



HAL
open science

“ Quel droit social en Europe après la crise ? ”

Christophe Teissier, Sylvaine Laulom, Pascale Vielle, Emmanuelle Mazuyer,
Claude-Emmanuel Triomphe

► To cite this version:

Christophe Teissier, Sylvaine Laulom, Pascale Vielle, Emmanuelle Mazuyer, Claude-Emmanuel Triomphe. “ Quel droit social en Europe après la crise ? ” . [Rapport de recherche] ASTREES (Association Travail, Emploi, Europe, Société). 2011, 54 p. ⟨halshs-01512583⟩

HAL Id: halshs-01512583

<https://shs.hal.science/halshs-01512583v1>

Submitted on 24 Apr 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License



« Quel droit social en Europe après la crise ? »

Convention VS / 2010 / 0704

Rapport final

Le projet « **Droit Social en Europe après la crise** » - « **What labour law and social protection in Europe in crisis** »
est un projet soutenu et financé par la Commission Européenne, DG Emploi, Affaires sociales,
Egalité des chances



TABLES DES MATIERES

Introduction

Quelles perceptions nationales de la crise ?

Christophe TEISSIER

De la flexicurité à de nouvelles flexibilités

Sylvaine LAULOM

La légitimité des mesures de droit social en temps de crise

Pascale VIELLE¹

Les questions de l'emploi et du travail dans une Union européenne en crise

Emmanuelle MAZUYER

Quelles politiques européennes en matière de droit social?

Claude Emmanuel TRIOMPHE

¹ Professeure à l'Université Catholique de Louvain

INTRODUCTION

Les orientations du droit du travail et de la protection sociale en Europe constituent depuis une dizaine d'années déjà une question très controversée : beaucoup s'interrogeaient sur une instrumentalisation du droit du travail au service des politiques d'emploi ; d'autres voyaient dans la notion de droits fondamentaux une nouvelle perspective prometteuse tandis qu'à l'inverse certains prônaient une refonte des droits sociaux pour prendre en compte la double transformation des entreprises et des organisations productives d'une part, du salariat et des formes d'emploi de l'autre. Dans les années précédant la crise, il y eut une sorte de consensus politique, et parfois social, pour des « régulations » moins nombreuses et plus légères. La conjugaison de plusieurs facteurs jouaient en ce sens : une idéologie libérale de plus en plus présente, l'effort que représentait la digestion de l'acquis communautaire pour les nouveaux Etats-membres, la difficulté à imaginer des solutions qui réclamaient le franchissement de nombreuses barrières, nationales pour certaines, « disciplinaires » pour d'autres (droit du travail, droit de la protection sociale, droit économique et commercial..). Ce fut la montée en puissance de la *soft law* et aussi celle d'un nouveau paradigme, celui de la flexicurité qui essaya de s'imposer avec des fortunes diverses : il fallait réformer pour moderniser, mais dans le souci d'un certain équilibre.

L'analyse des relations entre crise et social est un thème classique dans cette discipline de cette branche du droit². Ces analyses peuvent emprunter des perspectives variées et souvent entremêlées. Une première approche peut plutôt consister à analyser le droit du travail de la crise, c'est-à-dire les réponses du droit du travail à une crise économique. Une autre approche consiste plutôt à présenter certains mécanismes de droit social comme responsable d'une certaine situation de crise économique et/ou de l'emploi. Ainsi, depuis quelques années, nombre de réformes ont pu être légitimées par une certaine représentation d'un lien de causalité entre crise et droit du travail, où le droit du travail et ses rigidités dénoncées, est présenté comme en partie responsable des dysfonctionnements du marché du travail et donc de la crise de l'emploi. Instrumentalisée au service de l'emploi, la législation du travail a pu devenir « une simple variable d'ajustement du marché du travail »³. Droit du travail de la crise, rôle du droit du travail dans la crise, ces réflexions débouchent enfin souvent sur une autre interrogation : les évolutions décrites sont-elles le signe d'une « crise du droit social », qui ne serait plus à même d'assumer ses fonctions traditionnelles ?

La crise économique et financière qui sévit en Europe depuis 2008 est-elle de nature à renouveler ces questionnements ? Cette crise a frappé l'ensemble des pays européens en 2008, emportant d'importantes conséquences sociales : fermetures et délocalisations d'entreprise, chômage, augmentation de la pauvreté etc. La crise financière a débouché sur une crise de l'euro, une crise des dettes publiques, une crise de l'emploi dont il est impossible aujourd'hui de prédire la fin et les conséquences.

L'objet de la recherche menée a été d'analyser l'impact de cette crise globale sur les évolutions nationales des droits du travail et de la protection sociale, dans 11 Etats de l'Union Européenne : Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France, Grèce, Hongrie, Italie, Pologne, Royaume Uni et Suède. Un groupe de recherche, comprenant des juristes spécialisés en droit du travail et en droit de la protection sociale, a été organisé et il s'est réuni plusieurs fois. Des débats ont également été organisés avec les partenaires sociaux nationaux.

La recherche est issue d'une interrogation commune : comment le droit social a-t-il été exploité par les Etats-membres en période de crise ? En d'autres termes, il s'agissait d'examiner si les systèmes nationaux de droit social avaient subi des inflexions analogues, et donc de vérifier si des constantes pouvaient se

² A. Jeammaud, « Crise et relations du travail » in Droit de crise : crise du droit ?, Vème Journées René Savatier, Publ. Fac. Droit de Poitiers, PUF, 1997, p. 91.

³ Ibid. p. 96.

dégager de la comparaison. Dans l'affirmative, nous souhaitons analyser les changements subis par le droit social et en évaluer le caractère conjoncturel ou structurel, mais aussi déterminer si le droit social avait été exploité comme amortisseur de crise, ou plutôt envisagé par les gouvernements comme une entrave à la relance économique.

Section 1 - Les politiques sociales européennes face à la crise

Ces évolutions nationales interviennent dans un cadre européen lui-même en évolution. C'est la raison pour laquelle, il a semblé nécessaire préalablement à la présentation des rapports nationaux d'analyser ce cadre dans lequel doivent aujourd'hui s'inscrire les législateurs nationaux. Comment la politique européenne de l'emploi a-t-elle évolué pendant ces deux années de crise ? Comment la nouvelle gouvernance économique qui se met en place est-elle susceptible d'impacter les systèmes nationaux ? La crise a-t-elle notamment suscité une évolution du concept de flexicurité, appelé à être l'axe autour duquel les réformes des marchés du travail nationaux doivent s'organiser ? Le chapitre d'Emmanuelle Mazuyer montre ainsi que le cadre conceptuel dans lequel s'inscrivait l'exécutif européen en 2008, en matière sociale, évoluait surtout autour de la notion de flexicurité. Ce cadre est resté globalement inchangé, et les premières tendances institutionnelles ont plutôt résidé dans l'inaction et l'attentisme en ce qui concerne les questions du travail et de l'emploi. Aussi, l'aspect qui a le plus d'impact sur les réformes des droits du travail et des systèmes de protection sociale nationaux et sur les politiques publiques en matière d'emploi, est celui de la nouvelle gouvernance économique européenne.

Les solutions à la crise ont été, au niveau européen, la recherche d'une meilleure gouvernance économique. Les premières réponses sont venues des Etats membres et ce retour à l'intergouvernemental a révélé les déficits en matière de gouvernance européenne. Depuis 2010, une nouvelle gouvernance économique s'appuie sur trois piliers : un programme économique renforcé soumis à une surveillance plus étroite, une stabilité de la zone euro et le soutien du secteur financier. L'Union européenne s'est également dotée d'une « stratégie 2020 » pour remplacer celle de Lisbonne. Elle dispose d'un pacte de stabilité sur les finances publiques. Elle a enfin mis au point, le « semestre européen », un semestre de coordination de toutes ces stratégies durant les six premiers mois de l'année, sur lequel vient se greffer un « pacte pour l'Euro plus » concernant 23 Etats. En matière budgétaire, des sanctions financières sont maintenant prévues. Le six pack adopté par le Parlement européen en septembre dernier donne de très larges compétences aux responsables des Affaires économiques et financières de la Commission européenne (Ecofin). Ils peuvent obliger les pays à supprimer les déséquilibres budgétaires et/ou macroéconomiques, sous peine de sanctions. Le Conseil Ecofin établit un tableau de bord pour chaque Etat membre et ainsi fournit les moyens de comparer les Etats membres les uns aux autres. Tout ceci peut organiser et encourager le dumping social. En effet, ces instruments visent à rassurer les marchés et les services financiers en faisant de la réduction des dettes publiques une priorité tout en organisant le transfert des capitaux publics vers le capital privé et les marchés financiers. Ce contexte de rigueur a des répercussions sur les politiques sociales nationales et sur les droits du travail et de la protection sociale des Etats membres. Les derniers actes adoptés par les instances européennes préconisent des actions précises en matière sociale comme une augmentation de l'âge de la retraite, une retraite par capitalisation, une modération salariale c'est-à-dire un blocage voire une baisse des salaires, notamment de la fonction publique, une privatisation des services publics, et enfin une décentralisation de la négociation collective vers le niveau de l'entreprise au détriment des branches.

Section 2 - Les onze rapports nationaux

Onze rapports nationaux présentent les réponses nationales à la crise ou aux crises qui sévissent depuis 2008. Deux réunions des membres du groupe de recherche ont permis de définir une grille commune d'analyse des situations nationales. Les rapporteurs nationaux ont été invités à dresser un état des lieux du droit social dans leur pays avant 2008 et à définir comment la crise a été perçue et quelle a été son

intensité, notamment sur le niveau de l'emploi. Il était en effet important de contextualiser l'analyse juridique et de situer le droit social dans le contexte national en indiquant les données factuelles relatives à la nature et à l'ampleur de la crise et en décrivant les mesures économiques et financières importantes adoptées pendant cette période. Le champ temporel et matériel de la comparaison a été circonscrit. Les rapporteurs devaient analyser les changements, intervenus en droit social, depuis 2008. Une difficulté est très vite apparue. La période a été marquée par une recrudescence de la crise et/ou le passage à une nouvelle crise des dettes publiques. Dans certains pays, la production législative a été intense ce qui obligeait parfois à une remise à jour permanente des rapports. Nous avons tenu compte de cette actualité jusqu'en octobre 2011. D'autres changements sont déjà intervenus depuis. Nous avons cependant considéré que ces modifications n'étaient pas de nature à modifier les principales conclusions issues de la comparaison des systèmes nationaux au cours de cette période particulièrement riche.

Concernant le champ matériel des rapport nationaux, il s'agissait d'analyser aussi bien les réformes intervenant en droit du travail et en droit de la protection sociale, ainsi que le lien qui pouvait être fait entre les deux. Les mesures relevant des politiques de l'emploi devaient également être abordées. Le concept de flexicurité suppose, en effet, qu'une liaison soit faite entre ces trois aspects, l'accent étant mis sur la mobilité professionnelle et la gestion des transitions professionnelles afin d'assurer une certaine sécurité de l'employabilité. L'un des objectifs de l'analyse comparée des droits sociaux (droit du travail et de la protection sociale) était de permettre une meilleure compréhension des approches se prévalant de la flexicurité. La crise économique brutale que connaissent le monde en général, et l'Union européenne en particulier, a mis à l'épreuve ce concept, et l'objectif de notre projet était de mesurer l'évolution des flexicurités nationales pendant cette période. L'un des enseignements est d'ailleurs que bien peu de pays ont explicitement mis en oeuvre des politiques de flexicurité.

Au vu de l'ampleur de la thématique, l'objectif était de dresser les grandes tendances de chaque situation nationale, ce qui peut expliquer que les rapports nationaux ne sont pas forcément homogènes.

Enfin, l'analyse des réponses législatives à la crise et des discours les justifiant devait permettre une réflexion sur les évolutions du droit social. Dans leur présentation de leur droit national, les rapporteurs étaient invités à analyser les mesures nationales adoptées depuis 2008 en distinguant les réformes substantielles (contenu des normes) et les réformes procédurales (élaboration et adoption des normes). Le rôle joué par les partenaires sociaux pendant cette période devait ainsi être abordé. Il convenait également d'analyser le lien de ces mesures avec la crise. Quelles ont été les mesures explicitement adoptées en réponse à la crise, celles qui ont été justifiées par la crise, celle-ci jouant alors une fonction de légitimation. Il leur était également demandé d'analyser l'ampleur des changements amorcés : les réformes apparaissent-elles simplement conjoncturelles ou amorcent-elles une transformation plus ou moins importante des fonctions du droit social?

Section 3 - Perspectives comparées

La présentation de chacune de ces onze expériences nationales nous a permis d'identifier trois champs de comparaison. Le premier est relatif à la conception même de crise. Au-delà des impacts différenciés de la crise globale sur les économies de l'emploi, la comparaison des situations nationales conduit à souligner différentes perceptions des liens entre crise et évolutions structurelles du droit social. C'est ce que montre C. Teissier dans son chapitre. Ce n'est ainsi pas une, mais des crises que traverse l'Europe. Cette perception différenciée a de nombreuses conséquences sur les évolutions du droit social, tant au niveau national qu'au niveau communautaire.

Le deuxième axe de la comparaison a consisté à présenter les différentes mesures adoptées par les différents Etats membres depuis 2008. S. Laulom montre qu'en dépit de grandes différences contextuelles entre les pays étudiés, il est possible de repérer quelques tendances plus ou moins partagées.

Enfin, les réponses nationales à la crise mettent en lumière la manière dont l'élaboration et la hiérarchie des normes sociales ont pu être affectées pendant la période de crise. Ce sont donc les questions de la légitimité des mesures de crise qui sont abordées dans le troisième chapitre transversal, par P. Vielle. La question de la légitimité des mesures de crise s'inscrit dans une double perspective. D'une part, leur légitimité, dans les sociétés européennes, est en partie tributaire de la légalité de la procédure qui permet de les adopter et de leur inscription dans les traditions du compromis social démocratique. D'autre part, quelle que soit la légitimité de la procédure d'adoption, leur substance peut être remise en cause si elles vont à l'encontre des libertés et des droits fondamentaux reconnus par des normes supérieures. Or, il est indéniable que, sous ces deux aspects, la légitimité des mesures de crise peut parfois être mise en cause.

Au final, cette recherche démontre que la crise dans sa première phase « financière » n'a pas généré de transformations majeures : à quelques exceptions près, les Etats, comme l'Union européenne, ont « fait » avec les outils existants. En revanche, sa seconde phase – crise de l'euro, crise de la dette publique – laisse augurer des changements beaucoup plus significatifs et, pour beaucoup, marqués du sceau d'une certaine régression sociale. Aujourd'hui, les aspects sociaux et politiques cèdent plus que jamais le pas devant les aspects budgétaires et financiers. Le dialogue social, déjà bien imparfait, est parfois purement et simplement écarté dans la recherche des solutions. Quant aux travailleurs pauvres, souvent précaires, migrants ou économiquement dépendants et déjà fort mal pris en compte par le droit social, on peut se demander ce qu'ils peuvent attendre des mesures qui s'annoncent.

Réforme des retraites, réformes de la fonction publique, réformes des marchés du travail, décentralisation de la négociation collective, on ne peut que constater, même si ces réformes prennent des formes très différentes, des évolutions communes proches des « recettes » prônées par la Banque Centrale Européenne, la Commission européenne et parfois le Fonds Monétaire International. La conformité à la notion de travail décent ou d'emploi de qualité et donc la légitimité des dérèglementations massives du droit du travail sont aujourd'hui questionnables. Mais au-delà, on ne peut que s'interroger de manière plus fondamentale sur l'adéquation d'une réponse à la crise en termes de flexibilisation du marché du travail qui alimente une explosion des inégalités comme des insécurités dans la plupart des pays analysés. De fait, les politiques de flexicurité, que d'aucuns contestaient, se sont quasiment volatilisées pour revenir à une flexibilité pure et dure. Leur incapacité à renouveler une réflexion aujourd'hui indispensable sur le plan sécurité du couple interroge désormais leur pertinence.

Au moment où ces lignes sont écrites, la nouvelle Union qui se prétend de « stabilité et de croissance » fait l'impasse sur une dimension sociale dynamique. Si cela se confirmait c'est non seulement le modèle social européen qui serait en question mais aussi un facteur essentiel de notre performance globale. Alors que les décades précédentes misaient avec plus ou moins de bonheur sur un droit social porté par la notion de progrès, les défis des temps qui viennent dans une Europe à faible croissance pourraient bien être tout autres. Il y va d'un socle minimal de standards sociaux, adaptés aux configurations complexes de l'activité des entreprises comme à la diversité des personnes au travail. Il y va de règles susceptibles de faciliter les transitions en cours et de garantir un équilibre entre compétition, protection et cohésion sociales. Ces défis sont redoutables. Ils exigeront de tous ceux pour qui la notion de droit social conserve toute sa pertinence une volonté et une créativité redoublées.

Quelles perceptions nationales de la crise ?

Christophe TEISSIER

Cerner les impacts de la crise sur l'évolution des droits du travail et de la sécurité sociale nationaux suppose sans nul doute de s'interroger sur de possibles diversités nationales dans l'appréhension même de ce qui fait crise. La raison en est simple : que l'on considère la structure des économies et des marchés du travail, l'architecture politique et institutionnelle ou, bien sur, les systèmes de relations sociales, les différences entre Etats Membres sont grandes en Europe. De ce constat, est née l'intuition que les perceptions nationales de la crise étaient sans doute diverses. Ainsi que nous allons le voir, les recherches menées l'ont confirmé.

Section 1 – Les différentes perceptions de la crise

§ 1 - Aspects généraux

Dans le contexte du projet, il est apparu rapidement nécessaire à l'ensemble des partenaires d'éclairer les contextes nationaux dans lesquels s'inscrivent les évolutions passées, présentes ou futures du droit social. Dans cette mesure, l'intention n'était pas uniquement de décrire les impacts de la crise financière puis économique, révélée dès 2007 outre-Atlantique, sur les économies et marchés du travail des pays couverts par le projet⁴. Il s'agissait bien plutôt, pour chaque expert national, de resituer les impacts observables de la crise de 2008 dans chaque contexte national envisagé largement, c'est-à-dire non pas seulement dans ses dimensions économiques, mais aussi dans une perspective sociale, sociétale, politique et institutionnelle. Il s'agissait ainsi de cerner ce que la « crise » de 2008 révèle ou non s'agissant des enjeux auxquels se trouvent confrontés les droits du travail et de la sécurité sociale des différents pays du projet. L'objectif était donc de contribuer à caractériser ce qui fait véritablement question si l'on tente d'appréhender les évolutions des droits sociaux nationaux dans une démarche prospective conforme à l'esprit du projet⁵. Une telle approche nous a en définitive conduit à isoler différentes perceptions de « ce qui fait crise » si l'on cherche à interroger les évolutions des droits sociaux, évolutions en cours ou raisonnablement prévisibles.

Bien évidemment, l'on ne saurait prétendre, dans le cadre de ce projet, appréhender en profondeur les différents contextes nationaux observés, ce qui supposerait sans doute des travaux approfondis excédant les limites de cette étude. Nous nous contenterons donc, sur la base des analyses fournies par les rapports nationaux, d'éclairer les contextes dans lesquels penser l'évolution de nos droits du travail et de la protection sociale.

§ 2 - Une crise ou des crises ?

1. Des impacts différenciés sur les économies et l'emploi

De manière purement descriptive, il est possible d'attester des impacts de la crise, sensibles en Europe dès 2008, sur les économies et marchés du travail des pays couverts par le projet. Globalement, les impacts d'une crise financière mondiale devenue économique sont observables dans tous les pays du projet. En revanche, l'ampleur de ces impacts quantifiables est, sans surprise variable selon les pays. Elle est en effet largement dépendante des caractéristiques propres des différentes économies nationales (en regard notamment des secteurs économiques clés d'un pays à l'autre) et de celles des marchés du travail nationaux. En regard des différences de situation nationales, la crise apparaîtra, à la suite, déjà

⁴ Et à la suite sur les mesures d'adaptation conjoncturelles du droit social.

⁵ Comme en témoigne son intitulé.

surmontée ou au contraire durable.

Presque partout, l'on observe des répercussions immédiates de la crise sur la croissance du PIB à partir du second semestre 2008. A cet égard, 2009 apparaît dans plusieurs pays comme la pire période de récession depuis bien longtemps. De cela témoignent les « taux de croissance négatifs » observés en Hongrie ou encore en Allemagne en 2009. La récession est d'autant plus forte que la proximité des économies nationales avec les secteurs au cœur de la crise est grande : ainsi en va-t-il du Royaume Uni, très frappé par la récession en raison de la place occupée par le secteur financier, par ailleurs totalement globalisé, dans l'économie du pays. Dans ce paysage troublé, seule la Pologne fait figure d'exception : ce pays n'affichera pas de « croissance négative »⁶ en 2009, mais « seulement » un ralentissement de la croissance de son PIB.

S'agissant des impacts de la crise sur les marchés du travail, et notamment sur les taux d'emploi et de chômage, ils sont là encore observables partout mais à des degrés très divers, d'un point de vue quantitatif, sectoriel ou temporel (dans le temps). En Pologne, la relative indifférence aux effets de la crise, s'accompagne d'une réduction du taux de chômage de janvier 2008 à janvier 2009 (de 11,8% à 10,4%). Ce dernier ne s'accroît qu'en 2010 (à 13%) et semblait retrouver une pente décroissante dès avril 2011 (12,6%). En octobre 2011, le taux de chômage retombait même à 11,8%, représentant 1 867 000 chômeurs déclarés. En Allemagne, l'accroissement du chômage est également relativement limité⁷ et visiblement temporaire⁸. En Suède, on assiste aussi à des impacts relativement modérés de la crise. Ils se traduisent, durant le second semestre 2008 et durant l'année 2009, par une baisse du taux d'emploi de la population âgée de 15 à 74 ans et par une augmentation du chômage⁹. C'est particulièrement l'industrie automobile qui se trouve touchée.

A l'autre bout du spectre, figurent bien évidemment les situations de l'Espagne ou encore de la Grèce. En Espagne, l'effondrement du secteur de la construction, prédominant dans ce pays, met fin à une période longue de réduction du chômage (1998 à 2007, de 15% à 8%) en relançant ce dernier à la hausse dans des proportions dramatiques : le taux de chômage atteint plus de 20% en 2010. En Grèce, la récession semble s'aggraver de jour en jour, le taux de chômage ayant atteint 16% en juin 2011.

Il sera possible de trouver bien d'autres précisions dans les rapports nationaux mais ce bref survol de certains impacts facilement quantifiables nous aura convaincu qu'il y a en réalité, et au-delà de faits générateurs communs, plutôt des crises qu'une crise, qu'elles ne sont pas toutes de la même amplitude et que certaines semblent s'achever là ou d'autres semblent devoir perdurer !!!

Section 2 - Au-delà des mesures statistiques, des perceptions distinctes de la crise

Au vu des rapports de recherche nationaux, il semble nécessaire, si l'on souhaite éclairer les enjeux qui sous-tendent les évolutions des droits sociaux en Europe, de se départir d'une appréhension uniquement quantitative des effets de la crise. L'entreprise est bien entendu compliquée et s'articule autour de la question suivante : dans quelle mesure la crise financière et économique questionne-t-elle l'évolution des droits du travail et de la sécurité sociale ?

Tenter de répondre à cette question, c'est considérer, à l'instar des experts nationaux du projet, ce que la crise révèle, accentue ou exacerbe dans tel ou tel pays et dans une perspective qui n'est pas qu'économique mais aussi sociale (ou sociétale), institutionnelle, politique et même morale.

Là encore, il n'est pas possible, en regard des dimensions limitées de l'étude, de prétendre livrer des analyses approfondies. En revanche, il est certainement utile d'esquisser une distinction entre des types variés de situation nationale : pas de typologie donc, mais une esquisse de classification qui resterait à approfondir, tant les réalités nationales sont complexes et multi dimensionnelles.

⁶ Il s'agit en fait ici de récession

⁷ On passe de 7,8% en 2008 à 8,3% en juin 2009

⁸ En mai 2011, le taux de chômage est retombé à 7%

⁹ Dont le taux passe de 6,2% en 2008 à 8,3% en 2009

Quatre situations nous semblent pouvoir être distinguées, à très gros traits¹⁰. Dans certains pays, l'évolution du droit social semble largement indifférente à la crise. Dans d'autres, c'est d'abord l'ampleur de la dette publique qui semble déterminante. Pour un troisième groupe de pays, la crise est d'abord de nature sociale, en raison d'une forte segmentation des marchés du travail nationaux. Enfin, dans un des pays étudiés, la crise apparaît autant économique que politique.

§ 1 - L'évolution structurelle du droit social est largement indifférente à la crise

Dans trois des pays couverts par le projet, il apparaît impossible de déduire, à la lecture des rapports nationaux, que la crise de 2008 conditionne véritablement les évolutions du droit social. En Autriche, en Pologne et en Suède, la crise est essentiellement perçue et décrite comme une crise imputable à des facteurs externes, c'est à dire non liée aux choix politiques ou aux problèmes structurels du pays. La présentation de la crise telle qu'elle résulte de différents rapports officiels ou prises de position politiques publiés en Autriche depuis 2008 confirme particulièrement ce constat : ce à quoi l'Autriche devait ou doit répondre, c'est à une crise financière et économique mondiale, qui n'affecte le pays qu'en raison de l'interdépendance des économies nationales dans un environnement globalisé. Il s'agit donc de réagir à des problèmes venus d'ailleurs mais pas de remettre en cause le pacte national. Les effets relativement limités de la crise de 2008 sur ces trois pays sont bien entendu de nature à conforter cette perception de la crise. Ainsi en Suède, les effets limités de la crise, couplés au fait que ce pays n'est pas membre de la zone euro, soutiennent une représentation de la crise comme un phénomène externe. Il semble que cet état de fait ne se soit pas modifié depuis le déclenchement de la seconde phase de la crise financière ces derniers mois. Enfin, dans un contexte global similaire, l'exemple polonais permet encore de souligner la relative déconnexion entre la crise et l'évolution du droit social national. Si la crise financière et économique globale génère l'adoption, au plan national, de mesures intéressant le droit du travail dans le sens d'une plus grande flexibilité de ce dernier, ces mesures sont envisagées comme temporaires. Le débat politique et social porte alors sur l'opportunité de pérenniser les mesures adoptées mais, ce faisant, il ne fait que refléter le processus de dérégulation et de flexibilisation qui caractérise l'évolution du droit du travail polonais depuis les années 1990, indépendamment de la situation économique globale !!!

En définitive, l'exemple de ces trois pays pourrait conduire à se demander, en regard des évolutions structurelles du droit social, où peut bien se trouver la crise !!!!

§ 2 - L'évolution du droit social est d'abord conditionnée par une crise de la dette publique

En Grèce, en Hongrie et au Royaume Uni, la crise traversée est d'abord envisagée comme une crise de la dette publique, qui reflète souvent, globalement, une crise politique et sociale plus profonde. C'est cette dernière, évidemment intensifiée par le contexte de crise ou/et de récession économique globale, qui conditionne largement les réformes présentes ou à venir affectant le droit social. Au Royaume Uni, la crise n'est clairement pas envisagée comme celle du droit social national. Nulle crise de ce type n'affectait d'ailleurs le pays avant la crise de 2008. En réalité, les évolutions observables du droit social font figure de réponses indirectes à une crise de la dette et sont consécutives à une politique gouvernementale globale¹¹ de réduction des déficits. L'accroissement de déficits publics devenus considérables résulte d'un impact combiné de la récession économique frappant le pays et des mesures publiques de sauvetage du secteur financier. La politique de « BIG Society » et consécutivement, de *Smaller State*, promue par la coalition au pouvoir depuis mai 2010 semble, dans ce contexte, porteuses de réductions importantes du *Welfare State* (prestations, etc.) et s'agissant du droit du travail, d'un nouveau mouvement de dérégulation déjà observable et de nature à nourrir une crise sociale profonde¹².

¹⁰ Les catégories esquissées ne sont pas étanches, d'autant moins si l'on considère l'évolution rapide des situations nationales dans le contexte global actuel d'explosion d'une crise de la dette publique dans de nombreux pays

¹¹ qualifiée « d'agressive » par les auteurs du rapport britannique

¹² Les très récentes émeutes ayant frappé Londres et d'autres grandes villes du Royaume peuvent conduire à discuter

En Hongrie, les impacts de la crise, observables dès 2008, prennent place dans un contexte de très fort endettement public préexistant et de lutte pour le maintien de la compétitivité économique du pays. La « crise » a dès lors produit et continue de produire des effets sur le droit social mais n'en est pas la cause profonde. Les changements ayant déjà, depuis 2009, affecté le droit de la sécurité sociale montrent que la réduction des déficits publics et l'accroissement des ressources de l'Etat est le principal facteur orientant l'évolution de cette branche du droit social et des revenus de transferts qu'elle fonde (prestations familiales, pensions de retraite, etc.). A cela s'ajoute, au nom de la compétitivité économique et de l'accroissement d'un taux d'emploi très bas¹³, un agenda politique ambitieux porté par le nouveau gouvernement conservateur aux affaires depuis 2010. Ce dernier est orienté vers l'établissement de la réglementation du marché du travail « la plus flexible » du monde, objectif qui, ici aussi, semble de nature à nourrir l'émergence d'une crise politique et sociale d'ores et déjà en germe.

Le cas de la Grèce ne peut bien entendu être ignoré. Nul n'ignore aujourd'hui que la crise grecque est d'abord une crise de la dette, porteuse de nombreuses inquiétudes. Il en est résulté des mesures nationales d'austérité adoptées sous l'impulsion des accords de sauvetage de la Grèce. Ces réformes conduisent à une forte remise en cause des droits du travail et de la sécurité sociale nationaux aux effets dramatiques en termes de conditions de vie des populations. De ce point de vue, et là est peut-être la spécificité de la Grèce, la crise de la dette révèle fondamentalement des divergences profondes dans l'analyse des causes de la quasi-faillite du pays. En effet, les mesures d'austérité adoptées font écho à une analyse des difficultés du pays promue de longue date par les institutions internationales telles que le FMI et l'OCDE, pointant notamment la rigidité excessive de la législation de protection de l'emploi ou encore un sort trop généreux réservé aux employés du secteur public. A l'inverse, on trouve dans le rapport grec témoignage d'analyses différentes de la part des acteurs nationaux : ce serait bien plutôt l'extrême dérégulation du marché du travail grec, constatable de facto¹⁴, qui serait de nature à expliquer, pour une part au moins, les difficultés structurelles du pays. Au-delà d'une crise de la dette, c'est sans doute à l'existence d'une crise politique et institutionnelle profonde qu'il faut conclure et sur la perception de laquelle il conviendrait de s'accorder.

§ 3 - L'évolution du droit social s'inscrit dans un contexte de crise sociale, résultante d'une segmentation du marché du travail

Dans quatre des pays couverts par le projet (Allemagne, Espagne, France et Italie), la crise de 2008 semble mettre au jour avec une particulière acuité des crises d'une autre nature, des crises sociales tenant à l'existence de sociétés à plusieurs vitesses. Ce constat est rendu possible par l'observation d'une segmentation importante des marchés du travail de ces pays. En Allemagne, bien que l'impression globale soit celle d'une sortie de crise, les chiffres de l'évolution du chômage apparaissent moins positifs si l'on considère la structure de l'emploi dans le pays. On relève en effet depuis le milieu des années 90 un accroissement du « low wage employment ». C'est en effet que le développement de l'emploi a principalement été favorisé par une augmentation de la part des formes d'emploi atypiques, de sorte que la part des salariés en emploi à temps partiel ou intérimaire s'est constamment accrue depuis le début des années 2000. Ce sont ces travailleurs précaires qui ont été les plus affectés par la crise et font figure de variables d'ajustement. La difficulté tient à ce que ces formes d'emploi sont largement associées au développement de la pauvreté des personnes en emploi. En Espagne, on observe également, mais dans une toute autre mesure, un marché du travail marqué par une très forte segmentation, nourrie par l'importance quantitative des formes d'emploi dite atypiques (33% des personnes en emploi). Il en résulte un marché du travail très flexible et sensible aux évolutions de la conjoncture économique, à la hausse (pendant les 15 ans de croissance économique jusqu'en 2008) mais aussi à la baisse. Plus avant, ce modèle de marché du travail encourage durablement de faibles

comment un tel contexte est de nature à renforcer la crise d'une « broken society » !

¹³ Problème structurel en Hongrie

¹⁴ Importance du travail non déclaré, violations très fréquentes du droit dans le secteur privé.

niveaux de salaires et de faibles qualifications dans des secteurs d'activité majeurs, notamment la construction. Ici, la crise est donc économique mais exacerbe fortement une crise sociale. En France, la crise économique conduit à une contraction rapide du marché de l'emploi qui amplifie la dualisation du marché du travail. Les emplois temporaires sont massivement affectés (CDD, intérim) tandis que les salariés en CDI conservent leur emploi grâce à l'aménagement des règles sur le chômage partiel et aux marges de flexibilité interne permise par la législation sur le temps de travail. Ici encore, la crise accentue la précarisation des salariés instables sur fond de flexibilité et de dualité de l'emploi. Enfin, en Italie, où là encore le marché du travail est notamment caractérisé par sa forte segmentation¹⁵, les jeunes travailleurs apparaissent les plus affectés par les effets de la crise : la plus grande part des suppressions d'emploi en 2008 et 2009 affecte les travailleurs en emploi atypique¹⁶ (baisse de 11 % du nombre de contrats à durée déterminée par exemple sur 2008/2009) qui sont plus souvent des personnes jeunes. A la suite, le taux de chômage des personnes de 25 à 34 ans augmente de 13% en 2009.

En définitive, à la lumière de ces exemples nationaux, la crise économique semble d'abord révélatrice d'enjeux structurels de nature sociale et politique, liés notamment à une flexibilisation du droit du travail largement réalisée avant la crise.

§ 4 - L'évolution structurelle du droit social conditionnée par l'issue d'une crise politique et institutionnelle

Pour terminer ce panorama, et quand bien même cela trahit quelque peu l'ambition comparative de nos développements, il nous semble nécessaire de réserver une place particulière à la Belgique. En effet, si la Belgique est elle aussi marquée par des difficultés budgétaires et par une relative dualisation sociale¹⁷, ce qui frappe avant tout est le caractère déterminant de la crise politique et institutionnelle que traverse le pays depuis 2008¹⁸. Cette dernière, d'une ampleur qui n'a cessé de croître depuis 2008, éclipse partiellement dans le débat public les questions économiques et sociales. Surtout, si l'on envisage les évolutions du droit social au-delà des réponses ponctuelles apportées à la crise¹⁹, il semble bien que ce sont des enjeux institutionnels et donc éminemment politiques, ayant trait notamment à la répartition des compétences et ressources entre Etat fédéral et entités fédérées, qui s'avèrent déterminants, qui « font crise » pour reprendre l'expression employée plus haut. Ainsi, avant 2008, les réformes de l'Etat belge ont transféré plus de ressources que de responsabilités aux entités fédérées, ce qui implique à terme un affaiblissement du niveau fédéral, compétent en matière de droit du travail et de la sécurité sociale. Le récent accord institutionnel du 4 octobre 2011 semble quant à lui renforcer la dispersion des compétences entre le pouvoir fédéral et les entités fédérées dans certaines matières liées aux politiques de l'emploi. En bref, dans une telle conjoncture institutionnelle, il s'avère difficile de développer une vision intégrée et cohérente des réponses aux défis les plus sensibles. En particulier, comment assurer la nécessaire congruence entre politiques de formation, droit du travail, droit de la sécurité sociale et fiscalité face à un éclatement des pouvoirs et des responsabilités ?

¹⁵ L'emploi des jeunes est notamment concentré dans des formes d'emploi à durée limitée

¹⁶ Contrats à durée déterminée mais aussi d'autres formes d'emploi atypiques, au-delà de la qualification de salarié, telle que le contrat de projet créé en 2003

¹⁷ Les effets de la crise sur l'emploi semblent eux s'atténuer fortement depuis 2010, année qui paraît marquer la fin de la crise sur le marché du travail

¹⁸ Un gouvernement qui est en « affaires courantes » depuis les élections de juin 2010 mais qui n'était plus actif à proprement parler depuis 2008

¹⁹ En Belgique, ces dernières semblent avoir été efficaces. Plus avant, la crise a aussi constitué une opportunité pour traiter de problématiques anciennes et notamment pour aboutir à une harmonisation des statuts employés et ouvriers. Sur les mesures adoptées, cf. chapitre 2 du présent rapport

De la flexicurité à de nouvelles flexibilités

Sylvaine LAULOM

Quelles conclusions peut-on tirer des réponses nationales de onze Etats de l'Union européenne à la crise financière qui débute en 2008 et produit des effets dévastateurs depuis dans un certain nombre de pays? Peut-on percevoir des évolutions communes des droits sociaux nationaux ? Les modifications analysées marquent-elles une transformation importante des droits du travail et de la protection sociale nationaux?

Une synthèse des différents rapports nationaux est périlleuse tant sont grandes les différences contextuelles entre les pays étudiés. La crise est loin d'avoir eu les mêmes effets dans les Etats. Dans un premier temps, à l'exception de la Grèce, la crise de 2008 a été essentiellement perçue comme une crise externe, dont les effets ont parfois pu être minimisés, c'est le cas en Italie. Si tous les Etats ressentent l'effet de la crise financière du fait de la globalisation de leurs économies, la crise n'est pas analysée comme étant due à une situation nationale spécifique ou à un état de la réglementation de leurs marchés du travail. Dans le domaine social, tous les pays vont connaître une augmentation plus ou moins importante du chômage et adopter des mesures d'urgence. Passé ce premier temps, les situations nationales vont se diversifier. Certains pays, comme l'Allemagne, la Pologne, l'Autriche, la Suède ou la Belgique semblent retrouver une situation assez proche de celle antérieure à 2008. La Grèce, est-il besoin de le dire, plonge en revanche dans une crise interne d'une rare ampleur, qui ébranle la construction européenne. D'autres pays, comme la France, l'Italie ou l'Espagne sont confrontés à une crise importante de la dette publique, alors que la situation de l'emploi se détériore et que la segmentation des marchés du travail s'intensifie. La crise financière a ainsi débouché sur une crise de l'emploi, une crise de la dette publique et parfois sur une crise sociale et politique qui affecte la légitimité et la crédibilité de la classe politique, comme en Grèce, en Espagne ou en Italie.

Les spécificités de certains contextes nationaux compliquent la comparaison : on songe ici à la situation de la Grèce, au changement politique important qui intervient en Hongrie en 2010 et qui nécessite de distinguer les mesures prises avant les élections de mai 2010 et après, ou à la crise institutionnelle sans précédent qu'a traversée la Belgique, crise institutionnelle qui n'est pas liée à la crise financière.

Les mesures adoptées par les différents pays sont enfin extrêmement variées, plus ou moins reliées entre elles et le lien entre ces mesures et la situation de crise n'est pas toujours explicite. Il n'en demeure pas moins, qu'au-delà de ces diversités, il est possible de repérer quelques tendances plus ou moins partagées lorsque l'on analyse l'ensemble des mesures qui ont pu être adoptées par les Etats pendant cette période.

Afin de mener une analyse comparée de ces mesures, il convenait d'en élaborer une typologie. Un des critères, un temps envisagé, a été celui de la flexicurité. En d'autres termes, les mesures nationales adoptées empruntent-elles la voie de la flexicurité? Et quelle(s) flexicurité(s) mettent-elles en œuvre ?

Cette méthode pouvait être justifiée par l'accent mis par l'Union européenne, avant et pendant la crise, sur la flexicurité, toujours conçue, comme l'axe autour duquel devraient se développer les politiques nationales de l'emploi²⁰. Néanmoins, l'une des difficultés méthodologiques auxquelles nous nous

²⁰ Voir par exemple, la Communication de la Commission du 3 juin 2009, « Un engagement commun en faveur de l'emploi », qui voit toujours dans la flexicurité « La meilleure formule pour moderniser les marchés du travail et accroître leur capacité d'adaptation, renforcer la compétitivité et préparer la reprise », (COM (2009) 257 final). Les conclusions du conseil des ministres des affaires sociales du 8 juin 2009 mettent également l'accent sur la flexicurité qui « se justifie encore plus dans un contexte économique difficile ». Sur ce point, voir le chapitre d'E. Mauzyer dans cet ouvrage.

sommes heurtées est que les mesures nationales adoptées se présentent rarement comme des mesures de flexicurité. Cet élément peut déjà donner une indication sur l’ancrage de ce concept au sein des droits nationaux. Leur inscription dans des parcours de flexicurité aurait donc nécessité le recours à un certain artifice. Néanmoins, l’analyse des évolutions des droits nationaux que l’on peut repérer au regard du concept de flexicurité garde toute sa pertinence et permet de démontrer une crise certaine de ce concept, tant il paraît aujourd’hui incapable d’assurer aux salariés une sécurité minimale.

Si la flexicurité ne permettait donc pas de présenter de manière synthétique les différentes mesures nationales, une présentation chronologique s’est rapidement imposée. Au-delà des diversités nationales, il est, en effet, possible de repérer quelques tendances plus ou moins partagées lorsque l’on analyse l’ensemble des mesures qui ont pu être adoptées par les Etats pendant cette période. A l’exception de la Grèce, on voit se dégager assez nettement deux périodes dans la gestion sociale de la crise. De 2008 jusqu’en 2009/2010, les Etats adoptent des mesures sociales d’urgence, qui acquièrent une nouvelle légitimité, alors qu’elles avaient pu être décriées auparavant comme constituant des entraves économiques. Ces mesures d’urgence semblent suffire dans certains pays (Allemagne, Autriche, Belgique, Suède, Pologne), mais d’autres, confrontés à une crise de leur dette publique, reviennent aux vieilles recettes de la flexibilité dans un contexte où les politiques d’austérité mettent à mal les sécurités des travailleurs. Si dans le premier temps de la crise, le droit social paraît ainsi conquérir une nouvelle légitimité, dans un second temps, dans un certain nombre de pays, ce sont certains de ses mécanismes fondamentaux qui semblent remis en cause, à tel point que l’on peut se demander si la crise de 2008 ne risque pas de déboucher sur une crise du droit social, incapable de remplir sa mission traditionnelle de protection des salariés.

Section 1 - Le premier temps de la crise : la gestion de la crise de l’emploi

Dans ce premier temps de la crise, la plupart des pays analysés vont adopter des mesures pour combattre les effets d’une crise essentiellement perçue comme extérieure. Des plans d’urgence, regroupant un panel d’instruments variés, sont adoptés en Pologne (loi anti-crise du 11 juillet 2009), en Italie (décret anti-crise, du 28 novembre 2008), en Espagne (plan extraordinaire pour le secteur de la construction et un plan «E» en 2009), en Autriche (paquet II sur le marché du travail en 2009), en Belgique (plan de relance présenté par le gouvernement en décembre 2008 et mis en oeuvre par une loi du 27 mars 2009), en France (plan de relance de l’économie française du 4 décembre 2008) et en Suède (des accords de crise sont conclus dans l’industrie). Les plans conjuguent de manière plus ou moins cohérentes mesures économiques, fiscales, mesures à destination du secteur bancaire, mesures de soutien à l’investissement, aides aux secteurs en crise, etc. Le poids des mesures sociales au sein de ces plans et dans les autres dispositifs adoptés pendant cette période varie selon les pays. Ainsi, au Royaume-Uni, l’intervention étatique se concentre sur le secteur financier et le sauvetage des banques en difficulté et seules des mesures de soutien au pouvoir d’achat sont adoptées. Dans la plupart des autres pays, il s’agit de trouver des réponses rapides à la crise de l’emploi qui survient.

Le tableau suivant synthétise les principales actions menées par les Etats membres au cours de cette période.

	Chômage partiel	Flexibilité dans l’organisation du temps de travail	Mesures de soutien au pouvoir d’achat	Mesures en faveur des contrats précaires	Mesures de formation professionnelle
Allemagne	+		+	+	+
Autriche	+	+			+
Belgique	+	+	+		

Espagne	+	+	+	+	+
France	+		+		+
Grèce	+			+	
Hongrie	+	+	+		+
Italie	+		+		
Pologne	+	+		+	+
R-U			+		
Suède	+		+		+

Dans le cadre des mesures sociales adoptées par les Etats membres, le chômage partiel apparaît sans nul doute comme la mesure emblématique de cette période. La plupart des pays vont y recourir en assouplissant très souvent les conditions de son application, en étendant les périodes de recours à ce dispositif et/ou en améliorant les conditions de son indemnisation. Le dispositif est, la plupart du temps, supporté financièrement par l'Etat²¹ ce qui peut expliquer l'appréciation positive de la quasi totalité des acteurs. Tous les pays, à l'exception du Royaume-Uni, indiquent que des dispositifs de ce type ont été adoptés. La plupart du temps, il ne s'agit cependant que de réactiver et d'actualiser des dispositifs déjà existants et parfois anciens.

Parmi les autres mesures les plus répandues, se trouvent celles destinées à développer de nouvelles flexibilités dans l'organisation du temps de travail (on pourrait d'ailleurs y inclure le chômage partiel). On peut ici distinguer les pays qui disposaient déjà des outils permettant la mise en œuvre de ces flexibilités (Allemagne, Autriche, France) et ceux qui adoptent des dispositifs spécifiques (Grèce, Espagne, etc.)²². Il s'agit essentiellement d'adapter le temps de travail des salariés afin d'agir sur le volume d'emplois et de préserver des emplois. Les modalités sont ici extrêmement variées. Certains pays, comme l'Espagne, la Hongrie et la Grèce, vont tenter de favoriser le travail à temps partiel, en instituant notamment des incitations financières pour les entreprises qui y recourent ou en rémunération mieux le travail à temps partiel.

La réduction du temps de travail peut être temporaire et les salariés peuvent parfois subir une réduction proportionnée de leurs salaires. Ainsi, en Autriche, des accords collectifs ont pu être conclus prévoyant un passage temporaire à temps partiel avec une réduction correspondante des salaires. En Italie, des contrats de solidarité défensive permettent de réduire le temps de travail des salariés pendant un an ou deux. Le dispositif existait avant 2008, mais pendant un an, la part de l'indemnisation des salariés prise en charge par l'Etat a augmenté. En Suède et en Allemagne, des accords d'entreprises vont permettre une réduction du temps de travail ou de nouvelles modalités d'organisation des temps de travail dans l'entreprise afin de préserver des emplois. De nouvelles flexibilités dans l'organisation des temps de travail sont introduites en Grèce, en Hongrie et en Pologne.

La formation professionnelle, notamment destinée aux chômeurs et aux salariés en chômage partiel, constitue le troisième champ d'intervention des Etats étudiés pendant cette période. En Espagne, une série de mesures a été adoptée notamment dans le secteur de la construction pour ceux risquant une exclusion du marché du travail. En Autriche, le dispositif sur le congé formation est refondu dans le cadre de l'adoption du deuxième « paquet » sur le marché du travail afin de faciliter le recours par les salariés à ce congé. En Suède, pourtant, la crise marque plutôt une diminution de ces politiques d'activation, la formation professionnelle perdant de l'importance au profit d'un soutien à l'emploi et aux activités de

²¹ A l'exception de la Suède.

²² C'est la raison pour laquelle, l'Allemagne et la France n'apparaissent pas dans cette colonne du tableau, mais cela ne veut pas dire que les entreprises n'ont pas pu adapter le temps de travail de leurs salariés. Simplement, les dispositifs étaient en place avant la crise.

recherche d'emploi. En France également une nouvelle loi, réformant en profondeur la formation professionnelle, est adoptée le 7 janvier 2009. Au contraire des autres dispositifs nationaux, la loi n'est cependant pas directement motivée par la crise de 2008. Elle était en projet auparavant. On peut néanmoins penser, comme le note le rapport français, que les besoins accrus suscités par la crise ont fait accélérer le mouvement législatif.

Enfin, des dispositifs très variés sont mis en œuvre au cours de cette première période, afin de soutenir les revenus et le pouvoir d'achat, que ce soit par l'augmentation des indemnités de licenciement ou de chômage, par la diminution de la période permettant l'accès aux allocations chômage, par l'augmentation de la durée d'indemnisation, par la mise en place d'indemnités spéciales ou encore par des réductions de la TVA. Ainsi en Belgique, une prime de crise a été instituée au profit des ouvriers du secteur privé, licencié par leur employeur. En Allemagne, les cotisations d'assurances maladie et d'assurances chômage sont abaissées et une indemnité spéciale pour les familles aux bas revenus est instaurée. En Hongrie également les cotisations sociales sont réduites et des mesures fiscales favorables aux salariés sont adoptées (même si les effets de la réforme sont contrastés). C'est le cas également au Royaume-Uni, où une série de réductions d'impôts doivent stimuler la demande, de même qu'une réduction temporaire de la TVA. En France, une prime exceptionnelle pour certains salariés privés d'emploi, qui n'ont pas assez cotisé pour bénéficier d'allocation chômage est instituée. La convention d'assurance chômage, signée par les partenaires sociaux le 19 février 2009, facilite l'accès à l'assurance chômage avec un droit à indemnisation ouvert à compter de 4 mois d'affiliation sur une période de 28 mois. En Suède, l'une des conséquences des réformes précédant la crise a été qu'un nombre important de salariés ne bénéficie plus de la protection de l'assurance chômage. Une mesure a été prise pour l'année de 2009, afin de diminuer la période d'affiliation nécessaire pour bénéficier d'une indemnisation. Les dispositifs adoptés peuvent parfois concerner l'emploi des travailleurs indépendants. Par exemple, en Belgique, une prime de crise des indépendants a été instituée afin de leur éviter de mettre un terme à leur activité en raison de la crise économique.

En Espagne, une capitalisation des indemnités de chômage a été autorisée afin de favoriser l'emploi indépendant.

En revanche, très peu d'Etats adoptent des mesures à destination des salariés à durée déterminée qui sont pourtant les premiers touchés par la crise. C'est pourtant le cas en Espagne, en Pologne et en Grèce où la crise va favoriser un encadrement plus strict du recours aux contrats à durée déterminée. En Grèce également, les premières mesures adoptées dans le champ du droit du travail tentent d'assurer une meilleure sécurité du travail atypique : travailleurs dépendants, à temps partiel, intérimaires. Néanmoins, en Espagne, le recours au travail temporaire est facilité. En Grèce, la loi, adoptée en mai 2010, afin de mieux encadrer les formes atypiques d'emploi, sera très rapidement remise en cause par l'adoption de nouvelles mesures d'austérité et de réformes du marché du travail.

Si l'on observe cet ensemble de dispositifs adoptés par les Etats, on ne peut manquer de relever qu'ils ont une caractéristique commune. Il s'agit essentiellement de mesures temporaires. Si certaines ont été prolongées, beaucoup prennent fin en décembre 2011. Elles n'ont pas nécessité, la plupart du temps, de réformes d'ampleur mais elles ont plutôt consisté en l'adaptation de dispositifs déjà existants, comme c'est le cas avec le recours au chômage partiel. Parfois également, ces mesures temporaires viennent limiter la portée de réformes antérieures insuffisamment protectrices en temps de crise. C'est le cas, par exemple, en Suède, où l'indemnisation des chômeurs est temporairement améliorée.

Pourtant, alors que les modifications paraissent purement conjoncturelles et ne semblent pas être de nature à opérer des changements institutionnels importants, on peut se demander si elles ne démontreraient pas la possibilité d'une autre approche du droit social. En ce sens, la crise qui s'ouvre en 2008 aurait certainement pu ou dû entraîner un renouvellement de la réflexion sur le droit social. D'une part, elle démontre la flexibilité des marchés du travail nationaux. Tous, quelle que soit la rigidité qui a

pu être attribuée à leur législation de protection d'emploi, ont pu réduire sans grande difficulté l'effectif des entreprises, par l'expulsion des entreprises des travailleurs précaires et/ou par le recours à des licenciements. D'ailleurs, pour la première fois depuis longtemps, les mesures sociales adoptées ont privilégié la recherche d'une flexibilité interne et non externe. D'autre part, l'adoption de ces mesures a conduit, dans un premier temps, à une re-légitimation de certains mécanismes sociaux et du droit social simplement considérés auparavant comme des entraves économiques. La crise a ainsi permis l'adoption de mesures protectrices antérieurement décrites au nom de leurs effets supposés négatifs sur l'emploi. En d'autres termes, la crise aurait pu être l'occasion d'un changement de paradigme puisqu'elle a permis de démontrer l'importance d'un modèle social européen et l'efficacité de ses « amortisseurs sociaux ».

La période immédiatement après 2008 invite également à s'interroger sur les politiques de flexicurité. Les mesures adoptées par les Etats membres empruntent-elles la voie de la flexicurité et quelle(s) flexicurité(s) mettent-elles en oeuvre? Il est pour le moins remarquable de constater que les dispositifs qui ont été adoptés au cours de cette période, pour la plupart, ne se présentent pas comme s'inscrivant dans des politiques de flexicurité. Paradoxalement, ils en présentent souvent tous les ingrédients en associant mesures de flexibilité interne et sécurité de l'emploi et/ou du revenu pour les salariés, tout en s'intéressant à la formation professionnelle notamment pour les salariés en transition.

Le chômage partiel combine ces différentes perspectives et il a d'ailleurs été présenté par la Commission européenne comme l'une des mesures emblématiques de la flexicurité. Mais il ne s'agit en réalité que d'une « récupération » d'expériences nationales qui n'ont pas été conçues en référence à une quelconque flexicurité²³.

La deuxième période, qui s'ouvre en 2009, montre au contraire un amoindrissement inquiétant des protections sociales des salariés.

Section 2 - La crise des dettes publiques et l'augmentation des insécurités des salariés

Passé ce premier temps de réactions d'urgence à la crise, la situation des pays se diversifie et les pays vont emprunter des voies très différentes selon l'ampleur ou la conception de la crise. Il est vrai que les mesures d'austérité adoptées par un grand nombre de pays, tout en affectant bien sûr la situation des salariés, peuvent avoir pour conséquence la mise à l'écart temporaire de projets de réformes de droit du travail. On peut néanmoins noter la diffusion de certaines pratiques ou de certains projets, liés à des politiques d'austérité.

Là encore deux tableaux permettent de synthétiser les réformes. Le premier n'indique que les mesures adoptées pendant cette période. Le deuxième inclut également les mesures du même type qui avaient déjà été adoptées avant 2008, ce qui permet de mieux illustrer certaines tendances communes.

²³ On ne peut d'ailleurs que remarquer au cours de cette période l'inertie des institutions européennes. Preuve en est, la reconduction des lignes directrices pour l'emploi, qui avaient été adoptées pour la période 2005-2008, pour la période 2008-2010 sans que soit pris en compte à aucun moment l'explosion du chômage que connaissent certains pays. D'une certaine manière, cette reconduction marque la fin d'un mythe celle des méthodes ouvertes de coordination, processus présenté comme participatif et devant permettre une redéfinition permanente des objectifs des politiques de l'emploi.

Les mesures adoptées depuis 2008

	Gel ou réduction des salaires dans la fonction publique	Décentralisation de la négociation collective	Réduction d'indemnités, d'allocations de protection sociale	Remise en cause de la législation de la protection d'emploi	Réforme des retraites
Allemagne		+ (tendances à)			
Autriche					
Belgique					
Espagne	+	+		+	+
France	+				+
Grèce	+	+	+	+	+
Hongrie	+		+	+ (en projet)	
Italie	+	+		+	+
Pologne	+				
Royaume-Uni			+	+ (en projet)	+ (annoncée)
Suède		+ (tendances à)		+ (projet/débat)	

Les mesures adoptées avant et après 2008

	Gel ou réduction des salaires dans la fonction publique Réforme	Décentralisation de la négociation collective	Réduction d'indemnités, d'allocations de protection sociale	Remise en cause de la législation de la protection d'emploi	Réforme des retraites
Allemagne		+ (tendances à)	+	+	+
Autriche					
Belgique					+ (débat)
Espagne	+	+	+	+	+
France		+		+	+
Grèce	+	+	+	+	+
Hongrie			+	+ (en projet)	+
Italie	+	+		+	+
Pologne	+				+
Royaume-Uni		+ (tendances à)	+	+ (en projet)	+ (en projet)
Suède		+ (tendances à)	+	+ (débat)	+

Le gel ou la réduction des salaires dans la fonction publique est fréquent, dans une fonction publique dont les effectifs peuvent également être réduits. C'est le cas en France, en Italie, en Espagne et bien sûr en Grèce. En Hongrie, une loi a tenté d'introduire la possibilité de licencier sans motif les agents de l'Etat. Le Conseil constitutionnel n'a pas validé ce dispositif et un nouveau dispositif, dont la constitutionnalité est à nouveau discutée, autorise désormais le licenciement en cas de perte de confiance de l'employeur.

On assiste, par différentes voies, à une réduction du montant ou de la durée d'indemnisation de certaines prestations sociales et parfois à l'augmentation de la TVA. Au Royaume-Uni, l'une des mesures phares dans le domaine de la protection sociale est une réforme majeure du système visant à supprimer un nombre très important de prestations sociales afin d'instaurer un nouveau « crédit unique

universel ». Selon de nombreux commentateurs la réforme va conduire à une réduction significative des prestations sociales. En Allemagne, avant la crise de 2008, la loi Hartz avait notamment réformé le système d'assurance chômage et d'aides sociales en réduisant la durée d'indemnisation et en définissant de nouvelles obligations pour les demandeurs d'emploi. En Suède, la réforme des retraites, qui est antérieure à la crise, a pu avoir pour effet une diminution des pensions des retraités pendant la crise et l'augmentation de la durée d'affiliation pour l'obtention de l'indemnité chômage a également eu pour conséquence la non indemnisation de salariés au chômage du fait de la crise. Un mécanisme correcteur a été adopté pour 2009.

La crise peut aussi avoir un effet d'accélérateur au sens où elle va servir à légitimer des réformes déjà annoncées auparavant. La réforme des retraites est l'exemple emblématique de ce type d'effet, avec un allongement des durées de cotisation et des âges de départ à la retraite²⁴. En France, si la réforme des retraites n'est pas directement liée à la crise, celle-ci a été certainement un élément de légitimation de la politique conduite par le gouvernement et la crise de la dette publique a justifié l'annonce d'une accélération de la mise en oeuvre de la réforme. Au Royaume-Uni, alors même que le système semble stabilisé, le gouvernement a annoncé une réforme importante des retraites dans la fonction publique, afin de relever l'âge de la retraite à 66 ans et d'augmenter les cotisations retraites des fonctionnaires. Pour l'heure, seule la Belgique ne semble pas s'engager dans cette voie.

La crise peut également être l'occasion de réformes structurelles majeures. Ainsi, en Belgique, la crise a certainement contribué à l'harmonisation des statuts d'employés et d'ouvriers, harmonisation qui était en débat depuis des années. En Allemagne, la crise donne un écho particulier aux discussions autour de l'instauration d'un salaire minimum.

Parmi les réformes qui affectent le droit du travail, trois types de mesures semblent se généraliser et sont de nature à bouleverser en profondeur les droits sociaux nationaux, même si l'ampleur et l'impact de ces réformes sont différents selon les pays. D'une part, les réformes importantes qui affectent la fonction publique sont de nature à remettre en cause la spécificité de ses statuts. Souvent considérés comme bénéficiant d'une protection exorbitante du droit commun, les agents publics sont aujourd'hui affectés par la crise.

D'autre part, et alors que la situation de l'emploi dans les pays de l'Union européenne démontre qu'elle ne dépend pas des législations de protection d'emploi, on assiste, sous des formes variées, à une remise en cause de ces législations. Certaines mesures ont déjà été adoptées, alors que d'autres sont encore en projet. Relèvent de ce champ les mesures d'évitement du licenciement, d'évitement du recours au juge en cas de contentieux, l'augmentation de la durée d'ancienneté nécessaire pour se réclamer des règles sur le licenciement, la réduction des sanctions indemnitaires, la remise en cause de la réintégration comme sanction des licenciements injustifiés, l'augmentation des seuils pour la définition d'obligations spécifiques en matière de licenciement, etc. Certaines réformes ont pu être menées avant la crise de 2008. Il en est ainsi en France de la reconnaissance d'un nouveau mode de rupture : la rupture conventionnelle. C'est également le cas en Allemagne. Le seuil d'application de la législation sur le licenciement a été relevé à 10 salariés, contre 5 auparavant, dès 2003 et la loi du 24 décembre 2003 introduit une procédure pour trouver un accord en cas de licenciement sans passer par la saisine du tribunal. En Espagne, la définition du licenciement pour motif économique a été élargie et la période de consultation a été réduite. En Italie, les parties au contrat de travail peuvent désormais inclure dans le contrat une clause d'arbitrage, à condition néanmoins que ce soit prévu par un accord collectif. La sanction classique en Italie des licenciements injustifiés peut ainsi être remise en cause et le niveau de protection contre les licenciements risque de varier selon les accords d'entreprise conclus. En Grèce, contrairement à la plupart des autres pays européens, le licenciement n'a pas à être justifié, mais l'employeur est tenu de respecter un préavis et il doit aux salariés une indemnité dont le montant varie selon l'ancienneté et selon que le salarié est un ouvrier ou un employé. Une loi de 2010 réduit les

²⁴ L'Allemagne et la Suède, notamment, avaient déjà adopté des réformes essentielles de leur système de retraite.

différences existant dans le régime d'indemnisation entre les deux catégories de salariés mais elle réduit surtout le montant de l'indemnisation²⁵. La période de préavis a également été réduite. Les seuils des licenciements collectifs ont également été relevés. Au Royaume-Uni, la durée d'ancienneté requise pour se réclamer de la législation sur le licenciement pourrait passer à deux ans, contre un an actuellement. En Italie, l'introduction d'un contrat de travail unique est en discussion.

Ainsi, les mesures phares imaginées pour réduire la segmentation des marchés du travail consistent à réduire la protection des salariés qui bénéficient de contrat à durée indéterminée. La demande de flexibilité des années 80 a débouché sur l'adoption de législations autorisant largement le recours à des contrats à durée déterminée et au travail temporaire. Cette flexibilité étant acquise c'est aujourd'hui la protection des salariés en contrat à durée indéterminée qui fait l'objet d'attaques afin de lutter contre la segmentation des marchés du travail.

Enfin, la crise a pu générer, dans quelques pays, l'adoption de nouvelles articulations des normes en droit du travail dans le sens d'une décentralisation de la négociation collective vers le niveau le plus bas. La négociation collective d'entreprise est privilégiée et la fonction normative de la convention collective de branche décroît. En Grèce, l'accord d'entreprise pourra déroger, y compris dans un sens défavorable, aux dispositions de l'accord de branche applicable. En 2009, un accord interprofessionnel a été signé en Italie qui autorise une négociation collective dérogatoire d'entreprise notamment dans les situations de crise de l'entreprise. L'accord n'a cependant pas été signé par l'ensemble des organisations syndicales. En Espagne, un décret-loi adopté en juin 2011 modifie l'articulation traditionnelle des normes conventionnelles. Désormais, les accords collectifs d'entreprise primeront, dans certaines conditions, sur les accords de branche, dès lors qu'ils portent sur un certain nombre de thèmes définis par la loi (salaire, heures supplémentaires, organisation du temps du travail, classifications professionnelles, etc.). Sans qu'il y ait eu de réformes, la crise a également entraîné une décentralisation de la négociation collective en Allemagne et en Suède où des accords de secteurs ont autorisé des accords d'entreprise à déroger à leurs dispositions.

La décentralisation de la négociation collective en cours dans plusieurs pays et l'amoindrissement des protections des salariés touchés par une mesure de licenciement attaquent la substance même des droits nationaux du travail, autorisant aujourd'hui une individualisation d'une relation de travail de plus en plus précaire. Comme le montre l'exemple grec, quand bien même le licenciement n'aurait pas à être justifié, ce qui est l'une des facettes du contrat de travail unique, c'est alors son indemnisation qui est remise en cause.

Réforme des retraites, réformes de la fonction publique, réformes des marchés du travail, décentralisation de la négociation collective, on ne peut que constater, même si ces réformes prennent des formes très différentes, des évolutions communes proches des « recettes » prônées par la Banque Centrale Européenne (BCE), la Commission européenne et parfois le Fonds Monétaire International (FMI)²⁶.

En conclusion, on ne peut que constater l'explosion des insécurités des salariés dans la plupart des pays analysés. C'est même aujourd'hui la sécurité au travail qui est parfois remise en cause. Si, dans un premier temps, la crise a pu ouvrir un modeste corridor pour des réformes plus protectrices des intérêts des salariés, ce n'est plus le cas aujourd'hui. Alors que la situation de l'emploi se dégrade et que les revenus sont soumis à de fortes tensions, la crise permet à nouveau de légitimer des remises en cause des protections législatives et conventionnelles. De nouvelles flexibilités sont recherchées, alors que s'accroissent les insécurités des salariés. Face à ce simple constat, on ne peut que s'interroger sur la pertinence des politiques, tant nationales qu'européenne, de flexicurité, incapables de renouveler une réflexion à présent indispensable sur le plan sécurité du couple.

²⁵ Comme en Belgique, le contexte économique des réformes favorise ici une harmonisation des statuts des salariés.

²⁶ L'exemple de la lettre secrète de la BCE au gouvernement italien qui en reprendra les principales orientations est à cet égard particulièrement éclairant.

La légitimité des mesures de droit social en temps de crise

Pascale VIELLE²⁷

Dans la majeure partie des pays européens, la crise économique s'étend de 2008 environ à ce jour. Crise économique, financière, bancaire, elle a exercé dans des proportions variables des conséquences sur l'économie réelle, affectant singulièrement certains secteurs comme la construction, l'industrie métallurgique, automobile ou portuaire.

La présente contribution se fonde sur les données de onze rapports nationaux qui tentent d'identifier les évolutions du droit social pendant la crise et, dans la mesure du possible, le rôle joué par la crise dans les transformations du droit social, et le rôle joué à leur tour par ces transformations sur les effets sociaux de la crise.

Ce rapport se concentre de manière plus précise sur la manière dont l'élaboration et la hiérarchie des normes sociales ont été affectées pendant la période de crise. Ses conclusions ne peuvent toutefois être considérées que comme des hypothèses de travail, encore provisoires, et susceptibles d'être confirmées ou nuancées par des travaux de recherche ultérieurs. D'une part, dans la majeure partie des pays concernés par l'examen, la crise a commencé aux environs de 2008, a connu un pic en 2009, a semblé ensuite s'atténuer pour reprendre vigueur en 2010. Aujourd'hui, nul ne peut affirmer ni quand, ni si elle finira. D'autre part, les rapports nationaux constituent un matériau d'analyse très riche, mais aussi par définition synthétique. Les constatations transversales qu'ils permettent de tirer demeurent schématiques – c'est la loi du genre - et mériteraient un approfondissement pour chacun des pays examinés.

Ces réserves étant exprimées, pour un ensemble de pays soumis à des contraintes institutionnelles semblables, dans une période limitée et marquée par une grande turbulence économique, l'exercice présente au moins le mérite de permettre de repérer l'existence ou l'absence de tendances lourdes communes. S'agissant de la hiérarchie des normes sociales et de leur élaboration, de telles tendances n'ont pas manqué de se manifester avec clarté, même s'il conviendrait de nuancer leur portée selon les contextes nationaux. Le seul constat de leur caractère grave et constant justifie le présent rapport, qui s'assigne l'ambition limitée de les repérer et d'en tenter la catégorisation, sans aller jusqu'à en identifier les causes et les effets dans le contexte de crise.

Pour les évaluer, nous partons d'un point de vue normatif simple, presque de bon sens, voire grossier – et pourtant on l'énoncera avec prudence tant l'air du temps, qui souffle au travers des rapports nationaux, favorise un « estompement de la norme » : dans un espace comme celui de l'Union européenne, qui s'inscrit délibérément dans une tradition sociale démocratique – et en dépit de la difficulté de cerner les contours d'un « modèle social européen » -, les principes communs suivants doivent être admis *ad minima* :

- 1) La liberté d'association, l'autonomie de la négociation collective constituent des droits fondamentaux, auxquels ont souscrit tous les membres de l'Union européenne, ne serait-ce que par leur qualité commune de membres de l'Organisation Internationale du Travail
- 2) L'Union européenne elle-même consacre depuis 1987 le rôle et l'importance du dialogue social dans l'élaboration et la mise en œuvre du droit social européen
- 3) Etant tous reconnus comme des Etats de droit, les Etats membres de l'Union se soumettent à

²⁷ Professeure à l'Université Catholique de Louvain

une constitution démocratique, elle-même soumise au droit international. Le droit social, tant procédural que substantiel, est soumis à cette hiérarchie des normes

- 4) Membres du Conseil de l'Europe, tous les Etats membres de l'Union ont ratifié la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La plupart ont également adhéré à la Charte sociale européenne. L'Union elle-même s'est engagée en 2010 dans des négociations d'adhésion au Conseil de l'Europe. Enfin, le Traité de Lisbonne accorde une place essentielle aux droits fondamentaux, reconnus dans la Charte qui lui est annexée

Nos hypothèses sont dès lors formulées d'un double point de vue, qui structure les deux parties du rapport :

- 1) La légitimité de mesures de crises, et donc d'exception (même si certaines, on le verra, sont destinées à s'inscrire dans la durée), est en partie tributaire de la légalité de la procédure qui permet de les adopter, et de son inscription dans les traditions du compromis social-démocratique ;
- 2) Quelle que soit la légitimité de la procédure d'adoption de ces mesures, leur substance peut être remise en cause si elle va à l'encontre de libertés et droits fondamentaux reconnus par des normes supérieures.

Encore une fois, rappelons que le cadre de l'exercice ne nous permet ni de réaliser une étude approfondie de la hiérarchie des normes dans chaque pays, ni des instruments régionaux ou internationaux qu'il a ratifiés - avec d'éventuelles réserves -, et que l'analyse et les conclusions doivent être lues dans cette limite importante.

1. La procédure d'adoption des normes, comme condition de leur légitimité

De manière générale, la négociation collective a subi d'importantes limitations, dont certaines destinées à survivre à la crise. D'une part, les acteurs traditionnels se sont trouvés marginalisés dans le processus de décision ; de l'autre, les législations de crise ont modifié les modes d'élaboration du droit social, la hiérarchie des normes et les critères de représentativité syndicale. Dans la plupart des pays, ces deux mouvements vont se conjuguer et se renforcer mutuellement pour contribuer à l'altération – temporaire ou structurelle – du contenu et de la fonction du dialogue social.

1.1 La marginalisation des acteurs traditionnels dans le processus de décision

A l'exception de la Suède - où aucun changement significatif n'est constaté -, et de l'Autriche et de la Pologne - où la crise semble avoir renforcé le rôle et la fonction des partenaires sociaux dans la gestion de situations économiques et sociales difficiles -, on assiste partout à une marginalisation temporaire ou durable des partenaires sociaux dans les politiques de lutte contre la crise. Cette relégation prendra des formes diverses : de l'instrumentalisation en vue de légitimer les mesures adoptées, à l'incapacité des partenaires sociaux eux-mêmes à s'accorder pour faire face au choc (auto-relégation), en passant par l'éviction pure et simple des partenaires sociaux par le gouvernement. Dans certains cas, le gouvernement ira d'ailleurs jusqu'à évincer le parlement lui-même.

- Eviction des procédures légales ou traditionnelles

On notera – pour l'anecdote – qu'en Suède, le paquet de mesures anti-crisis a été adopté de manière bi-partite, sans l'intervention du gouvernement (qui n'a d'ailleurs pris aucune mesure budgétaire liée à la crise).

Seuls les rapports grec et italien identifient un contournement des prérogatives parlementaires pour

l'adoption de mesures de crises. Mais dans les deux situations, l'illégalité de la procédure s'assortit de l'adoption de mesures dont la substance même enfreint une série de droits sociaux fondamentaux, tant collectifs qu'individuels.

- Dans le cas de la Grèce, la procédure d'exception s'explique par l'ampleur de la crise et des pressions sans précédent exercées par la Commission européenne et le FMI, qui ont conduit le gouvernement à conclure un accord avec ces deux institutions sans consulter le parlement. La loi adoptée comporte des atteintes substantielles à l'autonomie de la négociation collective, telle qu'elle est garantie par la constitution grecque et une série de conventions de l'OIT, ainsi que la Charte sociale européenne ratifiées par la Grèce. Un recours constitutionnel a échoué. Un recours est pendant au Conseil de l'Europe.
- En ce qui concerne l'Italie, le parlement a été saisi de la législation de crise, rédigée par le gouvernement sous la dictée de la Banque centrale européenne, mais dans le contexte d'un vote de confiance qui ne permettait donc pas de réellement délibérer sur les dispositions qui lui étaient soumises. La législation de 2011 bouleverse la hiérarchie des normes en droit social en autorisant l'opting-out *in pejus* par les accords d'entreprise sur un certain nombre d'aspects de la relation de travail, dont le droit du licenciement.

En Allemagne, les partenaires sociaux ne seront officiellement associés à l'adoption des mesures de crise que comme « experts », au motif qu'une partie des dispositions touchent au budget de l'Etat et relèvent dès lors de la compétence du Parlement.

En 2009, le Royaume-Uni démantèle le système de relations collectives dans le secteur public. La réglementation du travail est désormais élaborée directement par la loi et par les top-managers.

En Hongrie, le forum tripartite (organe national de concertation sociale) est aboli en 2011 et remplacé par un organe consultatif associant d'autres représentants de la société civile (églises, associations etc).

- *Procédures traditionnelles conduisant à la réduction des droits sociaux*

Dans de nombreux cas (Allemagne, Autriche, Espagne, Pologne, Suède), le recours aux procédures traditionnelles (bi ou tri-partites) a conduit à la réduction des droits sociaux. Il n'est pas toujours simple de déterminer si ce résultat est le fruit d'un véritable compromis entre les interlocuteurs, ou est plutôt lié à la volonté des partenaires sociaux de démontrer leur capacité de négocier en temps de crise ou de limiter l'ampleur de mesures qui s'imposeront de toute façon, ou encore au souci du gouvernement de légitimer par le recours au dialogue social des mesures impopulaires. L'Espagne par exemple semble relever de ce dernier cas de figure : le paquet de mesures adoptées en 2011 affaiblit de manière structurelle le rôle de la négociation collective.

- *Enlisement des négociations, compromis impossible*

Enfin, dans plusieurs pays (Belgique, Espagne, Grèce, Italie), la concertation sociale n'a pas été en mesure de s'affirmer face au choc de la crise. Les interlocuteurs sociaux n'ont pas atteint de compromis. Parfois, le réveil de réflexes corporatistes a divisé l'un des deux acteurs. C'est ainsi que l'on retrouve à plusieurs reprises (Belgique, Italie) des oppositions marquées entre cols blancs et cols bleus qui estiment être affectés de manière différente par la crise.

Dans ces situations, l'attitude du gouvernement est ambivalente. Tantôt embarrassé (comme dans le cas de la Belgique, qui ne disposait pas d'un gouvernement de plein exercice), tantôt empressé de reprendre la main (Grèce, Espagne).

1.2 L'adoption de mesures affaiblissant le droit collectif du travail

A l'exception de la Belgique – où le fait n'est pas rapporté -, et de la Hongrie – où le constat n'est pas applicable faute de négociation sectorielle -, tous les pays ont introduit ou étendu (France) une décentralisation de la négociation collective, sous la forme de possibilités nouvelles d'opting out *in pejus* par l'entreprise, pour l'aider à traverser la crise. Ces mesures sont parfois temporaires, parfois définitives. Dans certains cas, la décentralisation a été introduite par la voie de conventions collectives bi- tri partites (Espagne, Italie – sans l'un des syndicats -, Pologne).

Le champ d'application matériel de l'opting-out est variable selon les pays, mais concerne souvent : la flexibilité de l'organisation de l'entreprise liée, parfois, à des diminutions de salaire ; la protection contre le licenciement ; la possibilité de conclure des contrats à durée déterminée etc .

Ce phénomène concerne aussi les pays où l'on considère que les partenaires sociaux ont démontré leur capacité de gérer la crise. Mais dans ces pays, les rapporteurs n'analysent pas a priori cette évolution comme négative, et constatent un « bon fonctionnement du dialogue social dans l'entreprise pour la mise en œuvre des mesures de crise » (Allemagne, Autriche, Suède).

Dans plusieurs pays, les rapporteurs soulignent que la décentralisation s'est assortie de l'assouplissement des règles relatives à la représentativité de l'interlocuteur syndical (Allemagne, Italie, Pologne), ce qui semble le corollaire de la décentralisation de la négociation dans les petites et moyennes entreprises. Néanmoins l'opting out doublé de l'affaiblissement des critères de représentativité fragilise certaines catégories de travailleurs, ouvre la voie à la perte d'autonomie des représentants des travailleurs dans la négociation collective à l'échelon de l'entreprise, et annonce le démantèlement de l'ensemble du système dont la solidité reposait sur le principe de l'ordre public social.

Enfin, il serait intéressant – mais ceci dépasse le cadre de cette étude-, d'établir la liste des « sujets confisqués » à la négociation collective, dont le champ d'application matériel semble se réduire dans tous les pays. Il en va ainsi de l'établissement des salaires - et en particulier du salaire minimum - et de leur évolution, qui constitue un sujet qui tend à échapper aux partenaires sociaux, aussitôt que le gouvernement constate que la négociation tend à se ralentir ou rencontre des difficultés. C'est sous ce prétexte qu'au cœur de la crise en Allemagne, et à partir de 2012 en Hongrie, le gouvernement intervient d'autorité dans l'établissement de salaires minimaux.

Plusieurs rapports insistent sur le caractère anticonstitutionnel ou contraire au droit international d'une série d'atteintes à la liberté d'association et à l'autonomie de la négociation. C'est le cas de l'Espagne, de la Grèce – qui a introduit des recours auprès de l'OIT et du Conseil de l'Europe -, de la Hongrie, mais aussi du Royaume-Uni qui menace de prohiber la grève. Si l'on prend en compte de manière conjointe les dispositions légales d'opting out, d'assouplissement des critères de représentativité, de limitation du champ d'application matériel de la négociation, et les atteintes au droit de grève, ou de manifestation, on ne peut que constater un déclin de l'autonomie du dialogue social, et partant un affaiblissement général du droit du travail dans son volet essentiel des relations collectives. On ne peut par ailleurs qu'être frappé par la similitudes des mesures prises dans les différents pays et leur conformité aux recommandations de la Banque centrale européenne (voir lettre «secrète » adressée par la Banque centrale européenne au gouvernement italien).

2. La substance des normes et sa conformité aux droits fondamentaux

La légitimité des mesures de crise est non seulement tributaire de la légalité de leur mode d'adoption, mais également de la conformité de leur contenu aux droits fondamentaux. Or, nombre de mesures adoptées pendant la crise portent atteinte de manière direct ou indirecte à des droits sociaux

fondamentaux reconnus par la constitution ou par le droit international. Dans une situation extrême, le rapport grec va jusqu'à décrire les effets de la crise et des mesures anti-crise comme une atteinte générale et structurelle aux droits humains.

2.1 L'écartement temporaire ou définitif de droits fondamentaux

La Hongrie - dont le gouvernement a dans un premier temps reconnu la possibilité de suspension des droits sociaux en temps de crise, avant d'entreprendre une révision qui retire du texte de la Constitution les droits au travail, à l'égalité salariale, et au salaire décent - constitue sans doute un cas radical et extrême dans le paysage européen étudié.

Pourtant, les auteurs des rapports nationaux relèvent de multiples atteintes aux droits fondamentaux, dont le caractère est tantôt temporaire, tantôt structurel.

Nous avons évoqué dans la première partie les atteintes à la liberté syndicale et/ou à l'autonomie de la négociation collective. Les autres atteintes récurrentes aux droits fondamentaux touchent le droit à l'égalité et à la non-discrimination ; la liberté du travail ; et enfin le droit de propriété. Rétrospectivement, l'identification de ces trois domaines ne surprendra pas, et apparaît presque évidente, compte tenu du caractère d'urgence des mesures en cause, et du contexte particulier de crise économique dans lequel elles sont adoptées.

- *Les atteintes aux principes de non-discrimination et d'égalité des citoyens*

- 1) dans certains cas, des différences de traitement apparaissent justifiées par des situations objectivement différentes (actions positives, ainsi de la Pologne où la distinction opérée entre « employeurs » et « entrepreneurs » (seuls ces derniers bénéficiant des mesures de soutien) a fait l'objet de contestations.
- 2) Dans d'autres situations, on assiste à des atteintes manifestes au droit de l'égalité. A l'occasion de la crise, le Royaume-Uni a entrepris un processus de révision de l'ensemble du droit de l'égalité et de la non-discrimination. Au motif d'une « simplification administrative » nécessaire pour atténuer les « rigidités du droit du travail » qui pèsent sur les employeurs, certains acquis sociaux – comme l'encadrement du harcèlement -, ont subi de sérieuses altérations. Cette « rationalisation » devrait se poursuivre, dans la même ligne, au cours des prochains mois. En Italie, les mesures les plus dures (réductions des salaires, flexibilisation du droit du travail) se sont concentrées sur le secteur public, portant atteinte à l'égalité des droits des travailleurs. En Belgique, enfin, la révision des allocations familiales en vue de corriger la situation défavorable des familles recomposées et/ou homosexuelles, a été suspendue pendant la crise, et sera sans doute abandonnée en raison de la dé-fédéralisation de cette compétence.
- 3) Enfin, la protection des jeunes travailleurs a subi une dégradation importante dans plusieurs pays – et est même envisagée en Suède. Au motif que « moins de protection = plus de protection », des mesures dérogatoires au salaire minimum ou encore à la protection contre le licenciement, supposées encourager le recrutement de jeunes travailleurs, ont ainsi été adoptées en Grèce et en Italie. On soulignera le caractère paradoxal et spécieux de l'argumentation justifiant ce traitement particulier : le raisonnement tenu pour les actions positives, est ici appliqué à des « actions négatives »... Outre le fait que ces mesures portent atteinte à l'égalité entre les travailleurs, leur compatibilité avec le droit à un travail décent apparaît questionnable.

Par contraste, la Belgique a réussi, à la faveur de la crise, à avancer dans un dossier qui avait compliqué les négociations collectives durant la dernière décennie : l'harmonisation des statuts des

ouvriers et des employés. La différence de statuts entre ces deux catégories de travailleurs avait été jugée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle à deux reprises.

- *L'activation : jusqu'où peut-on aller dans la contrainte au travail ?*

Bien que l'interdiction du travail forcé, ne semble pas, selon l'OIT, concerner les politiques d'activation des chômeurs, on peut se poser la question de la légitimité de certaines mesures réduisant de manière drastique – voire supprimant- les allocations des demandeurs d'emploi qui refuseraient de s'inscrire dans un programme d'emploi public. De telles mesures ont été adoptées, surtout dans la deuxième phase de la crise (à partir de 2010), en Hongrie et au Royaume-Uni. Au Royaume-Uni, les « jobseeker's allowances » ne sont plus allouées qu'à la condition que les demandeurs d'emploi travaillent 30 heures par semaine... En Hongrie, un programme analogue (4 heures par jour) a été mis en place, ciblé sur les ROMS (selon un accord avec leurs représentants, 100.000 ROMS devraient être concernés par ce programme).

De manière moins radicale, d'autres pays, comme l'Allemagne et la Belgique, ont augmenté à partir de 2010 le pouvoir discrétionnaire des offices de placement à l'égard de certaines catégories de travailleurs.

- *Les atteintes au droit de propriété*

Dans des domaines très différents, deux mesures susceptibles de porter atteinte au droit de propriété ont été identifiées par les rapporteurs nationaux.

- En Hongrie, le second pilier de pension a littéralement été nationalisé par le gouvernement, et absorbé dans le premier pilier. La justification avancée par le gouvernement réside dans la perte de confiance des citoyens à l'égard des investisseurs privés, et la sécurité accrue qu'offre une gestion publique. La mesure a toutefois permis de rééquilibrer sans douleur le budget du pilier public des pensions.
- Au Royaume-Uni, à la suite des émeutes de 2011, le gouvernement a décidé la suppression de toute allocation sociale pour les auteurs d'émeutes ou de pillage. Cette mesure drastique pourrait s'avérer contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui assimile le droit aux allocations sociales (y compris sous conditions de ressources) à une propriété privée.

2.2 L'effet indirect de certaines mesures de crise sur les droits fondamentaux

La typologie des mesures de crise a été établie par ailleurs (voir le rapport de Sylvaine Laulom). Nous revenons ici brièvement sur certaines d'entre elles susceptibles de porter atteinte, de manière indirecte, aux droits fondamentaux des citoyens – qui se retrouvent privés d'un revenu conforme à la dignité humaine -, ou des travailleurs - dont les caractéristiques d'emploi n'apparaissent plus compatibles avec la définition (même imprécise) d'un « emploi de qualité » ou d'un « travail décent ».

- *Revenu conforme à la dignité humaine*

Dans des proportions variables selon les pays, les revenus des citoyens et des travailleurs vont se dégrader, sous l'effet conjugué d'un arsenal de mesures qui émaillent les rapports nationaux : politiques d'activation axées sur l'offre de travail, diminution des prestations sociales, stagnation ou réduction sèche des salaires, dans les secteurs public et privé.

- Effets des politiques d'activation - Si certaines politiques actives du marché du travail encouragent la formation des travailleurs (comme en Autriche, en Pologne, ou, avant la crise, en Suède), ou la demande d'emploi (jusqu'en 2010), les gouvernements sont de plus en plus nombreux depuis 2010 à tenter d'influencer les comportements de recherche d'emploi en réduisant les montants des allocations de chômage, ou en contraignant les chômeurs à accepter des emplois peu rémunérateurs, éventuellement subsidiés. Ces mesures constituent une source d'économie pour les budgets nationaux, mais aussi une cause importante de précarisation de la situation financière des travailleurs.
- Diminution des prestations sociales - Alors que la Belgique poursuit le relèvement des minimas sociaux malgré la crise, que l'Allemagne augmente les allocations pour enfants pauvres, plusieurs pays, après une première phase de soutien temporaire au revenu des ménages, s'engagent dans une politique systématique de réduction des minimas sociaux et des prestations sociales. La Hongrie et le Royaume-Uni vont réduire de manière drastique les conditions d'accès et les montants de la plupart des prestations sociales. L'Allemagne diminue le montant des allocations de logement et des allocations parentales. De manière générale, la grande majorité des pays va, pendant la crise, réduire les conditions d'accès et le montant des pensions, ceci afin d'agir simultanément sur les dépenses de la sécurité sociale, et sur son financement (ces dispositions s'accompagnent en général de mesures destinées à reculer l'âge effectif de départ à la retraite). En Hongrie, la réduction des prestations de maladie à charge de l'employeur vise à alléger le coût du travail pour les entreprises.
- Les salaires de la fonction publique - Plusieurs pays, pendant la crise, tentent de réduire leur déficit public en gelant, voire en diminuant les salaires de la fonction publique. C'est le cas de l'Espagne, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Italie, de la Pologne et du Royaume-Uni. L'Italie et le Royaume-Uni envisagent pour leur part une « rationalisation » en profondeur de l'administration publique qui devrait conduire à la privatisation d'une série de services d'intérêt général et à une réduction globale du nombre de fonctionnaires.
- Les salaires dans le secteur privé - Les rounds de négociations salariales se concluent par des ralentissements, voire des gels de la progression des salaires en Suède et en Allemagne. En Suède ou en Autriche, on assiste à des réductions de salaire, en général négociées à l'échelon de l'entreprise dans le cadre des possibilités d'opting-out par rapport aux accords sectoriels ou à la loi. Certaines mesures légales de crise permettent une réduction du temps de travail sans compensation de salaire. Quant aux salaires minimaux, la Hongrie et l'Allemagne interviennent en force pour imposer un salaire minimum national ou sectoriel. En revanche, Le Royaume-Uni remet aujourd'hui en cause le salaire minimum – si tardivement mis en place. Par ailleurs, comme nous l'avons souligné plus haut, des dérogations au salaire minimum sont utilisées pour « favoriser l'accès à l'emploi » de certaines catégories de travailleurs (Grèce, Italie, Suède).

- *Travail décent*

Si on ne peut, à priori, considérer toute déréglementation du droit social comme un indicateur de l'« indécence » du travail, on ne peut cependant qu'être frappé par le mouvement massif de déréglementation au motif de la crise.

Le rapporteur grec parle de situation d'« anomie » ; le rapport espagnol s'étonne de ce qu'alors même que la flexibilité déjà importante du droit du travail a été diagnostiquée comme l'une des

causes majeures des conséquences sociales désastreuses de la crise, la dérégulation demeure l'une des principales réponses proposées par le gouvernement ; le gouvernement hongrois vante les mérites de son programme de « marché du travail le plus flexible du monde » ; le Royaume-Uni, sous couvert de « simplification administrative » et d'assouplissement des rigidités du marché du travail, élague des pans entiers de réglementation sociale, à commencer par le droit de l'égalité et le code de santé et de sécurité au travail.

L'évolution du droit du licenciement dans de nombreux pays illustre bien la précarité croissante des travailleurs : la Hongrie a introduit la *révocation ad nutum* dans la fonction publique ; l'Italie a ouvert la négociabilité ad pejus des conditions de licenciement à l'échelon de l'entreprise et la possibilité d'introduire dans le contrat individuel une clause d'arbitrage en cas de litige ; l'Espagne a réduit le coût du licenciement et une flexibilité plus importante des conditions de licenciement est envisagée au Royaume Uni.

A l'inverse, les situations polonaises et autrichiennes apparaissent atypiques puisque l'une des réponses à la crise économique a, précisément, consisté à renforcer dans ces pays la protection des travailleurs contre le licenciement (les mesures de soutien à l'emploi, en Pologne, sont subordonnées à cette protection accrue). Les indicateurs économiques et sociaux de ces deux pays, en 2011, sont pourtant parmi les meilleurs en Europe...

La conformité à la notion de « travail décent » ou d' « emploi de qualité » - et donc la légitimité - des dé-réglementations massives du droit du travail sont questionnables. Mais au-delà, on ne peut que s'interroger de manière plus générale, et fondamentale, sur l'adéquation d'une réponse à la crise en termes de flexibilisation du marché du travail... Les exemples contrastés de la Pologne et de l'Autriche, d'une part, - qui ont limité la flexibilité du droit du travail et semblent, jusqu'à ce jour, avoir relativement bien traversé la crise - et, de l'autre, de l'Espagne et de la Grèce qui mettent en avant la flexibilité du droit du travail comme réponse essentielle à la crise, laissent rêveurs... mais cette réflexion liée à l'opportunité des réponses à la crise sort sans doute du cadre du présent rapport, qui n'avait d'autre ambition que d'interroger leur légitimité.

Les questions de l'emploi et du travail dans une Union européenne en crise

Emmanuelle MAZUYER

La présente recherche doit mettre en évidence les grandes tendances des réformes de droit social des Etats européens dans un contexte de crise économique et financière qui sévit depuis 2008. Or la dimension européenne ne peut être absente de ces développements tant les niveaux nationaux et leur cadre européen sont étroitement liés par des mécanismes aussi bien politiques, qu'économiques ou juridiques, dont on ne peut ignorer la portée.

Lorsque la crise financière a frappé l'Europe en 2008, elle s'est surajoutée à d'autres crises plus ou moins latentes dont souffrait l'Union européenne : crise politique et institutionnelle d'abord, crise démocratique ensuite, crise de la politique sociale enfin. Une crise institutionnelle et politique couvait depuis l'élargissement à 25 puis 27 Etats membres en 2004 et 2007, ces élargissements compliquant les procédures décisionnelles dans un cadre institutionnel globalement inchangé. Une crise de déficit, voire de défiance, démocratique avait également été révélée par l'échec du projet de traité constitutionnel et l'opposition de certains peuples européens aux référendums populaires posant la question de sa ratification. Déjà en 2008, une crise de confiance des peuples envers le projet européen était bien visible. La politique sociale elle-même était, sinon en crise, du moins dans une sorte d'impasse que révèlent le peu de projets novateurs et d'envergure sur les questions sociales et les thèmes assez périphériques donnant lieu à des accords entre partenaires sociaux européens²⁸. Certes des accords avaient été conclus sur le stress, le harcèlement ou la violence au travail mais la dynamique de production normative semblait cassée. C'est donc dans ce contexte de profondes crises de différentes natures qu'intervient la crise financière de 2008.

Pour en rester aux rapports entre questions sociales et environnement économique au niveau européen, rappelons que la construction européenne, processus d'intégration économique avant tout, est liée depuis son origine, y compris dans sa dimension sociale, au contexte économique mais que ces liens ont évolué au fil des années. Au départ, dans les années 1950 à 1970, l'intégration économique communautaire était censée entraîner naturellement progrès social et amélioration des conditions de vie et de travail²⁹. Or ce postulat idéal a été balayé par les chocs pétroliers du début des années 1970 et la crise économique et industrielle qui a suivi. Cette première crise économique est donc à l'origine d'une prise de conscience politique de la nécessité d'une réelle politique sociale européenne. Les conclusions du Conseil de Paris de 1974 et le programme d'action sociale qui en a résulté attestent de ce changement d'optique et d'orientation.

²⁸ Hormis les thèmes du travail atypique, centraux s'il en est, les thèmes de négociations s'en tiennent à la conciliation entre vie familiale et professionnelle, santé psychologique au travail, questions certes importantes pour le bien être des travailleurs mais tout de même assez éloignées du noyau dur de protections de leurs droits individuels et collectifs.

²⁹ Voir en ce sens les conclusions des rapports d'experts Ohlin, Spaak et Delpérée préfigurant la physionomie du traité de Rome lui-même/

Sans faire un résumé de l'historique de la politique sociale européenne³⁰, elle a vécu son « âge d'or » et ses plus grandes avancées avec l'adoption, entre 1975 et 1980, des trois grandes directives accompagnant les restructurations des entreprises par des garanties sociales concernant la protection des droits des salariés lors des licenciements collectifs, des transferts d'entreprises et en cas d'insolvabilité de l'employeur.

Après cette première période faste, la politique sociale est bloquée, dans les années 1980, par le veto systématique des gouvernements britanniques de M. Thatcher puis de J. Major contre les projets d'actes en matière sociale. Pour sortir de cette impasse, il a fallu, à la fin des années 1990, modifier le cadre institutionnel de la production normative dans le domaine social, notamment par la délégation du pouvoir normatif aux partenaires sociaux européens et par l'instauration de nouvelles méthodes normatives plus douces, comme la méthode ouverte de coordination (MOC) ou la stratégie européenne pour l'emploi (SEE), notamment dans le domaine de l'emploi³¹.

La crise économique et financière de 2008 aurait pu faire naître une nouvelle prise en compte des intérêts sociaux de l'intégration économique ou imposer des changements institutionnels. En a-t-il été ainsi ? Pour répondre à cette interrogation, il faut présenter les différents aspects du contexte social européen avant la crise pour les confronter à la situation pendant et après cette dernière. Nous proposons, pour la clarté du propos, de procéder en plusieurs temps exposant quels ont été les discours et les orientations générales de la Commission et du Conseil en matière sociale (Section 1, le contexte normatif et les textes adoptés durant la période 2008-2010 (Section 2), l'interprétation par la Cour des normes sociales avant et après 2008 (Section 3) et enfin le contexte de la nouvelle gouvernance économique et ses conséquences sur les politiques sociales nationales (Section 4).

Section 1 - Discours et actes officiels de l'exécutif européen

Le cadre conceptuel dans lequel s'inscrivait l'exécutif européen avant 2008, en matière sociale, évoluait surtout autour de la notion de flexicurité (§1). Après la crise, ce cadre est resté globalement inchangé, et on note que les premières tendances institutionnelles résidaient plutôt dans l'inaction et l'attentisme en ce qui concerne les questions du travail et de l'emploi (§2).

§ 1- Avant la crise, un maître mot : la flexicurité

Du côté international, de nombreuses organisations économiques prônent une dynamisation de la croissance par une flexibilisation des marchés du travail³². Le contexte social européen de cette dernière décennie est, quant à lui, marqué par le Livre vert de la Commission sur la modernisation du droit du travail³³, qui parmi d'autres recommandations, préconise, pour réduire les coûts sociaux, un plus large recours aux formes de travail indépendant et de travail atypique. Ces modalités de travail sont favorisées pour satisfaire aux exigences de « flexicurité », que l'on peut résumer comme l'octroi de droits de protection sociale minimaux face à un recours massif à des relations de travail flexibles. La Commission

³⁰ Pour plus de détails sur cette évolution, voir notre ouvrage, *L'harmonisation sociale européenne – Processus et modèle*, Editions Bruylant, Bruxelles, 2007.

³¹ Voir S. Laulom, « La stratégie européenne pour l'emploi : alternative à l'harmonisation », première partie, *Revue du droit du travail*, n°11, novembre 2007, pp. 643-648 ; deuxième partie : « Harmonisations législatives et stratégie européenne pour l'emploi », *Revue du Droit du Travail*, n°12, décembre 2007, pp. 710-716.

³² OCDE *Réglementation relative à la protection à la protection de l'emploi et performance du marché du travail*, 2004.

³³ Livre Vert *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXI^e siècle*, COM (2006) 708 final, Commission des communautés européennes, Bruxelles, 22 novembre 2006. Certains auteurs ont été très critiques vis-à-vis de l'hypothèse de départ et des propositions du texte, voir notamment F. Gaudu, *RDT*, 2007, p. 75 ou F. Gaudu, *L'accord sur la modernisation du marché du travail : érosion ou refondation du droit du travail ?*, *D. Soc.*, 2008 p. 267..

part de l'hypothèse que les règles du modèle traditionnel des droits du travail ne sont pas adaptées aux défis économiques de la société mondialisée. Le droit du travail apparaît, en effet, dans cette conception comme un facteur de rigidité du marché du travail avec l'obligation de respecter un certain nombre de règles de protection du salarié (procédure de licenciement, délai de préavis, octroi d'une indemnisation en cas de rupture injustifiée, défense syndicale...). Il y aurait donc urgence et nécessité de « moderniser » ce droit du travail. Cette nouvelle approche devrait concourir à la mise en place d'un « marché du travail flexible ». Les règles devraient donc être assouplies voire supprimées. La « sécurisation des parcours professionnels », par le bénéfice de prestations sociales de chômage, maternité, maladie, est censée améliorer le statut précarisé du travailleur dont l'emploi effectif serait soumis à une incertitude permise par des contrats de travail atypiques (travail intérimaire, à temps partiel, à durée déterminée, etc.) voire même un statut de travailleur indépendant.

Il conviendrait également de « favoriser [une] souplesse contractuelle » ce qui signifie, dans le cas des contrats de travail à durée indéterminée sinon *faciliter les licenciements* du moins faciliter les ruptures. La Commission a promu à travers la Communication qui a résulté de son livre vert³⁴, une politique de « flexicurité » basée sur des gains présentés comme réciproques pour les entreprises et pour les travailleurs : une adaptation des travailleurs aux besoins du marché contre une sécurisation des parcours professionnels par une meilleure indemnisation des périodes d'inactivité³⁵. La politique européenne de l'emploi, matérialisée dans le cadre de la « stratégie européenne de l'emploi », prônait toujours cette flexibilité pour un droit du travail dit « moderne ».

Le modèle de flexicurité développé par la Commission européenne s'appuie sur « la participation active des partenaires sociaux [...] essentielle pour garantir que la flexicurité profite à tous »³⁶. On y retrouve également la trace de divers rapports qui fournissent, durant la première décennie du 21^{ème} siècle, l'armature idéologique des réformes nationales. Qu'il s'agisse du rapport de Virville (2004), du rapport Cahuc et Kramarz (2004), du rapport Camdessus (2004) ou encore du rapport Attali (2008), tous ont en commun de voir dans certaines charges induites par le droit du travail des dispositions néfastes pour la compétitivité de l'entreprise et pour l'emploi³⁷. Une fluidification du marché du travail est, selon ces approches, à rechercher notamment par la simplification des contrats et la flexibilité des relations de travail. Diverses solutions sont proposées comme le contrat de travail unique (Cahuc et Kramarz).

§ 2- Les tendances institutionnelles après la crise

La première réaction des institutions européennes face à la crise a été de ne pas réagir et de ne pas se positionner, en matière sociale du moins. Puis les premières actions face à la crise se sont déployées dans la continuité des années précédentes avec assez peu de changements.

1) L'atonie européenne en matière sociale

Pendant la première année, en effet, la crise de 2008 a d'abord été traitée comme une crise macro économique relevant des plans de relance nationaux et de la politique monétaire de la Banque Centrale Européenne. La crise de l'emploi, consécutive à la crise financière n'a pas retenu l'attention des institutions européennes au départ. L'emploi est resté une thématique des discours européens, comme il l'était déjà, mais n'a pas fait l'objet d'un traitement spécifique. La première action a été de reconduire les

³⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers des principes communs de flexicurité : Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité*, COM (2007) 359 final, 27 juin 2007 - Non publiée au Journal officiel.

³⁵ Voir l'idée de sécurité sociale professionnelle dans le rapport Cahuc-Kramarz.

³⁶ Communication de la Commission, *Vers des principes communs de flexicurité*, COM (2007) 359, précitée.

³⁷ S. Laulom, « Le droit du travail français face à la crise », in *Diritto del lavoro e crisi economica, misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, a cura di Gianni Loy ed. Ediesse Roma, 2011.

lignes directrices pour l'emploi adoptées pour la période 2005-2008, pour la période 2008-2010³⁸. Ainsi, en dépit de la crise économique, le conseil des ministres des affaires sociales en juin 2009 a décidé de cette reconduction, estimant que les objectifs de 2008 restaient pertinents aussi bien du point de vue des réformes structurelles que des politiques de flexicurité. D'une certaine manière, cette reconduction marque la fin du mythe des méthodes ouvertes de coordination, envisagées comme des alternatives à la méthode européenne traditionnelle. Théoriquement en effet, les MOC sont conçues comme des processus participatifs capables de s'adapter de manière permanente à des changements. Or, alors que la crise économique de 2008 rendait les objectifs chiffrés de taux d'emplois des lignes directrices des objectifs devenus impossibles, les lignes directrices ont été reconduites sans aucune modification, et ce, de manière unilatérale.

En 2009, les 27 ont également annulé la tenue prévue d'un sommet européen pour l'emploi. Le discours européen est donc demeuré inchangé et si l'on peut noter, pendant cette première période, de légers infléchissements, il s'agit juste de prendre en compte les premières réactions nationales à la crise de l'emploi. Le manque de gouvernance politique et économique se fait clairement ressentir puisque en effet, les initiatives sont venues des Etats membres et non de l'Union européenne, qui s'est contentée d'acter les tendances nationales.

Les premières réactions européennes tiennent donc dans le statu quo et marquent une certaine atonie des instances européennes en matière sociale, viennent ensuite quelques changements assez modérés dans le discours.

2) Un réveil tardif dans le même cadre conceptuel

Dans un deuxième temps, les institutions européennes ont commencé à se saisir de la question de la crise ou du moins et à prendre en considération ses impacts, mais dans la continuité de leurs actions antérieures. Ainsi, flexicurité, marché intérieur restent les principales voies d'action européennes.

L'accent a été mis dès 2009 sur la préservation de l'emploi, et non plus sur la flexibilité externe, toujours au travers de la flexicurité. La flexicurité a continué à être encouragée, même si on peut noter quelques petites évolutions. La Communication de la Commission du 3 juin 2009, « *Un engagement commun en faveur de l'emploi* »³⁹, semble marquer une première évolution. La flexicurité est toujours perçue comme « *la meilleure formule pour moderniser les marchés du travail et accroître leur capacité d'adaptation, renforcer la compétitivité et préparer la reprise* ». Mais des mesures pour préserver les emplois existants, en créer de nouveaux et stimuler la mobilité sont aussi encouragées.

Le chômage partiel, qui était absent jusqu'à présent du discours communautaire, devient l'exemple de la flexicurité. La Commission estime que « *dans plusieurs Etats membres, les mesures temporaires de chômage partiel contribuent effectivement à préserver l'emploi, notamment lorsqu'elles s'accompagnent de compensations financières pour la perte de revenus et de formations* ». Ces dispositifs de flexibilité interne, comme le chômage partiel, existant déjà dans les Etats membres, ont été mobilisés en effet dans quasiment tous les Etats membres.

La communication met également l'accent sur l'atténuation des répercussions sociales de la crise, la formation et une meilleure utilisation des fonds communautaires. A l'inverse de documents précédents, comme par exemple la Communication sur la flexicurité, on ne trouve plus de références à une nécessaire « *souplesse et sécurisation des dispositions contractuelles* » qui, tout en laissant aux Etats

³⁸ Conclusions du conseil des ministres des affaires sociales du 8 juin 2009.

³⁹ COM (2009) 257 final.

membres une entière liberté, pouvaient légitimer une remise en cause des législations de protection d'emploi.

De son côté, le Conseil européen emploi et politique sociale, a pris acte de la crise et s'est prononcé sur des orientations générales pour sortir de la crise en novembre 2009⁴⁰. Ses conclusions insistent sur l'importance des conséquences sociales de la crise économique, essentiellement sur le terrain du marché du travail et des pertes d'emploi. Pour faire face à la montée du chômage, il est fait référence aux « instruments efficaces » que sont les principes communs de flexicurité et les principes communs en matière d'inclusion active sur le marché du travail⁴¹. L'objectif est d'accroître l'offre de main d'œuvre et d'améliorer l'employabilité des personnes touchées par la crise et de la population active, puisqu'un taux élevé de participation au marché du travail est une « condition préalable à la croissance économique »⁴², tout en veillant à l'assainissement budgétaire des finances publiques. Ainsi, il est très nettement fait référence aux « départs inopportuns dans le cadre d'une retraite prématurée » ou au fait de ne pas être sur le marché du travail en raison « d'un accès injustifié à des régimes de prestation d'invalidité »⁴³. Des objectifs sont assignés à la Commission⁴⁴, au Conseil⁴⁵ et aux Etats membres⁴⁶. Les Etats sont invités à « adopter des réformes structurelles » pour moderniser « les politiques de l'emploi et des systèmes de protection sociale »⁴⁷. L'Europe est présentée dans cet acte comme une « économie sociale de marché » qui doit retrouver des « finances saines ».

C'est dans ce même cadre idéologique que vient s'inscrire la Commission. La stratégie européenne pour l'emploi de Lisbonne, arrivée à terme en 2010, est remplacée par la stratégie 2020 dont on retrouve les orientations générales dans la Communication de la Commission « Europe 2020 : Une stratégie pour une croissance intelligente, durable et inclusive » du 3 mars 2010⁴⁸. Les objectifs sont d'abord affichés en terme de taux d'emploi. La Commission fixe un objectif d'emploi à 75% de la population de 20 à 64 ans (actuellement 46% des 54 – 64 ans, 21% de jeunes au chômage), alors qu'il était de 70% dans la stratégie de Lisbonne. Elle vise ensuite une réduction de 20 millions de personnes touchées par la pauvreté⁴⁹. Viennent ensuite des objectifs telles que l'augmentation des compétences de la main d'œuvre, la formation au long de la vie ou une meilleure conciliation vie privée – vie professionnelle. La philosophie de la flexicurité est poursuivie dans les méthodes traditionnelles comme l'adaptation aux nouvelles conditions d'emploi, les réorientations de carrière, ou l'objectif d'une augmentation de la productivité du travail. La Commission compte toujours sur une modernisation des marchés du travail pour améliorer le taux d'emploi et garantir la viabilité des modèles sociaux⁵⁰. Les moyens qu'elle avance pour parvenir à cet objectif général résident dans :

- le lancement de la deuxième phase de la stratégie de « flexicurité » ;
- l'adaptation du cadre législatif conformément aux principes de la réglementation intelligente (*smart regulation*)⁵¹, à l'évolution des formules de travail (par exemple temps de travail, travailleurs détachés)

⁴⁰ Conclusions du Conseil datant du 30 novembre 2009 intitulées « Oeuvrer en faveur de l'insertion sur le marché du travail: sortir de la crise et préparer le programme de Lisbonne pour l'après-2010 ».

⁴¹ § 4.

⁴² § 17.

⁴³ § 14.

⁴⁴ § 34 à 38.

⁴⁵ § 39 à 42.

⁴⁶ § 28 à 33.

⁴⁷ § 19.

⁴⁸ COM (2010) 2020. Notons la terminologie empruntée au champ du développement durable utilisée par la Commission.

⁴⁹ p. 3

⁵⁰ p. 19.

⁵¹ Cette « réglementation intelligente » s'inscrit dans le contexte de la stratégie de Lisbonne révisée, recentrée sur la croissance et l'emploi. La Commission a lancé une stratégie globale d'amélioration de la réglementation pour « garantir que le cadre réglementaire dans l'Union européenne contribue à la croissance et à l'emploi, tout en

- et aux nouveaux risques pour la santé et la sécurité ;
- la mobilité professionnelle et une politique globale d'immigration de la main d'œuvre pour des réponses flexibles aux besoins des marchés du travail ;
 - le renforcement des capacités des partenaires sociaux notamment dans la coopération avec les services publics et le rôle de la responsabilité sociale de l'entreprise notamment dans la lutte contre la pauvreté.

Pour notre analyse, il est primordial de souligner le rôle que la Commission assigne dans cette communication aux Etats membres⁵². Ces derniers doivent :

- mettre en oeuvre leurs parcours nationaux pour la flexicurité en veillant à diminuer la segmentation du marché du travail, à faciliter les transitions et à permettre de concilier vie professionnelle et vie familiale ;
- examiner et contrôler l'efficacité de leur fiscalité et de leur système de prestations sociales, de manière à renforcer l'attrait financier du travail, notamment pour les personnes faiblement qualifiées, et supprimer les obstacles à l'emploi indépendant ;
- promouvoir de nouvelles formes d'équilibre entre vie professionnelle et vie privée et de nouvelles politiques d'emploi des seniors, et améliorer l'égalité entre les hommes et les femmes ;
- encourager la concrétisation effective des fruits du dialogue social et en assurer le suivi;
- donner un élan décisif à la mise en oeuvre du Cadre européen des certifications grâce à l'établissement des cadres nationaux des certifications ;
- veiller à l'acquisition et à la reconnaissance, dans l'ensemble de l'enseignement général, professionnel et supérieur et dans la formation des adultes, des compétences nécessaires pour participer à la formation continue et au marché du travail ;
- mettre en place des partenariats entre le secteur de l'éducation et de la formation et le monde du travail, notamment en associant les partenaires sociaux à la planification de l'enseignement et de la formation.

Parallèlement à ces orientations, et juste après cette nouvelle stratégie en matière de politique sociale, la Commission adopte en 2010, l'Acte pour le marché unique dont certaines dispositions concernent des aspects sociaux du marché intérieur. Le processus d'adoption a pris plus de 18 mois. José Manuel Barroso, Président de la Commission avait confié, en octobre 2009, à Mario Monti la mission de rédiger un rapport sur les chaînons manquants empêchant le marché de jouer son rôle de moteur de croissance et d'offrir aux consommateurs tous ses avantages et risquant, dans le contexte de la crise, d'affaiblir les soutiens à l'intégration européenne et d'exacerber les nationalismes économiques. Il dressait le constat suivant : « *la crise a entraîné une sérieuse remise en question du fonctionnement des marchés. Elle a également renforcé les préoccupations liées à sa dimension sociale. Le Traité de Lisbonne [...] précise que « l'Union œuvre pour une économie sociale de marché hautement compétitive ». Tout cela invite à jeter un regard neuf sur la manière dont la dimension de marché et la dimension sociale d'une économie européenne intégrée peuvent se renforcer mutuellement* ». Le rapport Monti, présenté sept mois plus tard, en mai 2010⁵³, fait le diagnostic d'un désamour voire d'une opposition des citoyens européens au marché unique et à l'intégration européenne et pointe un manque de consensus politique et social qu'il convient de reconstruire. Au-delà de ce constat et des bonnes questions qu'il pose, les réponses proposées peuvent apparaître assez limitées au regard des enjeux en cause⁵⁴. Ce rapport a néanmoins

continuant à tenir compte des objectifs sociaux et environnementaux ainsi que des avantages pour les citoyens et les administrations nationales ». Dans ce cadre, l'initiative «Mieux légiférer» de l'Union européenne vise à simplifier et à améliorer la réglementation existante, à mieux concevoir les nouveaux actes réglementaires et à renforcer le respect et l'efficacité de la réglementation, le tout en conformité avec le principe de proportionnalité de l'Union européenne, voir la Communication de la Commission « *Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne* » du 8 octobre 2010, COM (2010) 543 final.

⁵² p. 20.

⁵³ « *Une nouvelle stratégie pour le marché unique – Au service de l'économie et de la société européennes* », Rapport remis par Mario Monti au président de la Commission européenne, le 9 mai 2010.

⁵⁴ A cet égard, voir le commentaire de F. Chaltiel et G. Simon, « *Relance du marché unique européen : une lecture*

grandement influencé les orientations de la Communication « Vers un Acte pour le marché unique » présentée par la Commission le 27 octobre 2010⁵⁵ qui présentait la relance du marché unique comme outil indispensable de la stratégie 2020 avec 50 propositions précises mises au débat public. Ce processus a finalement abouti à l'« Acte pour le marché unique : douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance » du 13 avril 2011⁵⁶.

Les solutions proposées pour faire face aux diverses crises traversées par l'Union européenne tiennent donc toujours dans le renforcement du marché intérieur, avec, on peut le regretter, finalement peu d'actions en matière sociale, puisque seulement trois des actions, sur les douze que comprend l'Acte, concernent les questions sociales. On citera l'objectif de renforcement de la cohésion sociale dans le marché unique, notamment dans le cas de détachement de travailleurs, l'approfondissement de l'aspect social des études d'impact de chacune des actions envisagées, l'amélioration de la mobilité intra européenne⁵⁷ et le soutien des entreprises sociales, notamment par l'aide du secteur de l'entrepreneuriat social mais aussi par la transparence de l'information sociale et environnementale des entreprises.

L'approfondissement du marché intérieur, le développement durable et la responsabilité sociale des entreprises, la flexicurité, les solutions avancées par les instances européennes sont assez classiques et, on peut le craindre, relativement mesurées par rapport aux enjeux sociaux consécutifs à la crise économique et financière.

Section 2 - L'environnement normatif européen

Quelles ont été les principales normes qui ont été adoptées au niveau européen avant et pendant la crise de 2008 ? Cette dernière en a-t-elle favorisé ou retardé l'adoption ? Rappelons avant tout que depuis 1993, les partenaires sociaux européens sont chargés également de mettre en œuvre la stratégie générale de la Commission en matière de politique sociale, dans le cadre de l'article 154 du traité. Ils ont négocié, bien avant la crise, trois accords sur le travail « atypique », équivalent du travail dit « précaire » dans la terminologie européenne, qu'il faut présenter brièvement, tant parce qu'ils constituent l'arrière scène de la flexibilité à l'européenne et que parce que le dernier volet relatif au travail intérimaire a donné lieu à une directive adoptée en pleine crise en 2008 (§1). Outre plusieurs autres instruments, que nous mentionnerons juste pour information, l'accord cadre qui a suivi réellement la crise de 2008 a concerné les marchés du travail inclusifs et la lutte contre l'exclusion (§2).

§ 1- Les relations de travail flexibles : les normes européennes sur le travail atypique

Le travail *atypique* est une notion utilisée dans la terminologie de l'Union européenne pour envisager toutes les formes de travail qui ne sont pas « typiques », c'est-à-dire formalisée par un contrat à durée indéterminée pour un travail à temps plein effectué dans les locaux de l'entreprise. Ce sont donc le travail à temps partiel, le travail à durée indéterminée, le travail intérimaire et le télétravail. Ces formes d'emploi s'inscrivent dans le cadre de la flexibilisation des relations de travail et donc dans la logique de flexicurité prônée par la Commission. La procédure de consultation des partenaires sociaux européens par la Commission a été lancée, dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi de Lisbonne, en

critique du rapport Monti », mis en ligne le 29 octobre 2010, sur le site Terra Nova, http://www.tnova.fr/sites/default/files/101028-Relance%20du%20march%C3%A9%20unique%20europ%C3%A9en%20-%28293%29_0.pdf. Voir également la résolution de la CES sur « Une nouvelle impulsion sociale pour la stratégie du marché intérieur 2010-2015 », adoptée lors de Comité exécutif des 9-10 mars 2010.

⁵⁵ Communication de la Commission « Vers un Acte pour le marché unique. Pour une économie sociale de marché hautement compétitive : 50 propositions pour mieux travailler, entreprendre et échanger ensemble », 27 octobre 2010, COM (2010) 608 final.

⁵⁶ COM (2011)206 final

⁵⁷ En matière d'équivalence de formations, de reconnaissance de diplômes et de portabilité des droits de pension.

1995, avant même que la flexicurité soit nettement théorisée. Le processus de consultation concernait l'opportunité d'une action normative, ses formes et la nécessité de garantir aux travailleurs atypiques le même traitement que pour les travailleurs à plein temps. Elle portait aussi sur les modalités de l'action et l'opportunité d'une action commune ou séparée pour les trois catégories de travailleurs atypiques (temps partiel, à durée déterminée, intérimaires). L'UNICE (maintenant « Business Europe ») et le WEM, patronat de la métallurgie, se sont déterminés en faveur d'une action séparée pour les différents thèmes.

Les partenaires sociaux européens (UNICE, CES, CEEP, UEAPME) ont conclu un premier accord-cadre sur le travail à temps partiel le 6 juin 1997. Le Conseil l'a ensuite mis en œuvre par une directive du 15 décembre 1997⁵⁸. L'objectif est, d'une part, de garantir l'égalité de traitement des travailleurs à temps partiel par rapport aux travailleurs à temps plein et, d'autre part, de faciliter le développement du temps partiel, sur une base volontaire, pour une organisation plus flexible du temps de travail. L'accord-cadre contient, outre la possibilité traditionnelle en matière d'harmonisation sociale de laisser la faculté aux États membres de maintenir ou d'introduire des dispositions plus favorables, une clause de non régression. Selon cette clause, la mise en œuvre de l'accord ne saurait constituer « *une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs* ». Cependant le dispositif général, tant dans ses objectifs que dans les modalités de mise en œuvre prévues, fait place à une grande flexibilité puisqu'il prévoit que les États peuvent prendre des dispositions *différentes* et que les partenaires sociaux peuvent *adapter* selon leurs besoins spécifiques les dispositions de l'accord, sans que le caractère plus favorable de ces adaptations ne soit expressément exigé.

Le deuxième volet des propositions concernant le travail atypique était relatif au travail à durée déterminée. Les partenaires sociaux interprofessionnels ont conclu un accord-cadre le 18 mars 1999, mis en œuvre par la voie d'une directive en juin 1999⁵⁹. Après avoir rappelé que la forme de travail demeure en principe le travail à durée indéterminée, à l'instar de l'accord sur le temps partiel, l'accord énonce également le principe de non-discrimination des travailleurs à durée déterminée. Le principe exige que ces travailleurs ne soient pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée. Dans un deuxième temps, le but de l'accord est de prévenir les abus résultant de l'utilisation de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs. Les modalités de mise en œuvre de cet objectif sont très flexibles⁶⁰.

L'accord renvoie aux États membres le soin de déterminer sous quelles conditions les contrats à durée déterminée sont considérés comme successifs et réputés conclus pour une durée déterminée. Enfin, il est prévu, pour permettre à la relation de travail de devenir permanente, que les travailleurs à durée déterminée soient informés des postes vacants dans l'entreprise et puissent bénéficier des opportunités de formation. Il comporte aussi une clause de non régression du niveau général de protection des travailleurs.

Le troisième volet de cette réglementation européenne sur le travail atypique concernait le travail temporaire. Consultés dès 1995, les partenaires sociaux européens ne sont pas parvenus à un accord et ont arrêté de négocier en mars 2001, laissant la Commission reprendre la maîtrise du processus normatif. Après 25 ans de négociations et de blocages, une directive a été adoptée, en pleine crise financière, le 19 novembre 2008⁶¹. Même si dans les motifs et le dispositif rien ne fait référence au contexte économique et financier, l'impact de la crise économique sur les marchés du travail a sans

⁵⁸ Directive 97/81/CE JOCE L 14 du 20 janvier 1998, pp. 9-14.

⁵⁹ Directive 99/70/CE du 28 juin 1999, JOCE L 175 du 10 juillet 1999, p. 43.

⁶⁰ Selon la clause 5, les États peuvent à cette fin introduire une ou plusieurs des mesures suivantes : des raisons objectives justifiant le renouvellement de tels contrats ou relations de travail; la durée maximum totale de contrats ou relations de travail à durée déterminée successifs; le nombre de renouvellements de tels contrats ou relations de travail.

⁶¹ Directive 2008/104/CE du Parlement et du Conseil du 19 novembre 2008, JOUE L 327/9 du 5 décembre 2008.

aucun doute facilité l'adoption de cet instrument qui, depuis longtemps rencontrait l'hostilité du Royaume Uni notamment.

Le préambule fait référence en revanche aux lignes directrices pour la croissance et l'emploi de la Commission (2005-2008) et rappelle qu'en mars 2005 le Conseil a jugé indispensable de relancer la stratégie de Lisbonne pour favoriser la flexibilité en la conciliant avec la sécurité de l'emploi et la réduction de la segmentation du marché du travail (point 8). Il est affirmé que « *le travail intérimaire répond non seulement aux besoins de flexibilité des entreprises mais aussi à la nécessité de concilier la vie privée et la vie professionnelle des salariés. Il contribue ainsi à la création d'emplois ainsi qu'à la participation et à l'insertion sur le marché du travail* » (point 11). Les Etats membres doivent transposer cette directive avant le 5 décembre 2011.

La directive procède à la définition des termes importants et institue comme dans les accords cadres sur le travail atypique, le principe de non discrimination à l'égard des travailleurs intérimaires en leur garantissant le même traitement que les travailleurs permanents, dès le premier jour de travail, en ce qui concerne la rémunération, le congé de maternité et les droits à congés. Elle prévoit également que les travailleurs temporaires peuvent bénéficier d'une information sur les possibilités d'emploi permanent dans l'entreprise utilisatrice, d'une égalité d'accès aux équipements collectifs (cantine, structures d'accueil des enfants, services de transport), d'un meilleur accès, entre leurs missions, à la formation et aux structures d'accueil des enfants, dans le but d'augmenter leur capacité d'insertion professionnelle, d'une représentation au sein de l'entreprise intérimaire et d'informations dans l'entreprise utilisatrice. Cependant, la directive permet d'importantes facultés de dérogations qui peuvent réduire quelque peu l'effectivité potentielle de ces objectifs.

Ces différentes normes européennes⁶² ont le mérite d'encadrer, de manière minimale, le recours aux formes de travail précaire, ou atypique, principalement en instituant un principe général d'égalité de traitement entre ces travailleurs atypiques et les autres travailleurs. Cependant, elles ont également entraîné, en raison d'une interprétation restrictive par la Cour de justice de leur mise en œuvre nationale, des réformes allant dans le sens d'une mobilisation accrue de ces contrats, notamment dans le secteur de la fonction publique. Le leitmotiv de la flexicurité a en outre incité des réformes nationales allant dans le sens d'un assouplissement des règles encadrant le marché du travail, comme nous le verrons dans les développements sur le contexte jurisprudentiel.

§ 2- La lutte contre l'exclusion du marché du travail

Il faut souligner la conclusion le 25 mars 2010 d'un accord cadre sur les marchés du travail inclusifs. Il s'agit d'une initiative autonome des partenaires sociaux, ayant négocié dans le cadre de leurs programmes de travail du dialogue social (2006-2008 et 2009-2010) sur le fondement de l'article 155 du Traité. Mais il faut bien noter également que ces négociations ont été influencées, notamment, par les orientations générales de la Commission européenne⁶³ ou du Conseil des affaires sociales⁶⁴.

⁶² Une dernière forme de travail atypique, le télétravail, a donné lieu à un accord-cadre le 16 juillet 2002. L'accord a pour but d'établir un cadre général européen pour les conditions de travail des télétravailleurs et vise à accorder à ceux-ci la même protection qu'aux travailleurs qui exercent leurs activités dans les locaux de l'entreprise. L'accord insiste sur le caractère volontaire du télétravail. L'employeur doit fournir au télétravailleur les informations écrites pertinentes. Concernant les conditions d'emploi, les télétravailleurs bénéficient des mêmes droits que les travailleurs comparables dans les locaux de l'entreprise. L'employeur doit respecter la vie privée du télétravailleur. Cet accord a été mis en œuvre par la voie des pratiques nationales. Voir pour les mesures nationales de mise en œuvre, qui vont de la disposition législative au simple code de conduite, <http://www.etuc.org/IMG/pdf/Telework2006-01429-EN-2.pdf>.

⁶³ Voir notamment la Recommandation de la Commission du 3 octobre 2008 relative à l'inclusion active des personnes exclues du marché du travail 2008/867/CE, JO L 307 du 18/11/2008 pp. 11- 14.

⁶⁴ Voir les conclusions du Conseil du 30 novembre 2009 précitées.

On peut lire dans la présentation de l'accord une référence explicite à la crise économique en ces termes : « *la conjoncture économique et sociale incertaine dans laquelle cet accord-cadre a été négocié en 2008-2009 renforce encore la volonté des partenaires sociaux de collaborer afin de promouvoir des marchés du travail inclusifs, de maximiser l'épanouissement de la main d'oeuvre européenne et d'améliorer les taux d'emploi et la qualité de ces emplois, notamment en favorisant la formation et le développement des compétences* ». Le principal objectif de cet accord est d'envisager les questions d'accès, de retour, de maintien et d'évolution afin de permettre l'intégration totale des personnes au marché du travail. Pour cela il est entendu d'améliorer, pour les employeurs, les travailleurs et leurs représentants, la sensibilisation, la compréhension et la connaissance des avantages liés à des marchés du travail inclusifs et d'offrir aux travailleurs, aux employeurs et à leurs représentants à tous les niveaux, un cadre pragmatique permettant d'identifier les obstacles à la création de marchés du travail inclusifs et les solutions permettant de les surmonter.

En effet, il est souligné que des « *marchés du travail inclusifs permettent et encouragent toutes les personnes en âge de travailler à participer au travail rémunéré et offrent un cadre à leur développement* ». L'accord est donc destiné aux personnes rencontrant des difficultés à entrer, à retourner ou à intégrer le marché du travail et à celles qui, bien qu'employées, risquent de perdre leur emploi. Il ne se focalise pas sur des groupes spécifiques, mais offre, au contraire, un cadre axé sur ce qui peut être fait pour améliorer l'inclusion sur le marché du travail en général. Les méthodes prônées pour faciliter cette inclusion passent notamment par des plans de formation et d'information et par la transférabilité des systèmes de qualification et de reconnaissance des compétences. Il sera mis en œuvre conformément aux procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux nationaux dans un délai de trois ans (soit mars 2013). On peut s'interroger sur la capacité réelle qu'auront les partenaires sociaux nationaux de prévoir des politiques d'envergure dans ce domaine qui relève essentiellement des politiques publiques. Plus généralement, cet accord investit, en annexe⁶⁵, les pouvoirs publics dans une sorte de renversement de compétences assez nouveau, notamment quand il s'agit de demander d'améliorer l'efficacité des services pour l'emploi (§2) ou d'adapter les systèmes fiscaux ou sociaux (§7).

Parallèlement, des normes relatives à la santé au travail (stress, harcèlement et violence au travail), à la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale ont été adoptées mais elles n'ont pas vraiment de lien avec le contexte économique, si ce n'est qu'elles s'attaquent à des difficultés d'ordre psychologique ou social que les travailleurs rencontrent dans une situation où le marché du travail est tendu. Il faut enfin noter une extension de l'application de certaines normes de droit du travail aux indépendants, que ce soit l'hypothèse des normes relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en 2010⁶⁶ ou celle de la réglementation du temps de travail dans les transports routiers⁶⁷ ainsi que la conclusion, par les partenaires sociaux européens, d'un accord de révision de l'accord cadre sur le congé parental de 1996 le 19 juin 2009.

Section 3 - Le contexte jurisprudentiel des années 2007-2010

Durant la période 2007/2010 qui nous intéresse, quelle a été la ligne jurisprudentielle de la Cour en matière sociale ? Quelle a été l'interprétation de la Cour de justice des normes sociales européennes avant et après 2008 ? Peut-on noter un changement d'orientation permettant d'entrevoir une volonté d'accompagner ou de limiter les conséquences sociales de la crise économique ?

⁶⁵ Voir l'annexe 1 intitulée « Recommandations aux pouvoirs publics et autres acteurs ».

⁶⁶ Directive 86/613/CEE sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité, abrogée par la Directive 2010/41/UE du 7 juillet 2010 « concernant l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, et abrogeant la directive 86/613/CEE » publiée au JOUE, L 180 du 15 juillet 2010

⁶⁷ Directive de 2002 étendue aux indépendants en 2010.

En fait, l'élargissement de l'Union a favorisé, semble-t-il, une orientation plutôt régressive dans la jurisprudence de la Cour en matière sociale, amorcée avant la crise. Ce contexte régressif peut être illustré dans plusieurs domaines dans lesquels la Cour a, soit durci sa jurisprudence soit limité, par une jurisprudence restrictive, la protection des droits sociaux en général ou des droits spécifiques des travailleurs. Ainsi, que ce soit dans la prévalence des libertés économiques sur les droits collectifs et sociaux des travailleurs (§1), la portée plus que limitée des clauses de non régression qui vient favoriser des réformes nationales abaissant la protection de certaines catégories de travailleurs (§2) ou le durcissement des conditions d'octroi des prestations sociales non contributives pour les citoyens circulant dans les Etats européens (§3), la Cour a continué d'inscrire ses décisions dans la voie tracée avant 2008.

§ 1- La prévalence des libertés économiques sur les droits sociaux

Dans une série de décisions maintenant célèbres et fort commentées, la Cour a formellement consacré certains droits fondamentaux encore non protégés dans les traités (comme le droit d'action collective) tout en privilégiant en pratique, dans les cas d'espèce, les dispositions économiques de libre concurrence et de libre prestation de services dans l'Union. En matière de restrictions nationales à la libre circulation, le principe est que ces dernières ne peuvent être justifiées que si elles se fondent sur des considérations objectives d'intérêt général indépendantes de la nationalité des personnes concernées et sont proportionnées à l'objectif légitimement poursuivi par le droit national⁶⁸. Or la Cour rejette, de manière constante en principe, toutes les justifications de caractère économique⁶⁹.

Concernant liberté d'établissement ou de libre prestation de services, la position de la Cour apparaît bien restrictive dans l'appréciation de la proportionnalité des motifs avancés par les Etats membres⁷⁰. Les Etats semblent alors en situation de comparution et les restrictions paraissent soumises à une présomption de caractère abusif. Les célèbres arrêts *Laval*⁷¹, *Viking*⁷², *Rüffert*⁷³ ou *Commission contre Luxembourg*⁷⁴ en sont l'illustration. Ils ont été interprétés comme le signe d'un durcissement de la position de la Cour de justice face aux systèmes de droits sociaux nationaux⁷⁵. Le critère de proportionnalité, tout comme le principe de sécurité juridique qui est parfois avancé par les entreprises et accepté par la Cour dans la dernière affaire, seraient donc à géométrie variable selon les domaines et les personnes en cause⁷⁶.

§ 2- La possibilité d'abaisser le niveau de protection nationale de certaines catégories de travailleurs précaires

On savait déjà, depuis l'arrêt *Mangold*⁷⁷, que les clauses de non régression n'étaient pas assimilables

⁶⁸ Voir par exemple CJCE, 26 octobre 2006, *Tas-Hagen et Tas*, aff. C-192/05, point 33 ou CJCE, 11 septembre 2007, *Schwarz et Gootjes-Schwarz*, aff. C-76/05, point 94.

⁶⁹ Voir le principe CJCE 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/82 et pour une exception, CJCE 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83.

⁷⁰ Sur l'intensité du contrôle de proportionnalité en matière sociale, voir N. Moizard, « Quelques observations sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice en matière de droit social », *Droit social*, 2010, pp. 1216-1224.

⁷¹ CJCE, 18 décembre 2007, *Laval & Partnery Ltd* aff. C-341/05, Rec.I-11767.

⁷² CJCE, 11 décembre 2007, *Viking Line ABP*, aff. C-438/05, Rec. I-10779.

⁷³ CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, Rec., p. I-1989.

⁷⁴ CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, Rec. I-4323.

⁷⁵ A tel point que certains peuvent se demander si elle ne serait pas « antisociale », voir J.Ph. Lhernould, « La Cour de justice de l'UE est-elle antisociale ? Droits sociaux et libertés économiques : quelques perspectives », *RJS*, 7/10, p. 507. Voir également, E. Dockès, « L'Europe antisociale », *RDT* 03/2009, p. 145-150.

⁷⁶ Voir sur la question du contrôle de proportionnalité, Y. Borgmann-Prebil, « The Rule of Reason in European Citizenship », *European Law Journal*, 2008, vol. 14, n°3, p. 328.

⁷⁷ CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, Rec. p. I-9981.

pour la Cour de justice à des clauses de « stand still », c'est-à-dire que les Etats membres pouvaient encore modifier leur législation après leur adoption. On pouvait néanmoins espérer que ces modifications devaient aller dans le sens, sinon d'une meilleure protection, du moins dans celui d'une protection équivalente des travailleurs concernés. Or deux exemples de décisions de la Cour de justice de l'Union européenne, rendues en pleine période de crise en 2009 et 2010, permettent, au contraire, une régression du niveau de protection des travailleurs précaires dans les Etats européens, que l'on pensait impossible avec les clauses de non régression prévue. Ces affaires concernent la transposition de l'accord cadre et de la directive sur le travail à durée déterminée en Grèce et en Italie et sont très éclairantes sur le « détricotage » des règles de protection des travailleurs atypiques, en l'occurrence dans la fonction publique.

La première décision, *Angelidaki*, a été rendue le 23 avril 2009. Selon la loi grecque de 1920, un contrat à durée déterminée (CDD) pouvait être requalifié en CDI si aucune raison objective ne justifiait la limitation de durée du contrat. Ceci était le cas notamment pour les CDD qui visaient à satisfaire des besoins permanents et durables de l'employeur. Cette requalification était applicable lorsque plusieurs CDD étaient conclus mais aussi pour la conclusion d'un seul et unique CDD. Or un décret présidentiel transposant la directive 99/70 entre en vigueur en 2004 et remet en cause cette sanction. Avec ce décret les règles ne sont plus applicables lorsqu'un seul CDD a été conclu et la sanction par la requalification d'un CDD en CDI n'est plus possible dans la fonction publique grecque. Des requérantes saisissent alors le juge grec, en soutenant que la législation grecque n'a pas respecté la clause de non régression contenue dans la directive et demandent ainsi la requalification de leur CDD en CDI dans la mesure où la loi grecque antérieure à la transposition serait plus favorable aux travailleurs à durée déterminée.

Pour la Cour de justice, il ne suffit pas que la législation nationale soit liée à la « mise en œuvre » de l'accord-cadre pour constater une régression. Encore faut-il que cette régression soit liée au « niveau général de protection des travailleurs à durée déterminée dans le domaine couvert par l'accord ».

La Cour affirme que « seule une réduction d'une ampleur de nature à affecter la réglementation nationale relative aux contrats de travail à durée déterminée est susceptible de relever de la clause 8 point 3 de l'accord-cadre ».

La mesure d'exclusion de la législation grecque n'affecte que les travailleurs du secteur public et ceux qui n'ont pas conclu de contrats successifs. La cour en déduit donc que la mesure n'affecte pas le niveau général de protection des travailleurs dès lors que ces travailleurs ne représentent pas une partie significative des travailleurs à durée déterminée. La Cour retient donc un critère quantitatif qui permet une régression de la protection d'une partie des travailleurs concernés.

L'arrêt *Sorge* a, quant à lui, été rendu par la CJUE le 24 juin 2010 et concerne les modifications de la réglementation des CDD en Italie, suite à la directive présentée. Dans cette affaire, Mme Sorge avait été embauchée en 2004 en vertu d'un CDD conclu pour « *raisons de remplacement, du fait de l'exigence spécifique de remplacer le personnel absent du service domiciliation du pôle courrier « Pouilles Basilicate »* ». En 2008, Mme Sorge conteste la validité de son contrat de travail au motif que le nom du travailleur remplacé et la cause du remplacement n'étaient pas expressément indiqués. Son employeur conteste cette obligation au motif qu'un décret législatif n°368/2001 a abrogé la loi de 1962 qui obligeait d'indiquer de telles mentions. Ce décret législatif de 2001 régit le CDD et a transposé la directive 99/70. Il permet que le « contrat de travail soit conclu pour une durée déterminée pour des raisons de remplacement de salariés » (*sans exiger donc le nom du travailleur remplacé et la cause du remplacement*). Pour la Cour, l'accord-cadre européen ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui a supprimé l'obligation, pour l'employeur, d'indiquer dans les contrats à durée déterminée conclus en vue du remplacement de travailleurs absents les noms de ces travailleurs et les raisons de leur remplacement, et qui se limite à prévoir que de tels contrats à durée déterminée doivent être écrits et doivent indiquer les raisons du recours à ces contrats, pour autant que

ces nouvelles conditions sont compensées par l'adoption d'autres garanties ou protections ou qu'elles n'affectent qu'une catégorie limitée de travailleurs ayant conclu un contrat de travail à durée déterminée, ce qu'il appartient à ladite juridiction de renvoi de vérifier⁷⁸.

Par ces deux décisions, la Cour permet une régression du niveau de protection des travailleurs à durée déterminée dans la fonction publique, qui semblait expressément exclu de la lettre des accords cadres eux-mêmes et qui vient affaiblir la notion de prescriptions minimales au niveau européen.

§ 3- La préservation des intérêts budgétaires nationaux face au citoyen européen migrant

En matière de droits des citoyens migrants, le contexte européen a nettement évolué que ce soit en raison de l'élargissement à 27 Etats membres ou des limites posées par la directive 2004/38/CE d'avril 2004 relative au droit de séjour des citoyens de l'Union⁷⁹. Cette dernière est venue codifier les critères limitant l'octroi d'aides sociales aux citoyens européens que la Cour avait forgés auparavant pour rompre avec la jurisprudence protectrice antérieure. En effet, deux affaires étaient emblématiques d'une tendance vers une reconnaissance extensive des droits sociaux attachés au citoyen européen. Les conditions exigées pour bénéficier de certaines prestations sociales sont telles qu'elles empêchent *de facto* l'exercice du droit de séjour pour certains ressortissants européens. Ainsi en est-il de l'étudiant européen qui bénéficie d'un droit de libre circulation classique, c'est-à-dire d'entrée et de séjour sur le territoire comme tout citoyen européen. Que se passe-t-il pour un étudiant qui exerce son droit de mobilité et demande, après trois mois mais avant les cinq ans nécessaires pour le droit de séjour permanent, à bénéficier d'aides d'entretien ou de bourses d'études dans un Etat d'accueil ?

L'arrêt *Förster*⁸⁰, rendu en grande chambre, dans un contexte d'Europe élargie témoigne d'une jurisprudence restrictive⁸¹. Mlle Förster était une ressortissante allemande, frontalière des Pays Bas qui avait suivi une formation d'institutrice en Hollande. Elle avait exercé plusieurs activités salariées avant de se consacrer à ses études et d'obtenir son diplôme. Elle avait perçu une bourse au titre de travailleur communautaire, puis s'est vue réclamer par les autorités néerlandaises les sommes perçues pendant ses études au motif qu'elle n'exerçait plus d'activité rémunérée et n'était plus considérée comme travailleur communautaire. Le règlement 1271/70 n'était pas applicable car elle avait cessé toute activité professionnelle. Selon la jurisprudence antérieure⁸², elle aurait dû bénéficier des prestations d'aide et d'entretien aux études car elle était parfaitement intégrée aux Pays-Bas. Or les juges se sont retranchés derrière l'exigence des cinq ans de résidence ininterrompue, conformément à la directive de 2004. Elle s'inscrit en retrait de la jurisprudence antérieure. Rien n'empêchait les juges d'en rester au critère du degré d'intégration, l'exigence des cinq ans prévue dans la directive n'étant qu'une limite donnée à titre indicatif.

⁷⁸ Voici les termes de la Cour « *Il convient dès lors de répondre à la première question que la clause 8, point 3, de l'accord-cadre doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui a supprimé l'obligation, pour l'employeur, d'indiquer dans les contrats à durée déterminée conclus en vue du remplacement de travailleurs absents les noms de ces travailleurs et les raisons de leur remplacement, et qui se limite à prévoir que de tels contrats à durée déterminée doivent être écrits et doivent indiquer les raisons du recours à ces contrats, pour autant que ces nouvelles conditions sont compensées par l'adoption d'autres garanties ou protections ou qu'elles n'affectent qu'une catégorie limitée de travailleurs ayant conclu un contrat de travail à durée déterminée, ce qu'il appartient à ladite juridiction de renvoi de vérifier* ».

⁷⁹ Dir. 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, JO L 158. Elle exige de l'intéressé qu'il dispose de « *ressources suffisantes afin de ne pas devenir une charge pour le système d'assurance de l'État membre d'accueil* ».

⁸⁰ CJCE 18 novembre 2008 aff. C-158/07, Rec. I-8507

⁸¹ Pour une analyse détaillée de cette décision, voir C. Marzo, « La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne – Réflexions autour de l'arrêt *Förster* », *RTDE*, 45, n°3, 2009.

⁸² Voir arrêt Bidar notamment.

Cette évolution est sans doute à resituer dans le contexte de l'élargissement européen et la peur subséquente d'un « tourisme social ». Depuis la directive de 2004, les ressortissants européens ne doivent pas être des charges sociales de solidarité pour l'Etat d'accueil. Régulièrement, la Cour doit se prononcer sur les limites d'une solidarité sociale qui dépasse les frontières de l'Etat membre d'origine du citoyen migrant⁸³. Le critère, pour se voir reconnaître le bénéfice de certaines prestations sociales, reste celui de l'existence d'un lien de rattachement du candidat à la prestation avec l'Etat membre d'accueil. Le critère de l'intégration n'est autre que la résurgence d'une nécessité d'un lien de rattachement, mais il pouvait se prouver selon l'arrêt *Bidar* au moyen de critères objectifs.

L'arrêt *Förster* en reste à la durée minimale de résidence instaurée par la directive de 2004 et redonne parallèlement un intérêt au recours à la qualité de travailleur communautaire, y compris en matière de libre circulation et d'égalité de traitement. Cette décision s'inscrit dans une conception stricte de la liberté de circulation et des droits sociaux qui en découlent et se limite à une conception de la citoyenneté sociale inscrite dans le cadre des règles du marché intérieur. Balisé ainsi entre condition de résidence et condition de ressources suffisantes, le droit de séjour du citoyen européen inactif apparaît en tout état de cause si limité que quasiment inexistant.

La jurisprudence européenne s'inscrit dans une volonté de décourager des flux migratoires de type « tourisme social ». Ce tourisme serait pratiqué par des personnes qui, profitant de la *citoyenneté européenne*, se déplacent d'un Etat membre à un autre dans le but de bénéficier de prestations non contributives⁸⁴. L'arrêt *Vatsouras et Koupatantze*⁸⁵ confirme la persistance d'une approche catégorielle du ressortissant européen qui maintient des régimes différents selon le statut de l'individu : travailleur, étudiant, inactif⁸⁶. Les frontières entre ces catégories étant perméables, les droits des individus sont incertains⁸⁷. Le lien avec le marché du travail et le statut de travailleur restent donc gage d'une meilleure protection et d'un plus large bénéfice aux prestations sociales afférentes, ce qui privilégie les citoyens de l'Union européenne qui exercent une activité économique⁸⁸.

Dans les affaires jointes *Vatsouras et Koupatantze*, se posait la question de la validité de l'exclusion du droit à l'aide sociale prévue par la directive de 2004 pour les demandeurs d'emploi qui ne relèvent pas de la catégorie de travailleur. Dans l'arrêt *Vatsouras*, la Cour estime que, selon la directive, l'Etat membre d'accueil n'est pas obligé d'accorder le droit aux prestations d'assistance sociale, notamment aux demandeurs d'emploi. Mais elle reprend la distinction entre le droit aux prestations sociales et le droit à des prestations de nature financière destinée à faciliter l'accès à l'emploi sur le marché du travail d'un

⁸³ Dans l'arrêt *Grünkin*, CJCE, 14 oct. 2008, aff. C-353-06, obs. S. Laulom, *Semaine Sociale Lamy*, 2009, suppl. 1389, p. 71, ce sont les règles allemandes régissant le nom patronymique d'une personne qui ont ainsi pu être contestées au nom de la libre circulation. Des citoyens de l'Union européenne ont pu demander, au nom de la libre circulation, à bénéficier de l'octroi d'une vignette d'autoroute gratuite pour les personnes handicapées CJCE, 1 octobre 2009, *Gottwald*, aff. C-103/08, et de règles fiscales spécifiques, CJCE, 23 avril 2009, *Rüffler*, aff. C-544/07.

⁸⁴ Voir P. Mavridis, « Arrêt *Vatsouras* : fin du cauchemar du « tourisme social » dans l'Union européenne ? », *RDT*, 2009, p. 671. Encore faudrait-il, au-delà d'une crainte hypothétique, vérifier de manière statistique et empirique la réalité de telles pratiques de « tourisme social ».

⁸⁵ CJCE, 4 juin 2009, aff. jointes C-22/08 et C-23/08, Rec. I-4585. Voir les commentaires de S. Laulom, *Droit social de l'Union européenne*, Actualité 2009, *SSL*, 2010, suppl. 1444, pp. 53-56.

⁸⁶ Sur l'évolution de la jurisprudence sur ces différents statuts de la personne voir D. Martin, « De Martinez Sala à Bidar, les paradoxes de la jurisprudence sur la libre circulation des citoyens », in *L'avenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, Bruylant 2006, p. 159 ou notre étude, E. Mazuyer, « Les mutations des figures du travailleur dans le droit de l'Union européenne », *Semaine sociale Lamy*, n° 1494, 2011, pp. 52-67.

⁸⁷ Voir S. Laulom, *Droit social de l'Union européenne*, Actualité 2009, précitée.

⁸⁸ Sur cette question, voir E. Mazuyer, « Citoyenneté et libre circulation des personnes – Avènement et limites d'une citoyenneté sociale européenne », in M-P. Lanfranchi, P. Wemare (Dir.), *Nationalité et citoyenneté – Perspectives de droit public comparé, droit européen et droit international public*, Collection A la Croisée des Droits, Editions Bruylant, Bruxelles, à paraître en 2012, pp. 203-228.

Etat membre. En effet, elle tient compte de « l'instauration de la citoyenneté de l'Union et de l'interprétation du droit à l'égalité de traitement dont jouissent les citoyens de l'Union »⁸⁹, pour décider que les secondes relèvent de l'application de l'article 39§2 du Traité. Les citoyens européens à la recherche d'un emploi peuvent donc se prévaloir de cette égalité de traitement sous réserve qu'ils aient effectivement établi « des liens réels avec le marché du travail » de l'Etat d'accueil⁹⁰.

Se basant sur cette différence entre « prestation sociale », refusée à tout étranger, et « aide financière dans la recherche d'un emploi » octroyée sous condition, la Cour consacre « un droit de séjour sans droit à l'assistance sociale »⁹¹ qui redynamise l'intérêt d'un lien avec le marché du travail et le statut de travailleur. Le domaine retombe ainsi dans le cadre du marché intérieur, de l'égalité de traitement et de la non discrimination. Cette approche fait de la citoyenneté « un pur principe interprétatif des autres dispositions du traité, un simple élément de contexte servant de justification à l'extension des droits du travailleur migrant [...]. La citoyenneté européenne serait ainsi demeurée sous le joug du carcan imposé par le cadre du marché intérieur »⁹². Elle rétablit un ordre qui était renversé depuis l'arrêt *D'Hoop*⁹³. Parmi les bénéficiaires de la libre circulation, les personnes exerçant une activité économique bénéficient désormais, de nouveau, de droits plus étendus. Le statut de demandeur d'emploi permet ensuite d'obtenir certains droits sociaux liés à l'emploi et d'échapper à l'expulsion pour défaut de moyens de subsistance suffisants. Le critère principal, pour se voir reconnaître le droit au bénéfice de prestations sociales, reste celui de l'existence d'un lien de rattachement entre le marché du travail concerné et le bénéficiaire d'une prestation.

Pourtant une autre approche pourrait être développée. Depuis l'adoption du traité de Lisbonne, la charte des droits fondamentaux fait partie intégrante du droit positif de l'Union européenne et les bases juridiques pouvant fonder une autre politique jurisprudentielle pourraient être mobilisées. Outre l'article 21 concernant la non-discrimination et l'article 45 garantissant la liberté de circulation et de séjour des citoyens européens⁹⁴, le traité comporte dorénavant dans le chapitre « Solidarité » un article 34 sur la sécurité sociale et l'aide sociale qui prévoit que « L'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les modalités établies par le droit [de l'Union européenne] et les législations et pratiques nationales ». Ce même article prévoit que « toute personne qui réside et se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ». Plus encore, un véritable statut social pourrait être créé sur la base de son dernier paragraphe qui stipule que « Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les modalités établies par le droit [de l'Union européenne] et les législations et pratiques nationales ». Rappelons que la coordination des systèmes sociaux, pour que les travailleurs migrants ne perdent pas leurs droits à la retraite, au chômage ou à la santé, lorsqu'ils exercent leur droit

⁸⁹ Point 37.

⁹⁰ Point 40. Dans cette affaire, la Cour a d'ailleurs reconnu aux deux ressortissants grecs la qualité de travailleurs, qui à elle seule, suffit bien entendu à justifier l'octroi des aides demandées.

⁹¹ J.P. Lhernould, « Quelles prestations sociales pour les chômeurs entrés dans un Etat membre pour y chercher un emploi ? », *RJS*, 11/09, p. 738.

⁹² L. Azoulai, « La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale », *Mélanges en l'honneur de J.-P. Jacqué*, Coll. Chemins d'Europe, Dalloz, Paris, 2010, p.7.

⁹³ CJCE, 11 juill. 2002, *D'Hoop*, C-224/98, *Rec.* p. I-6191. Dans cette affaire, de jeunes belges avaient pu, après avoir effectué leurs études secondaires en France, bénéficier de l'allocation d'attente belge pour retourner chercher un emploi en Belgique, sur la base des dispositions relatives à la citoyenneté européenne.

⁹⁴ Qui prévoit que 1. « Tout citoyen ou toute citoyenne de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

2. La liberté de circulation et de séjour peut être accordée, conformément au traité instituant la Communauté européenne, aux ressortissants de pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre ».

de circuler sur le territoire européen, a été réalisée effectivement dès les années 1970 afin d'assurer en pratique la réalité de la liberté de circulation des personnes.

La plupart des décisions de la Cour s'inscrivent dans une logique pré existante à la crise, mais cette dernière assombrit encore plus le climat du marché du travail et la concurrence intra européenne. Les solutions retenues semblent donc aller dans le sens d'une flexibilisation accrue des relations de travail, surtout, et c'est assez symptomatique, dans le secteur de la fonction publique, d'une primauté de la concurrence et de la compétition entre entreprises sur le territoire européen et d'une réduction des charges budgétaires, notamment de solidarité, des Etats membres. Ces tendances ont été critiquées par de nombreux auteurs, et par la CES qui a demandé à ce qu'une clause de progrès social soit adoptée dans le droit primaire et les directives de l'Union européenne afin d'équilibrer la circulation des travailleurs et des services, les droits fondamentaux et les règles de la concurrence et que soit créé un cadre pour les services publics⁹⁵.

Ces orientations jurisprudentielles sont en fait très complémentaires au dernier aspect à envisager, et peut être celui qui a le plus d'impact sur les réformes des droits du travail et des systèmes de protection sociale nationaux et sur les politiques publiques en matière d'emploi : la nouvelle gouvernance économique européenne.

Section 4 – Les principales réponses de l'UE à la crise : une nouvelle gouvernance économique

Les solutions à la crise sont manifestement, pour les institutions européennes, à rechercher du côté d'une meilleure gouvernance économique, dont la crise a révélé bien des insuffisances. En effet, nous l'avons déjà vu, les premières réponses ont été apportées par la voie des Etats membres et de l'inter gouvernementalisme soulignant les déficits en matière de gouvernance politique et économique européenne. Cette nouvelle gouvernance s'appuie, en matière économique, sur trois piliers : un programme économique renforcé soumis à une surveillance plus étroite, une stabilité de la zone euro⁹⁶ et le soutien du secteur financier.

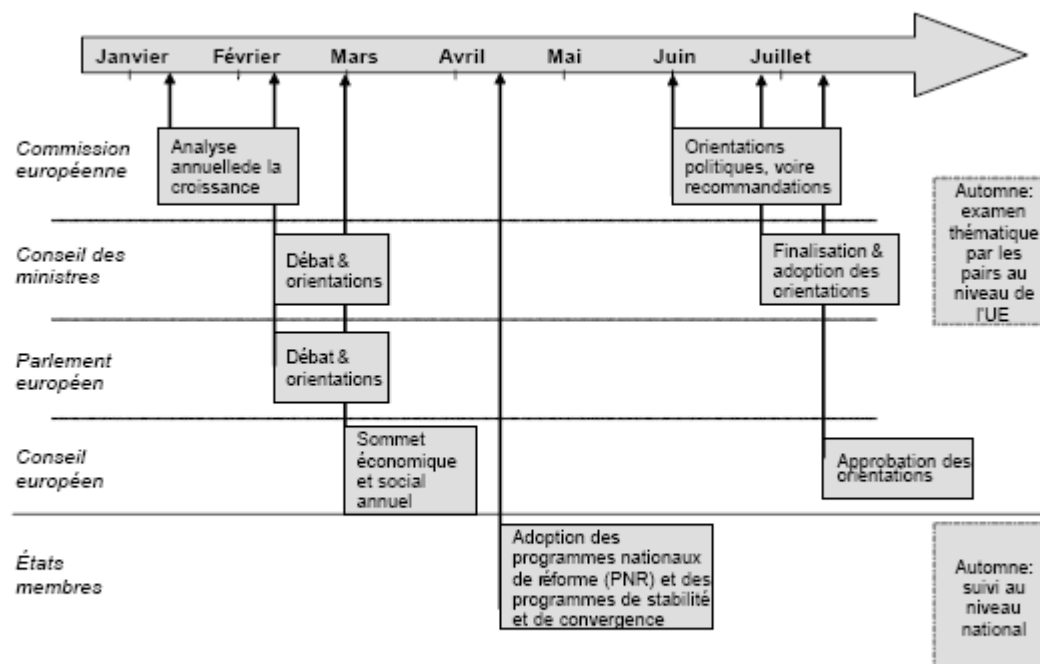
§ 1 - le semestre européen

Le plus important changement dans la gouvernance économique concerne le nouveau « semestre européen ». Les appels à un renforcement de la gouvernance économique se sont multipliés au fur et à mesure que se faisaient sentir les conséquences de la crise économique. C'est dans ce contexte que la Commission proposait, aux mois de [mai](#) et de [juin](#) 2010, sur les propositions de la *task force* présidée par Herman Van Rompuy, l'instauration d'un "semestre européen". Les ministres de l'Economie et des Finances se sont entendus pour introduire ce semestre européen dès 2011. Le processus consiste à coordonner ex ante les politiques économiques et budgétaires de la zone euro, en lien avec le Pacte de stabilité et de croissance et la stratégie [Europe 2020](#). Il a été lancé en janvier 2011. Le semestre européen commence chaque année au mois de janvier avec la publication de l'examen annuel de la croissance qui doit être ensuite discuté au sein des différentes formations du Conseil et au Parlement européen avant le Conseil européen du mois de mars.

⁹⁵ Voir la résolution de la CES des 9 et 10 mars 2010 précitée.

⁹⁶ En 2010, l'UE a réagi à la crise de la dette souveraine en créant des mécanismes temporaires de soutien pour ses Etats membres, qui seront remplacés en 2013 par le mécanisme européen de stabilité (MES).

Semestre européen de coordination des politiques économiques



Source : Commission européenne

Au Conseil européen de printemps, les États membres doivent identifier les principaux défis auxquels doit faire face l'UE et formulent les orientations stratégiques sur les politiques à suivre. C'est sur la base de ces orientations que les États membres présentent leurs stratégies budgétaires à moyen terme dans leurs programmes de stabilité et de convergence. Dans le même temps, ils élaborent leurs programmes nationaux de réforme (PNR), indiquant les mesures qu'ils prendront pour renforcer leurs politiques dans des domaines tels que l'emploi ou l'inclusion sociale. Deux documents qui doivent être transmis au mois d'avril à la Commission européenne.

Sur la base de ces programmes et de l'évaluation qu'en fait la Commission, le Conseil formule des orientations spécifiques pour chaque État membre au mois de juin ou juillet. L'évaluation tient compte du réalisme macro-économique des programmes présentés, ou des défis en termes de consolidation fiscale, de compétitivité ou encore de déséquilibres. Ces orientations politiques sont ainsi présentées avant que les États membres n'aient finalisé leur projet de budget pour l'année à suivre. Les projets de budgets sont transmis par les gouvernements aux parlements nationaux qui continuent d'exercer pleinement leur pouvoir budgétaire, ainsi que le précise le [mémoire](#) de la Commission dans lequel il est indiqué que le nouveau cadre ne limite pas la souveraineté des parlements nationaux.

Le principal souci avec le mécanisme du semestre européen réside dans la difficulté de le coordonner avec les autres instruments monétaires et économiques. Il est « à cheval » entre l'Europe des 17 de la zone euro et des 27 de l'UE⁹⁷. Il s'agit en effet d'une stratégie de coordination des politiques économiques des 27 États membres mais les sanctions ne sont prévues que pour les 17 États de la zone euro. Sur ce semestre européen se greffe « le pacte euro plus », qui lui concerne 23 États membres, ce qui consacre en réalité une Europe monétaire à trois vitesses.

⁹⁷ Voir pour une analyse critique de ce mécanisme, J. Delors, « Le semestre européen, un essai à transformer », *Les brefs*, n°22, 2011, *Notre Europe*, Paris.

§ 2 - Le Pacte pour l'Euro plus

Les 17 pays de la zone euro ont convenu d'un programme complémentaire de réformes, le «pacte pour l'euro plus», qui reflète leur interdépendance et leur volonté de coordonner leurs politiques budgétaires. Six pays hors zone euro ont également choisi d'y souscrire: la Bulgarie, le Danemark, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne et la Roumanie. Ce pacte est axé sur quatre priorités: la compétitivité, l'emploi, la viabilité des finances publiques et le renforcement de la stabilité financière.

Ce pacte a été approuvé par les dirigeants européens lors du Conseil européen des 24 et 25 mars 2011⁹⁸. Les 23 pays signataires s'engagent tous à mettre en œuvre les réformes détaillées. Les quatre États membres qui n'ont pas signé le pacte sont libres d'y souscrire s'ils le souhaitent. En fait, le Pacte se greffe sur d'autres politiques sans prévoir de coordination avec elles et il ajoute ainsi une couche de complexité au mille-feuille socio-économique européen.

Les engagements pris en vertu du pacte s'intègrent dans le nouveau cadre de gouvernance économique et sont inclus dans les PNR des États membres. La Commission européenne doit se prononcer sur les engagements des pays participants, mais le processus est piloté par les chefs d'Etat et de gouvernement eux-mêmes, qui se rendront des comptes chaque année. Les recommandations européennes sont débattues puis entérinées par le Conseil européen après discussion au sein des Conseils ECOFIN. Leur mise en œuvre est suivie jusqu'à la fin de l'année par la Commission, mais aussi par les États membres. La Commission évaluera les progrès accomplis au niveau de l'UE lors de son prochain examen annuel de la croissance, en janvier 2012, et fera le point des progrès de chaque État membre dans ses prochaines recommandations par pays, en juin 2012.

Quelles sont les conséquences de cet encouragement en faveur des réformes en matière sociale ? En matière de compétitivité, le Pacte stipule notamment que les pays "*adopteront, dans le respect des traditions de dialogue social, des mesures destinées à assurer que l'évolution des coûts salariaux reste en ligne avec la productivité*". Plus spécifiquement, les gouvernements "*passeront en revue la fixation des salaires et, si nécessaire, le degré de centralisation du processus de négociation collective et les mécanismes d'indexation*".

De même, dans le domaine des finances publiques, le Pacte prévoit que chaque Etat traduira les règles européennes d'orthodoxie budgétaire dans sa législation nationale même si "*les Etats membres gardent la possibilité de choisir l'instrument légal approprié, mais ils veilleront à ce qu'il ait un caractère suffisamment contraignant et durable (par exemple Constitution ou loi-cadre)*". C'est la fameuse « règle d'or » d'assainissement budgétaire qui fait l'objet d'un quasi consensus actuellement dans les Etats membres. Il est évident que ces restrictions budgétaires ont un impact certain sur le niveau de protection sociale et donc sur le volet « sécurité » de la flexicurité européenne. Comment maintenir le niveau des allocations chômage, des pensions de retraite, des indemnités journalières en cas de maladie, des salaires élevés ou des services publics dans un contexte de restriction des dépenses publiques, premières visées depuis la crise des dettes souveraines ?

§ 3 - Le « six pack » : une gouvernance contraignante en matière budgétaire

Depuis 2011, nous ne sommes plus, en matière d'emploi ou de coordination des politiques économiques et budgétaires, dans l'ère de la MOC et de la soft law puisque des sanctions sont prévues. En effet, le 28 septembre 2011, le Parlement européen a adopté « *le bras armé de la nouvelle gouvernance économique européenne* » : un paquet de cinq règlements et une directive, dénommé « six pack » ou

⁹⁸ Voir les conclusions des chefs d'Etat et de gouvernement de la zone euro du 11 mars 2011 ainsi que les conclusions du conseil européen des 24 et 25 mars 2011 http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/119811.pdf

« paquet législatif », pour renforcer la gouvernance économique de l'Union et surtout la compétitivité des économies européennes⁹⁹.

La Commission européenne a proposé de réviser les deux règlements à la base du Pacte de stabilité, à savoir le volet préventif¹⁰⁰ et le volet correctif¹⁰¹. Ces deux règlements avaient été revus en 2005. Au moment tant de leur adoption que de leur révision, le Parlement n'avait été impliqué qu'au titre de l'ancienne procédure de coopération. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Parlement européen n'est toujours pas impliqué dans l'adoption des grandes orientations de politique économique. En revanche, à la suite de la suppression de la procédure de coopération opérée par le traité de Lisbonne, le Parlement européen est co-législateur pour certains aspects du « bras armé de la gouvernance économique », à savoir ce qui concerne la révision des modalités de la surveillance multilatérale (article 121 par 6 du TFUE et/ou en combinaison avec l'article 136 pour les Etats membres de la zone euro). Cela a été le cas en 2011.

Quatre des propositions adoptées le 26 septembre 2011 traitent de questions budgétaires, y compris de la réforme du pacte de stabilité et de croissance de l'Union européenne, et deux portent sur l'identification et la correction effective des déséquilibres macroéconomiques au sein de l'Union européenne et de la zone euro. Le paquet législatif a été approuvé par le Conseil ECOFIN en novembre 2011¹⁰². Désormais, les Etats membres avec de grands déséquilibres macroéconomiques, ne respectant pas les critères de stabilité, s'exposent à des sanctions automatiques de l'ordre de 0,2% du PIB. De plus, le critère de l'endettement devient prépondérant par rapport à celui du déficit public¹⁰³. Un blocage des procédures ne sera plus possible qu'avec la majorité du Conseil (selon le mécanisme dit de « la majorité inversée »). Les Etats devront s'expliquer publiquement, devant le Parlement. Des mécanismes de réaction rapide et un système d'alerte précoce complètent le « paquet », qui doit être adopté par le Conseil, début 2012. Ces nouveaux instruments ont été très diversement accueillis selon les analystes. On peut même se demander s'ils sont en conformité avec les traités européens et le cadre institutionnel lui-même¹⁰⁴.

Le chef de la Banque centrale européenne, Jean-Claude Trichet, a félicité les députés pour les améliorations apportées, qui visent, selon lui, à mieux préparer l'Europe face à des crises à venir. En revanche, les syndicats et les parlementaires de gauche estiment que ces nouveaux principes de gouvernance économique enferment toute possibilité d'avancée sociale et limitent la souveraineté des parlements nationaux ainsi que les marges de manœuvres des gouvernements nationaux en matière de

⁹⁹ Voir les six rapports présentés devant le Parlement européen A7-0178/2011, A7-0179/2011, A7-0183/2011, A7-0180/2011, A7-0184/2011, A7-0182/2011 : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0180&language=FR>

¹⁰⁰ Règlement (CE) du Conseil n° 1466/97.

¹⁰¹ Règlement (CE) du Conseil n° 1467/97.

¹⁰² Dans le domaine des échanges commerciaux, le seuil est fixé à 4% du PIB pour une balance déficitaire, et à 6% du PIB dans le cas contraire, où l'Etat aurait un excédent courant. La proposition de la Commission est plus clémente envers les Etats qui exportent plus qu'ils n'importent, à l'image de l'Allemagne. Pour Bruxelles, les excédents ne constituent pas une source d'inquiétude sur la soutenabilité de la dette extérieure ou la capacité de financement d'un pays. Dans ses analyses, la Commission examinera aussi la dette extérieure nette, dont le niveau d'alerte est fixé à 35% du PIB.

Source : <http://www.euractiv.fr/prevention-europeenne-desequilibres-macroeconomiques-prend-forme-article>

¹⁰³ Rappelons que le déficit doit être limité à 3 % du PIB et la dette maximale de 60 %. Pour une présentation détaillée de l'évolution de la coordination des politiques budgétaires, voir C. Barbier, « Quelle appropriation de la nouvelle gouvernance économique européenne ? », *Briefing paper* n°5, mars 2011, Observatoire Social Européen, disponible sur

http://www.ose.be/files/publication/OSEPaperSeries/Barbier_2011_OSEBriefingPaper5_mars2011.pdf.

¹⁰⁴ Voir C. Barbier, « Adoption du paquet législatif sur la gouvernance économique : pourquoi tant de hâte ? », *Briefing paper* n° 7, juin 2011, Observatoire Social Européen, disponible sur <http://www.ba.unibo.it/NR/rdonlyres/AAA04D21-3CC3-4C83-B531-FC376A6DC7C3/228265/OSEPaper.pdf>.

politique sociale. Ainsi, pour la SCS (Confédération des Syndicats Chrétiens), avec ces nouveaux instruments créant une réelle fédération budgétaire¹⁰⁵, « *le dumping social devient la norme* »¹⁰⁶.

Le *six pack* donne en effet de très larges compétences aux responsables des Affaires économiques et financières de la Commission européenne (Ecofin). Ils peuvent obliger les pays à supprimer les déséquilibres budgétaires et/ou macroéconomiques, sous peine de sanctions. Le Conseil Ecofin se voit attribuer la compétence d'établir un tableau de bord pour chaque Etat membre et ainsi de donner les moyens de comparer les Etats membres les uns aux autres. Ce qui peut organiser et donc encourager le dumping social. Les syndicats dénoncent l'enfermement des politiques sociales nationales dans la rigueur budgétaire. En effet, ces instruments visent à rassurer les marchés et les services financiers en faisant de la réduction des dettes publiques une priorité tout en organisant le transfert des capitaux publics vers le capital privé et les marchés financiers, comme l'atteste le projet de recapitalisation des banques annoncée au début du mois d'octobre 2011.

Ce contexte de rigueur a bien entendu des répercussions sur les politiques sociales nationales et sur les droits du travail et de la protection sociale des Etats membres.

Conclusion

Pour revenir à notre interrogation initiale, la crise de 2008 a-t-elle entraîné des changements dans l'orientation des politiques économiques et sociales des principales institutions européennes ? La réponse globale à cette question montre au contraire une certaine continuité, dans la mesure où la stratégie, qu'elle soit délibérément voulue ou non, de l'Union européenne, est avant tout axée sur l'intégration économique avant l'intégration sociale, asymétrie que le contexte économique et financier accentue encore. Tous les aspects que nous venons d'étudier attestent de cette tendance. Ainsi, la jurisprudence de la Cour induit que la libre concurrence et les prestations de service transfrontalières doivent être favorisées sur le territoire européen et que les législations nationales du travail, par exemple relatives au salaire minimum ou aux droits conventionnels, sont interprétées comme des restrictions potentielles à cette libre concurrence.

Tout au plus peut-on noter une prise en compte des conséquences de la crise sur l'emploi avec le recours aux méthodes traditionnelles, prônées depuis longtemps, centrées sur une flexibilisation des relations de travail et une meilleure « employabilité » des travailleurs (par la formation et la mobilité surtout).

L'Union européenne a surtout réagi à la crise dans le domaine économique et monétaire. Elle s'est dotée d'une "stratégie 2020" pour remplacer celle de Lisbonne. Elle dispose d'un pacte de stabilité sur les finances publiques, renforcé par de nouvelles procédures de sanction. Elle a enfin mis au point un semestre de coordination de toutes ces stratégies durant les six premiers mois de l'année. On peut se demander comment il sera possible effectivement de gérer cette inflation de stratégies européennes, dont beaucoup se chevauchent, et surtout, si cette nouvelle gouvernance, adoptée dans l'urgence, est réellement conforme aux traités européens.

Par ailleurs, quelles seront les conséquences de la nouvelle gouvernance économiques sur les politiques sociales nationales ? Certaines sont déjà bien visibles à l'heure où s'achève la rédaction de ce rapport¹⁰⁷. Les derniers actes adoptés par les instances européennes¹⁰⁸ préconisent des actions très précises en matière sociale, citons entre autres : une augmentation de l'âge de la retraite, une retraite par

¹⁰⁵ Evoquée par Jean Claude Trichet, voir « Construire l'Europe. Bâtir ses institutions », intervention à l'occasion de la remise du prix Charlemagne à Aix-la-chapelle le 2 juin 2011, <http://www.ecb.int/press/key/date/2011/html/sp110602.fr.html>.

¹⁰⁶ Voir http://csc-ig-h-w.csc-en-ligne.be/Images/Approbatation%20du%20six%20pack_tcm24-255776.pdf

¹⁰⁷ Fin de l'année 2011.

¹⁰⁸ Notamment Com (2011) 400 final « Clôture du premier semestre européen : orientations pour les politiques nationales ».

capitalisation, une modération salariale c'est-à-dire un blocage voire une baisse des salaires, notamment de la fonction publique, une privatisation des services publics, et enfin une décentralisation de la négociation collective vers le niveau de l'entreprise au détriment des branches.

La Commission a adopté le 7 juin 2011 des recommandations pour chacun des 27 États membres, et une pour la zone euro, pour qu'ils renforcent leurs politiques économiques et sociales et atteignent les objectifs européens en matière de croissance, d'emploi et de finances publiques. Selon la Commission, les États membres se sont efforcés, dans leurs programmes, de respecter les priorités adoptées au niveau de l'UE, et leurs hypothèses macroéconomiques sont globalement réalistes. En revanche, la Commission estime que les programmes nationaux manquent d'ambition et de précision et que les États membres doivent se montrer plus ambitieux en matière d'assainissement budgétaire. Des efforts accrus sont nécessaires sur les marchés du travail pour accroître le taux d'activité, lutter contre le chômage structurel, réduire le chômage des jeunes et le décrochage scolaire et faire en sorte que les salaires reflètent la productivité. Ainsi, par exemple, selon ces recommandations, la France devrait revoir sa législation sur la protection de l'emploi, réduire le coût des licenciements collectifs et réanimer le service public de l'emploi¹⁰⁹.

Sur le plan normatif, les solutions européennes sont classiques pour relancer l'intégration et la dynamique européennes : marché intérieur, nouvelles approches réglementaires (*smart regulation*). La responsabilité sociale des entreprises et le développement durable sont également de nouveau dans le lexique terminologique européen avec la notion de « croissance intelligente, durable et inclusive » recherchée dans la stratégie 2020. La crise a aussi marqué la fin de certaines techniques réglementaires, comme la MOC, telles qu'elles avaient d'abord été envisagées en tant que processus participatif de détermination des politiques notamment en matière d'emploi, pour laisser place à des lignes directrices unilatérales accompagnées de la possibilité de sanctions financières.

La crise débutée en 2008, et dont nous ne pouvons encore entrevoir la fin¹¹⁰, est à contre courant de la crise des années 70 qui avait marqué la naissance d'une politique sociale européenne nécessaire pour accompagner les conséquences sociales des chocs pétroliers.

Actuellement, les aspects sociaux et politiques cèdent plus que jamais le pas devant non plus l'économique mais les aspects budgétaires et financiers. La crise institutionnelle et politique, latente avant 2008, n'est pas finie, elle s'est accentuée et ne fait que commencer, aussi bien au niveau européen que dans les États membres. Depuis 2009, elle a entraîné la destitution de dix gouvernements. Les solutions préconisées tiennent dans les vieilles recettes du « TINA¹¹¹ » des années 1980, surtout en matière sociale comme le démontrent les réformes en cours des droits du travail et de la protection sociale analysées dans plusieurs rapports nationaux de la présente recherche. Pourtant, il semble que d'autres alternatives sont possibles, ou du moins, qu'il conviendra de vite tenir compte des mouvements d'opposition populaires, comme celui des « indignés », les grèves générales en cours dans certains États européens, pour éviter la montée des partis populistes et protectionnistes et la rupture avec le mouvement d'intégration européenne.

¹⁰⁹ LSE, 2011, n° 280.

¹¹⁰ Révélation du cours de l'année 2011 qui a conduit à modifier le titre initial de ce projet « quel droit social après la crise ? ».

¹¹¹ « There is no alternative », slogan déclamé par M. Thatcher notamment selon lequel il n'y a pas d'alternative à l'économie libérale.

Quelles politiques européennes en matière de droit social?

Claude Emmanuel TRIOMPHE

La question du devenir des normes sociales en Europe n'est pas nouvelle. Un précédent projet, mené en 2003¹¹², et donc avant la crise, avait permis de dégager quelques grandes tendances et interrogations. Néanmoins, les turbulences financières suivies de celles liées à l'euro et à la dette publique interrogent aujourd'hui l'ensemble du projet européen, à commencer par sa dimension sociale. Parler dans ce contexte de politiques communes en matière de droit social relève de la gageure. Nous allons néanmoins nous y atteler en caractérisant d'abord ce que furent les grandes étapes de la construction communautaire jusqu'à la crise puis en décrivant quelques grands enjeux que celle-ci a contribué à révéler. Nous terminerons, de manière volontairement positive, sur des chantiers réglementaires que l'Europe se devrait d'ouvrir à une période où sa compétitivité globale semble ne se concevoir qu'en opposition à une construction sociale ambitieuse.

1. Avant la crise les grandes étapes

Essayons de caractériser à traits forcément simplificateurs ce que furent les grandes étapes de la construction d'un droit social communautaire d'avant la crise économique et financière.

Jusqu'au milieu des années 70 et à l'exception de la question de la libre circulation et de la création d'un marché du travail européen, les débuts du Traité de Rome, en dépit d'un héritage de la CECA dont la dimension sociale n'était pas absente, ne voient pas l'émergence de véritables priorités sociales. Par contre, la période qui démarre en 1974 pour se terminer au début des années 90 est très riche et ce malgré l'opposition du Royaume Uni de Mme Thatcher. Marquée notamment par l'adoption d'un programme d'action et de politique sociale allant de pair avec le bon fonctionnement du marché commun, elle voit l'adoption de nombreuses directives dans un souci de convergence et d'harmonisation sociale. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine de la santé-sécurité au travail mais aussi autour de la question des restructurations d'entreprises (licenciements collectifs, transferts, protection contre l'insolvabilité etc..).

A partir du milieu des années 90 et jusqu'au déclenchement de la crise, les préoccupations d'emploi prennent progressivement le dessus et influent fortement le développement du droit social communautaire, à la fois législatif et conventionnel. La fin de cette période est marquée par des débats significatifs qu'illustrent bien deux rapports tous deux commandés par la Commission :

- le premier élaboré sous la direction d'Alain Supiot se prononçait, à partir d'une analyse des transformations du salariat et des organisations productives, pour une nouvelle construction du droit du travail à partir d'un état professionnel des personnes et de la notion de droits de tirages sociaux
- le second conduit par Silvana Sciarra appréhendait les évolutions des droits du travail dans les 15 pays de l'Union et notait l'émergence marquée de leur flexibilisation, de la montée de précarités tout en soulignant l'importance de la notion de droits sociaux fondamentaux

L'Union Européenne va à partir de là faire un choix plus « instrumental » avec l'émergence puis la centralité d'un nouveau concept, celui de flexicurité. C'est à cela que se réfère très explicitement en 2006 le Livre Vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle ». Celui-ci d'une part se place dans le cadre de la Stratégie européenne pour l'Emploi et d'autre part propose une démarche de modernisation du droit du travail communautaire dans la perspective de relever un défi

¹¹² Voir « Les normes sociales européennes », Liaisons Sociales Europe, 2004 et, en particulier les contributions croisées de Franz Marhold, de Maximilian Fuchs, d'Irena Boruta et de Tiziano Treu, sur les capacités innovantes des règles sociales européennes mises en œuvre au cours des grandes étapes de la construction communautaire.

politique principal « un marché du travail flexible et favorable à l'intégration ». La protection sociale, pourtant rouage essentiel de la flexicurité, est peu présente mais d'autres communications de la Commission s'y pencheront telle celle de 2007 intitulée « Vers des principes communs de flexicurité ».

S'agissant du droit du travail, le Livre Vert énonçait 5 grands chantiers :

- les transitions professionnelles
- l'insécurité juridique
- les relations de travail triangulaires
- l'aménagement du temps de travail
- la mobilité des travailleurs

S'y ajoutait un chantier transversal, celui du contrôle de l'application de la législation et du travail non déclaré.

Le Livre Vert prenait ainsi nettement ses distances les rapports précités et n'en retenait que certaines interrogations, notamment autour des relations de travail triangulaires et du travail économiquement dépendant. On ajoutera qu'en matière de protection sociale, du fait de la faiblesse des compétences communautaires en la matière, les constructions communautaires sont peu normatives et plus « politiques ». Deux axes se dégagent de la période récente :

- celui autour d'un allongement de la vie au travail et des financements des principaux régimes de protection sociale (retraite, maladie) dont les équilibres financiers sont souvent devenus obsédants. L'on retrouve ici les encouragements aux réformes des retraites (montants, allongements des périodes de cotisation ou des périodes de référence etc..) auxquelles ont procédé de nombreux pays (et qui sont loin d'être terminées)
- celui, énoncé en anglais sous le slogan « Make work pay ». Cette logique d'activation non seulement des marchés du travail mais aussi des personnes vise à sortir de l'assistance réputée passive pour stimuler la prise ou la reprise d'un travail, souvent quelle qu'en soit la forme et les conditions. Car si dans quelques pays l'indemnisation du chômage est devenue parfois plus importante (en termes de montants ou en termes de couverture notamment des salariés à faible ancienneté), les prestations sociales sont désormais de plus en plus liées à des conditionnalités (de revenu, d'activité ou de travail « obligatoire », de séjour..).

2. La crise, révélatrice de limites

Pour les approches dites de flexicurité comme pour celles relevant du dialogue social, la crise a parfois fait office de « stress-test ». Ses phases successives ont permis de révéler des situations critiques et d'accélération de nombreuses évolutions auxquelles les approches antérieures ne répondaient, au mieux, que partiellement.

2.1. La période de crise marque de nombreuses limites aux approches « flexisécures »

Avec les dispositifs de chômage partiel (ou de travail réduit si l'on se réfère à la conception germanique du *Kurzarbeit*), la flexicurité a connu un développement inattendu en début de crise. Dispositif pourtant ancien dans plusieurs pays, massivement utilisé (et étendu) dans des pays comme l'Allemagne, l'Autriche et, à un degré moindre en France, ce dispositif a également été introduit – mais très peu utilisé – dans plusieurs pays où il n'existait pas, comme ce fut le cas en Pologne et d'autres pays d'Europe centrale. « Récupéré » depuis par les promoteurs de la flexicurité, qui en avaient très peu parlé jusqu'alors, son caractère exceptionnel et temporaire doit être souligné. Dette et crise des finances publiques obligent, les Etats seront-ils en mesure d'y recourir à nouveau si les prévisions de récession ou de quasi stagnation se confirment ?

Hors chômage partiel, il est frappant de voir combien la flexicurité s'efface dans l'agenda social et politique. C'est le cas d'abord des pays les plus en difficulté avec des mesures de flexibilité et d'austérité

adoptées (pour ne pas dire imposées) en Grèce, de la suspension des contreparties à la flexibilité en Espagne¹¹³, de la volonté affirmée par le gouvernement hongrois d'adopter le code du travail le plus flexible au monde, de l'annonce de mesures similaires au Portugal et, plus récemment en Italie. Mais c'est également le cas des autres pays. Lorsque l'on reprend les cinq grands chantiers énoncés dans le Livre Vert l'on constate que :

- Les transitions professionnelles n'ont fait l'objet que de quelques réalisations disparates en Autriche et en France ;
- L'insécurité juridique entre droit du travail et droit commercial n'a fait l'objet de réformes importantes qu'en Espagne, et, à un degré bien moindre en Pologne ou en Autriche mais force est de constater qu'ailleurs les choses n'ont pas bougé et qu'au plan communautaire la situation est bloquée ;
- Les relations de travail triangulaires ont, pour ce qui est de l'intérim, connu une vraie avancée avec l'adoption, après des années de blocage de la directive de 2008, et la libéralisation de cette activité dans des pays comme l'Espagne ou l'Allemagne, longtemps très rétifs. A l'inverse, les travaux sur la sous-traitance et les responsabilités tout au long des chaînes productives n'ont que peu avancé ;
- L'aménagement du temps de travail reste un sujet difficile : en dépit de réformes introduites dans quelques pays, la révision de la directive de 1993 n'a jamais paru aussi bloquée.
- Enfin s'agissant de la mobilité des travailleurs, les barrières ont plutôt prospéré si l'on observe les tardives ouvertures des marchés du travail de l'Allemagne ou de la France aux travailleurs des nouveaux pays membres et les attitudes désormais plus restrictives de pays autrefois plus ouverts comme l'Espagne ou le Royaume Uni. S'ajoutent à cela de multiples difficultés liées à l'application pratique de la directive sur le détachement et le sujet, très sensible, des migrations des pays tiers.

2.2. Une contribution inégale du dialogue social

Au niveau national, le dialogue social a joué un rôle important lors de la première phase – financière - de la crise. Dans de très nombreux pays du projet, il a contribué à amortir les effets de la crise et à structurer des "paquets anti-crise"¹¹⁴. Dans un pays comme la Pologne ce fut même une première. Mais avec la deuxième phase de la crise les choses ont changé : en Espagne comme en Grèce par exemple, la concertation sociale est plus limitée. Le cas de la Grèce est de ce point de vue symptomatique avec une « troïka » dictant certaines décisions – en matière salariale- qui contreviennent frontalement aux dispositions des accords collectifs en vigueur. Enfin, dans la plupart de pays, le dialogue social a parfois pu renforcer les inégalités : ainsi les travailleurs temporaires, premières victimes de la crise, ont souvent été sacrifiés au nom de la préservation de l'emploi des travailleurs « permanents ».

Au niveau communautaire, la période est elle assez paradoxale. En effet le Traité de Lisbonne institutionnalise un sommet tripartite et inclut désormais au plus haut niveau la concertation sociale. Pour autant, l'Union n'en fait guère usage depuis le démarrage de la crise de la zone euro. D'autre part le dialogue social est resté en retrait au niveau intersectoriel – avec l'exception de l'accord sur les marchés du travail inclusifs – comme au niveau sectoriel. Les changements d'équipe à l'intérieur de la CES ont peut-être contribué à ce ralentissement mais cet argument ne vaut que pour le niveau intersectoriel. Les négociations en cours sur le programme de travail des partenaires sociaux européens qui devraient aboutir prochainement, confirmeront, ou pas, ce sentiment de repli.

¹¹³ A l'heure où nous écrivons le changement de majorité politique laisse augurer des mesures plus drastiques encore

¹¹⁴ Voir les travaux menés par la Fondation de Dublin et notamment « Social dialogue in times of crisis », à paraître très prochainement

3. La crise, révélatrices d'évolutions majeures

Révélatrice de limites, la crise l'a été également d'évolutions sociales majeures et ce sous plusieurs aspects.

3.1. La montée des inégalités

Depuis quelques années les rapports de l'OCDE¹¹⁵ montrent combien les inégalités n'ont cessé, à quelques exceptions près, de se développer dans les pays industrialisés. Ce phénomène non seulement n'épargne pas l'Europe mais touche désormais les pays les plus réputés comme égaux (Scandinavie, Allemagne). Et la crise a encore aggravé la situation. Plusieurs de nos rapports nationaux montrent d'une part que la diversification des formes d'emploi a accompagné une augmentation travailleurs pauvres (Allemagne par exemple) et d'autre part, que dans bien des pays, il faut désormais combiner revenus salariaux proprement dits et de prestations sociales pour atteindre un revenu minimal. S'ajoutent à cela les vertus limitées de l'égalité de traitement pour ce qui concerne les travailleurs atypiques et les faibles avancées dans la protection des travailleurs économiquement dépendants, dont le nombre ne cesse de croître en particulier à l'Est du continent. Certes la lutte contre la pauvreté et l'exclusion est au centre de la récente stratégie UE 2020 mais l'on est en droit de s'interroger si les moyens déployés sont à même de modifier en profondeur un modèle de croissance profondément inégalitaire.

3.2. Les restructurations des services publics

La diversité et la qualité des services publics sont sans doute un des marqueurs du modèle européen. Mais les évolutions récentes dues en partie à leur libéralisation, en partie à la crise de la dette publique montrent que ce secteur, naguère abrité des grosses turbulences affectant le secteur marchand, est lui-même entré dans une période agitée. Non seulement le volume de l'emploi public est partout à la baisse, parfois de manière drastique dans certains pays d'Europe centrale ou au Royaume uni, mais les restructurations et réorganisations qui s'y produisent sont souvent conduites de manière brutale et dans un respect plus formel que réel du dialogue social.

3.3. Les transformations des organisations productives

Les tendances à l'œuvre dans les transformations des organisations, déjà analysées par le rapport Supiot, n'ont cessé de se confirmer. Non seulement les activités industrielles ont continué de décliner au profit des activités servicielles mais les stratégies d'externalisation n'ont cessé de gagner du terrain et les réseaux d'entreprises devenus, sous de formes diverses, la norme. Le décalage entre les relations individuelles et collectives de travail d'une part, les formes juridiques et les formes organisationnelles des entreprises d'autre part n'a jamais été aussi prononcé. Leur internationalisation du fait de la double mondialisation de la production et des échanges n'a cessé de croître.

4. Un droit social communautaire condamné à la paralysie ?

La production normative de l'Union aura été très réduite depuis 2008 : directive sur le travail, révision minima de celle sur les CE européens, abandon du projet de directive sur l'ergonomie et le stress, incapacité des partenaires sociaux européens à s'entendre sur un cadre commun de gestion des restructurations etc.... Au fil des années l'exercice de l'agenda social est devenu de plus en plus restreint et la question du droit social de plus en plus instrumentalisée au service, non démontré, de l'emploi. Certes, l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, de son article relatif à une clause sociale horizontale, de la charte des droits fondamentaux, ou bien encore l'intégration de la convention européenne des

¹¹⁵ Voir par exemple le dernier rapport de décembre 2011

droits de l'homme, la dynamique des clauses anti discriminations ne sont pas négligeables. Mais aucune de ces dispositions n'est aujourd'hui susceptible de permettre l'apparition d'un droit social européen adapté aux enjeux majeurs des transformations du travail en cours. La crise a révélé ou confirmé de nouveaux besoins de régulation importants, en matière économique, financière et fiscale bien sûr, en matière sociale également. Essayons d'en caractériser trois d'entre eux qui mériteraient d'être traités à l'échelle communautaire tant les problématiques soulevées concernent l'ensemble des Etats-membres (ou leur grande majorité) et contiennent une dimension transnationale croissante.

;

4.1. Les instruments de gestion des mutations productives

Il s'agit de se doter de règles visant à permettre des transitions structurelles moins dommageables, et si possible positives, pour les personnes. Or les instruments actuels sont confinés à l'entreprise et ignorent la dimension sectorielle ou territoriale de ces changements. Ils ignorent également leur dimension sanitaire alors que plusieurs rapports¹¹⁶ en ont montré l'impact et souligné combien ces transformations allaient bien au-delà de l'emploi. Il en va de même avec les phénomènes d'externalisation peu pris en compte par des régulations qui se situent dans l'intra –entreprise alors qu'elles affectent la dimension sociale des relations interentreprises. Enfin, émergence des transformations productives dans les services publics pose la question de leur ouverture par un droit européen qui, le plus souvent, les a dispensés des règles relatives à la gestion du changement.

4.2. Les instruments de réduction des inégalités

La montée des inégalités n'est pas sans rapport avec la diversification des formes d'emploi. Or leur intégration par les partenaires sociaux ou les pouvoirs est souvent négligée: le fait que plus de 40% des travailleurs européens se sont pas ou plus des salariés titulaires d'un contrat à temps n'est pas encore suffisamment pris en compte par les uns et les autres et les conduit, de fait, à renforcer plus qu'à réduire les disparités. Les conséquences de ces négligences qui touchent aujourd'hui massivement les jeunes, les travailleurs les moins qualifiés, les migrants ou les groupes d'origines extra- européennes sont désormais palpables tant en termes de segmentation des marchés du travail qu'en termes politiques.

Au niveau de la construction sociale communautaire, il devient opportun de revisiter le principe d'égalité de traitement dont le périmètre et la portée sont à l'évidence trop limités. Il en va ainsi des dispositifs dont les travailleurs atypiques sont souvent exclus (mesures de reconversion lors des restructurations, prestations sociales liées à une ancienneté trop élevée etc..).

4.3. Les instruments d'un dialogue social plus inclusif

Il est frappant de constater combien le niveau communautaire célèbre, y compris parfois de manière bien hypocrite, les vertus du dialogue social mais combien la question des instruments de la démocratie sociale a peu été traitée depuis le début de la décennie. Ce n'est pourtant pas faute de signaux révélateurs de faiblesses de plus en plus criantes. :

- celles de l'accès à l'exercice de la démocratie sociale, à ses formes d'organisation et de représentation collective, de populations toujours plus nombreuses de personnes en situation soit de précarité (travailleurs temporaires, travailleurs économiquement dépendants etc..) soit d'extériorité vis-à-vis de formes et de processus qui ne leur parlent plus (jeunes travailleurs notamment).
- celles de la gouvernance de l'entreprise qui, en dépit de ses nombreuses transformations et de sa prétention à être socialement responsable, n'a pas vu ses organes de gouvernance évoluer significativement. Cette question touche à la fois les formes d'expression et de participation au

¹¹⁶ Voir par exemple le rapport HIREs « Health in restructuring » (Santé et Restructurations)

travail mais aussi la manière dont d'autres parties prenantes (territoires, sous-traitants etc..) doivent être associées aux processus délibératifs

- celles des espaces démocratiques nouveaux que rendent nécessaires l'évolution des formes productives et des enjeux sociaux. Il y va ici des espaces locaux (démocratie sociale territoriale), mondiaux (démocratie sociale transnationale) mais aussi des espaces inter-organisationnels (tels ceux que font apparaître les relations de sous-traitance, lointaines ou de proximité).

Au moment où ces lignes sont écrites, la construction communautaire traverse sans doute la période la plus critique de sa courte histoire. Son avenir même est discuté. Pour tout ce qui touche aux règles de droit social, la grande majorité des Etats-membres est plus frileuse que jamais et les compromis dans l'Europe des 27, de plus en plus difficiles. Quant aux partenaires sociaux, leur revendication d'autonomie ne s'est pas traduite pour autant par une activité, notamment conventionnelle, à la hauteur des défis. L'ambition sociale des principaux acteurs semble avoir disparu, ou à tout le moins être suspendue à des jours meilleurs. Le risque est grand de nous retrouver face à droit social laissé au seuls marchés et aux seuls juges. Cette faiblesse recèle à la fois un grand danger, celui d'une régression sociale majeure notamment dans les pays les plus en difficulté, mais aussi une formidable opportunité, celle d'une refondation d'un ensemble de règles au travers d'une analyse actualisée des risques sociaux, d'un principe de justice adapté aux besoins de protection des plus faibles, et de l'impérieuse nécessité d'assurer à tous des transitions majeures moins dévastatrices.