certaine volonté de limiter l'extension du champ d'application des normes qui règlent le marché intérieur quand il se posait une question relative aux droits fondamentaux. Ainsi :

- le Règlement sur la libre circulation des marchandises reconnaît le respect nécessaire du droit de grève (la fameuse clause Monti qu'il a proposé autre fois en 2010);
- la très connue Directive de détachement de travailleurs essayait, malgré toutes ses faiblesses et sa débilitation par la voie prétorienne, d'établir un climat de concurrence loyale au moyen de la garantie du respect des droits des travailleurs détachés
- la Directive relative aux services dans le marché intérieur de 2006 a établi comme limite à son domaine d'application le droit du travail national avec une mention spéciale à l'action syndicale
- enfin, l'exposition de motifs du Règlement 1/2003 a situé le respect des droits et des principes reconnus dans la Charte de Droits Fondamentaux de l'Union Européenne comme limite de l'application des articles du Traité.

Mais, malgré tous ces efforts dans le droit dérivé, il ne paraît pas que la Cour de Justice ait envie de modifier sa jurisprudence pour placer les droits sociaux protégés par les normes de travail nationales au moins au même niveau que les libertés économiques. En fait l'interprétation expansive de ces libertés continue à être le principal centre point des frictions. Comme des auteurs l'ont signalé, un des dangers de cette jurisprudence est sa capacité pour placer dans le débat juridique au niveau national des principes dérivés d'un débat au niveau européen qui est plutôt politique et que l'action de la Court a transmuté.

Donc, la CJE s'est transformée elle-même en législateur, ou contra-législateur *de facto*, rendant ainsi vulnérable les principes basiques de la démocratie représentative.

Étant donnée cette situation si dangereuse, la solution ne paraît pas l'introduction d'exceptions dans le droit dérivé mais une modification à caractère supérieure : en introduisant dans le Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne une exception sociale ou une clause de progrès social comme des syndicats on demandé. Cette clause immuniserait le droit de grève, et les droits sociaux, tels qu'ils sont reconnus au niveau national.

Il y a eu des autres opinions. Quelques ont demandé une réglementation du droit de grève au niveau communautaire, des autres, comme M. Monti, ont demandé l'intervention de la Commission pour clarifier l'application de la Directive de détachement garantissant que le détachement des travailleurs n'affecte pas le droit de mener des actions collectives.

Il faut accorder avec les syndicats car seulement cela, la clause de progrès social dans le Traité, pourrait impulser un changement dans la ligne jurisprudentielle de la CJCE et ainsi limiter les exigences que la construction du marché intérieur impose aux législations du travail, de sécurité sociale nationales et les droits sociaux en général.

Dans le cas contraire, l'application des libertés de circulation sur le droit du travail des États peut conduire à la violation d'une des questions de base pour l'aménagement des relations de travail, tel qu'est son rôle aménageur et équilibrant des rapports entre capital et travail.

Mais, étant donné la situation actuelle et le contenu du traité de Lisbonne, il ne semble pas qu'il existe dans les institutions la détermination politique pour modifier ce rapport entre la constitution économique de l'UE et les droits sociaux. Au contraire, le traité de Lisbonne est la preuve de la supériorité indéniable de la raison économique sur le social.

Ainsi, le Traité de Lisbonne a été une opportunité manquée pour introduire une exemption sociale explicite qui évite l'application des normes qui règlent la liberté de circulation et le droit de la concurrence dans le domaine social. La voie alternative n'a pas été adoptée non plus: le renforcement de l'harmonisation des questions sociales dans le champ communautaire, en augmentant l'action de l'Union Européenne en cette matière, en accroissant ses compétences.

Il est vrai qu'avec le traité de Lisbonne des progrès minimaux ont été obtenus, notamment l'article 152 du TFUE et aussi la reconnaissance de la valeur supérieure et contraignante de la Charte de Nice. Néanmoins ni l'un ni l'autre n'arrivent à équilibrer la situation car ils sont soumis à la réalisation du marché intérieur.

Actuellement, il n'y a aucun doute de la soumission du droit du travail et des normes étatiques à caractère social à une évaluation juridique effectuée à la lumière du marché. Mais, certainement, si on veut tirer des leçons de notre histoire, on doit reconnaître que l'État social et les droits qu'il comporte ont été et sont toujours une partie fondamentale de la construction européenne sans laquelle elle va perdre son identité juridique historique.

Donc, la cohérence et le bon fonctionnement des systèmes juridiques, nationaux et communautaires requièrent une articulation des valeurs fondamentales reconnues dans le Traité, en incluant les droits sociaux au même niveau que les droits économiques.

Je ne veux pas être décourageante mais il ne semble pas possible qu'une nouvelle modification des traités puisse comprendre ces exceptions. Et là, je ne me trompe pas si j'affirme que depuis la naissance du droit du travail, le travail humain est aujourd'hui plus que jamais traité comme une marchandise. L'ancien principe de la *Clayton Act* de 1914 qui est aussi dans la Déclaration de Philadelphie comme base du droit du travail, le travail n'est pas une marchandise, n'est plus respecté.