

Redéfinir le périmètre du droit social européen ?

Sophie ROBIN-OLIVIER

Professeur à l'Université Paris Ouest – Nanterre la Défense

On évoque souvent les difficultés (voire le déclin) de « l'Europe sociale » sous l'effet, notamment, des idées de flexicurité, du discours sur la nécessaire « modernisation » du droit du travail et de la transformation des méthodes de gouvernance européenne, au sein desquelles la méthode ouverte de coordination tendrait à remplacer les instruments d'harmonisation.

Les quelques remarques qui suivent ne proposent pas une analyse des raisons du déficit social de l'Europe. Elles concernent la définition du « social », plus précisément, la spécificité de la matière sociale européenne et ce que pourrait être (devrait être ?) l'Europe sociale. Formuler quelques propositions pour repenser et ordonner, autour de quelques grands axes, un modèle social européen qui ne serait pas la réplique des conceptions ou des choix nationaux, voilà la grande ambition de cette petite note.

Tout naturellement, la conception du droit social européen est généralement construite à partir des catégories nationales, pour l'essentiel. Selon cette approche et spécialement pour les juristes français, le droit social couvre, en gros, ce qui relève des rapports de travail et, éventuellement, de la protection sociale, si on retient une conception plus ouverte. On conçoit sans peine que, portée à l'échelle européenne, cette manière de cerner les questions sociales n'est pas tout à fait pertinente. Elle néglige, en particulier, certains domaines nouveaux, créés de toutes pièces par le droit de l'Union (la libre circulation des travailleurs et la coordination des systèmes de sécurité sociale qui l'accompagne, l'institution d'une représentation des travailleurs pour entreprises transnationales, par exemple).

Si l'on s'en tient à cette première manière d'identifier le périmètre du droit social européen, selon des conceptions à peine adaptées par rapport à l'approche nationale, il entre indiscutablement dans son champ : la lutte contre les discriminations, la question des restructurations, la protection de la santé et de la sécurité des travailleurs, l'information et la consultation, la protection des salariés précaires et la libre circulation des travailleurs. Ce dernier domaine, la libre circulation des travailleurs, a la particularité d'être moins centré, originellement, sur la protection des salariés que sur la logique du marché et, de plus en plus, celle des droits fondamentaux des citoyens de l'Union. Il s'insère cependant dans le champ du social pour cette simple raison que les titulaires de la liberté et des droits associés sont des

salariés. A contempler la liste, la sélectivité des domaines auxquels le droit l'Union s'étend, on mesure assez bien, sans avoir besoin de plonger sous la surface, le décalage qui existe, par rapport aux matières que couvrent habituellement, en France, le droit du travail et le droit de la sécurité sociale. Question de compétence, bien sûr, de limite des pouvoirs de l'Union, d'abord et avant tout.

Ce décalage, fut-il pour l'essentiel le fruit d'une répartition des compétences, suggère cependant qu'on ne peut pas calquer le périmètre du droit social européen sur celui du droit national. Cela ne veut pas dire qu'une approche du social dans l'Union à travers les catégories repérées en droit interne soit totalement dépourvue d'intérêt. Mais cette approche nous paraît devoir être complétée par l'identification de quelques grands axes pouvant former le coeur d'un modèle de droit social pour l'espace singulier que constitue l'Union européenne. Il s'agit simplement d'admettre, ce qui ne paraît pas devoir susciter beaucoup d'opposition, que le droit social européen est d'abord et spécifiquement un droit social destiné à traiter les questions sociales que pose l'existence d'un espace sans frontières, composé d'Etats nations ayant vocation à conserver une identité propre. A l'échelle de l'Union, ce sont ces questions, propres à l'existence d'un espace de libre circulation qui importent le plus. Le modèle européen doit être centré prioritairement, non seulement sur ce que l'Union a le pouvoir de faire, mais aussi sur ce que les Etats ne peuvent réaliser seuls ou, du moins, sur ce qu'ils ne peuvent pas réaliser aussi efficacement seuls. Cette subsidiarité ne suggère pas le repli de l'Europe mais, au contraire, son redéploiement social, dans les domaines que l'on peut considérer comme les piliers d'un modèle social européen. Dans les trois axes que l'on a cru pouvoir identifier, un tel redéploiement ne va pas de soi. Dans chaque cas, les forces dont dispose l'Union ne sont pas libres mais les obstacles qui risquent d'entraver le mouvement.

I- La reconnaissance de la dimension sociale du droit de l'immigration

Les développements du droit de l'Union ont assez bien montré que la libre circulation des personnes ne pouvait pas être retenue dans la logique du marché dans laquelle elle était initialement inscrite. Le droit de la libre circulation des travailleurs, en particulier, s'est construit autour de l'idée d'intégration sociale des travailleurs migrants dans l'Etat d'accueil. Cet objectif d'intégration s'est traduit, en particulier :

- par une prohibition des discriminations fondées sur la nationalité dont la portée n'a cessé de s'étendre et dont la conception n'est pas restée limitée à l'exigence d'un traitement national des migrants,
- par un contrôle étroit des possibilités de limiter ou de remettre en cause le droit au séjour pour des motifs d'ordre public,

- par une conception extensive du droit au respect de la vie familiale, impliquant un droit au maintien de la famille sur le territoire de l'Union.

Cette dimension sociale des migrations, bien visible et solidement arrimée à la libre circulation des travailleurs, ne vaut guère, cependant, que pour les ressortissants des Etats membres, aujourd'hui citoyens de l'Union. L'extension des solutions qui ont prévalu dans le cadre de la mobilité des ressortissants communautaire aux ressortissants des pays tiers ne peut être considéré comme un mouvement s'inscrivant naturellement dans la continuité des mobilités intra-communautaires des européens. Les objectifs qui ont déterminé les solutions s'appliquant aux migrants communautaires, l'intégration des Etats par la mobilité de leurs citoyens, en particulier, ne se retrouvent pas. A bien des égards, le développement de la politique de l'immigration de l'Union consiste à établir des barrières à l'entrée, non à faciliter l'intégration sociale des migrants venus de pays tiers. Il n'est pas dit, cependant, que certains raisonnements, certaines solutions ayant prévalu dans le cadre de la circulation des travailleurs communautaires ne finiront pas par s'imposer. Par exemple, le droit au respect de la vie familiale, droit fondamental, ne saurait se concevoir de deux manières différentes, selon la nationalité des membres de la famille. Quel que soient les incertitudes sur son contenu, la part sociale du droit de l'Union se doit d'intégrer la dimension sociale de la mobilité des personnes.

II- La constitutionnalisation des droits sociaux

La constitutionnalisation des droits sociaux, dans l'Union européenne, n'a pas tout à fait les mêmes fins que l'instauration d'une protection universelle, ou même européenne, dans le cadre du Conseil de l'Europe, des droits sociaux fondamentaux. Garantir une protection des droits sociaux fondamentaux à l'échelle de l'Union s'inscrit aussi dans la construction d'un espace de mobilité, dans lequel le passage des frontières ne doit ni entraîner la perte de droits sociaux jugés fondamentaux, pour les travailleurs, ni permettre aux entreprises d'échapper au respect de ces droits.

En cette matière, le modèle européen a pour principale spécificité de se présenter comme un mode coopératif de constitutionnalisation des droits sociaux, par l'action des juges. C'est dire que la construction d'une protection des droits sociaux fondamentaux pour l'Union européenne ne s'opère pas de manière isolée mais dans l'interaction des jurisprudences des juridictions européennes et nationales,

et, plus largement, de toutes les autres sources d'interprétation de ces droits jugées légitimes¹. Cette méthode s'est bien illustrée, récemment, dans les décisions Viking² et Laval³.

Ce modèle interactif de constitutionnalisation des droits sociaux fondamentaux se heurte cependant à de sérieux obstacles. Le premier, et sans doute le plus important, tient à la limite des compétences de l'Union européenne : la protection des droits sociaux fondamentaux a beau s'être étendue à une série non négligeable de droits et libertés, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, elle demeure réservée aux situations qui se situent dans les limites des compétences reconnues à l'Union. Ni la jurisprudence ni la charte des droits fondamentaux n'ont le pouvoir d'étendre ces compétences. Et la résistance de certains Etats membres à la reconnaissance et à la protection de ces droits par les institutions européennes, la Cour de Justice, en particulier, augure mal de l'avenir du mouvement de constitutionnalisation des droits sociaux fondamentaux⁴.

III- Le renforcement des contre-pouvoirs au déploiement international des entreprises

La construction du marché intérieur a largement contribué au renforcement des pouvoirs dont disposent les entreprises pour organiser leurs activités librement, par delà les frontières nationales. Bien sûr, le mouvement international des capitaux, la recomposition des firmes au gré d'une appréciation des contextes les plus profitables ne sont pas des phénomènes spécifiquement européens. L'existence d'institutions capables d'interdire aux Etats, voire aux acteurs privés, toute action, toute mesure, visant la protection des salariés qui serait jugée disproportionnée à cet objectif est, en revanche, propre à l'Union européenne. Dans un tel contexte de protection de la liberté d'action des entreprises, visant à favoriser le dynamisme économique et les restructurations profitables, le droit de l'Union se caractérise aussi par une capacité peu ordinaire d'invention de modèles institutionnels visant à faire assurer la prise en compte des intérêts des travailleurs. L'institution des comités d'entreprises européens est sans doute le meilleur exemple⁵. Les réflexions actuelles visant à favoriser le développement des accords collectifs transnationaux en leur donnant un cadre juridique s'inscrivent dans la même ligne.

¹ Pour de plus amples développements, v. notre étude sur le thème *Normative Interactions and the Development of Labour Law: A European Perspective*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies Vol 11, C. Barnard et O. Odudu (dir.), 2009, p. 377.

² CJCE, 23 mai 2007, Viking, aff. C-438/05.

³ CJCE, 23 mai 2007, Laval, aff. C-341/05.

⁴ Cf. le protocole sur l'application de la charte des droits fondamentaux à la Pologne et au Royaume-Uni qui exclut, en particulier, la création de droits, susceptibles de faire l'objet d'action en justice, par le titre IV de la Charte, relatif à la solidarité, dans lequel sont concentrés l'essentiel des droits sociaux.

⁵ Cf. la Directive 94/45/CE du Conseil du 22 septembre 1994, récemment remplacée par la Directive 2009/38/CE du 6 mai 2009.

Cependant, le soutien donné à la représentation des travailleurs à l'échelle transnationale n'a pas été de pair, jusqu'ici, avec l'affirmation d'un droit à l'action collective qui exclurait toute qualification de l'action comme obstacle à la libre circulation. Contrairement à ce qu'on pouvait attendre d'une Europe capable d'imposer le respect des intérêts des acteurs économiques privés au prix d'un affaiblissement de l'Etat social, le droit de l'Union européenne ne privilégie pas l'action des acteurs privés, des syndicats, en particulier, à celle des Etats, s'agissant de garantir un niveau suffisant de protection des travailleurs. Rien n'exclut, cependant, que cet « empowerment » des diverses formes de représentation et de défense des droits des salariés devienne, à l'avenir, un des axes de la réorganisation des priorités sociales de l'Union.

Reconnaissance de la dimension sociale du droit de l'immigration, constitutionnalisation des droits sociaux, renforcement des contre-pouvoirs au déploiement international des entreprises : voilà quelques directions selon lesquelles le périmètre du droit social de l'Union peut être réajusté. Le droit social européen doit assumer pleinement et principalement cette fonction propre du droit de l'Union : la régulation sociale d'un espace de libre circulation.