



HAL
open science

Quelles refondations sociales en perspective ?

Pierre Rodière

► **To cite this version:**

Pierre Rodière. Quelles refondations sociales en perspective ?. Revisiter les solidarités en Europe : Actes du Colloque - 18 et 19 juin 2018 - Collège de France, 2019. halshs-02064790

HAL Id: halshs-02064790

<https://shs.hal.science/halshs-02064790>

Submitted on 21 Mar 2019

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.

Chapitre 2 – Quelles refondations sociales en perspective ?

Pierre Rodière

Professeur émérite de l'université Paris 1 (Ecole de droit de la Sorbonne)

Le point de vue que je vais présenter est le seul que je puisse m'autoriser, celui d'un observateur du droit social de l'Union européenne et de son évolution.

Deux remarques générales serviront d'introduction.

1° Sur la méthode d'investigation.

Elle n'a pas été de rechercher ce que l'on souhaiterait, ce dont on peut rêver, mais d'examiner ce que l'on voit se faire, ce qui est en œuvre, ou au moins qui s'annonce dans des signes tangibles, constitués de textes, projets de texte, jurisprudence, autres documents officiels.

2° Sur les résultats de la recherche.

Ils sont singulièrement maigres, étroitement limités, on peut aussi dire « petits ».

Les perspectives s'orientent vers moins d'Europe, d'Europe tout court, unie ou unitaire, à tout le moins homogène ; elles augurent d'une dispersion ou d'une désunion tendant à s'accentuer.

Elles vont également vers moins d'Europe sociale, ceci de deux façons. Le champ européen du social se rétrécit. La protection des droits sociaux fondamentaux est loin d'être garantie par l'Union européenne.

De quelles perspectives plus précises parlera-t-on ?

Des perspectives de refondation d'une Europe sociale et donc solidaire, il y a d'abord lieu de les chercher dans le « Socle européen des droits sociaux ». C'est par lui que nous commencerons, c'est-à-dire par ce que le Socle annonce, sa proclamation étant toutefois si récente que ses effets nouvellement fondateurs sont encore pleinement en devenir. Mais ce qu'il annonce est assez limpide, j'ajoute malheureusement limpide. Un premier moment de cette intervention portera sur le Socle.

Refondation encore, celle que l'on aurait pu attendre de l'attribution à la Charte des droits fondamentaux de l'Union de la même valeur ou force juridique que celle des traités. La Charte n'annonce-t-elle pas plus de solidarité ? Ne place-t-elle pas directement les droits sociaux sous l'idée de solidarité ? Et cependant ses effets protecteurs des droits sociaux sont à reporter dans un avenir indiscernable, à voir le traitement que la Cour de justice, à ce jour, accorde à la Charte.

La refondation par l'action des institutions européennes, dans le contexte actuel, n'est pas très prometteuse. Le salut peut-il venir d'ailleurs ? L'Union européenne a nécessairement

une certaine « conscience » (v. article 151 TFUE) de ce qui se passe dans d'autres instances, nationales, internationales et européennes, en matière de protection des droits sociaux. Elle ne vit pas entièrement en autarcie ; C'est évoquer le ou les dialogues.

Notre propos portera donc sur le « Socle » (I), la « Charte » (II), les dialogues (III). D'autres perspectives de refondation existent certainement. J'ai sans doute choisi ces trois axes de recherche parce qu'ils conduisaient à des conclusions assez pessimistes.

I. Sur le socle européen des droits sociaux

Du texte même du socle, on dira simplement qu'il serait plutôt prometteur, même s'il resserre ses dispositions sur les seuls droits sociaux que la Commission a jugés propres à « assurer le bon fonctionnement et l'équité des marchés du travail et des systèmes de protection », sur les droits et principes qui sont « d'une importance essentielle » pour réaliser ces objectifs, formules qui suffisent à indiquer que le Socle n'entend pas couvrir l'ensemble des droits sociaux fondamentaux.

Dans la quête de refondation qu'il nous faut poursuivre, le plus important est cependant de constater combien, avec ce nouveau socle, on s'éloigne de ce qu'a été le modèle ayant longtemps gouverné l'Europe sociale. Cet éloignement se dédouble. L'environnement explicatif qui accompagne le socle (documents divers émanant de la Commission) fait clairement apparaître qu'avec ce nouvel instrument, qu'à l'occasion de sa proclamation, l'Union européenne, et en premier lieu la Commission, entendent s'éloigner d'une double façon de l'Europe classique pour une Europe renouvelée dans ses objectifs sociaux comme dans sa méthode d'action¹.

Voyons d'abord la méthode, ensuite les objectifs.

A. De l'harmonisation législative à une convergence mercantile

La perspective en vue nous conduit loin de l'Europe, du moins d'une certaine idée que l'on peut historiquement s'en faire, sans trop d'embellissements. L'Europe et spécialement l'Europe sociale tendaient à l'harmonisation des droits sociaux, elle recherchait celle-ci par des moyens normatifs identifiés et réglementés par les traités.

Or, l'Europe définie par le Socle sacrifie l'idée d'harmonisation, idée correspondant à des formules précises inscrites dans les traités, pour lui substituer celle, très bureaucratique, de convergence. Et cette convergence devrait voir le jour par le biais d'une « gouvernance » si informelle qu'elle peut en être juridiquement indiscernable.

¹ V. P. Rodière, « Le dévissage de l'Europe sociale - Sur les « explications » du Socle européen des droits sociaux par la Commission », *Rev. trim. dr. eur.* 2018, p. 45 ; C. Konstantina, « Vers un socle européen des droits sociaux : quelles inspirations ? », *Rev. dr. trav.* 2017, n° 3, p. 175 ; v. égal., sur le thème : « Quelle Europe nous prépare le socle des droits sociaux ? », S. Lulom, « L'espoir d'une revitalisation de l'Europe sociale », J.-Ph. Lhernould, « Le discours et la méthode », *Rev. dr. trav.* 2017, n° 7, p. 455, p. 458.

Schématiquement, la conception qui s'était inscrite dans les traités fondateurs et la pratique normative qui a suivi a été la suivante. Le Marché commun doit se traduire dans une harmonisation des droits nationaux conduisant vers une égalisation des conditions de vie et de travail dans le sens du progrès. On attendait de cette harmonisation (progressiste) qu'elle se fasse spontanément par l'effet des mécanismes du marché. Mais devant la lenteur du processus spontané, les autorités communautaires ont décidé de forcer le mouvement et, dans certains domaines clefs, elles sont intervenues par voie de textes contraignants, par voie de directives opérant un rapprochement des législations. Tout aussi schématiquement, on peut discerner deux périodes de production normative élevée : de 1975 au début des années 80 ; 1989 et les années 90, après la proclamation de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux. Cette activité normative et son orientation générale s'accordaient textuellement avec les dispositions des traités relatives à la politique sociale et des formules qui s'y retrouvent encore aujourd'hui, même si elles se sont noyées dans des éléments de texte nouveaux qui relèvent d'inspirations différentes.

L'Europe qui se profilait ainsi ne couvrait certes qu'une partie assez limitée de la matière sociale, mais dans ses domaines d'application, c'était une Europe unie, du moins homogénéisée par l'obligation pesant sur les États membres de respecter uniformément les prescriptions des directives. C'était aussi une Europe interventionniste, avec ce paradoxe que les autorités communautaires s'étaient montrées particulièrement actives à une époque (précédant le traité d'Amsterdam) à laquelle elles ne disposaient pas des moyens normatifs propices au développement d'une politique sociale. Si une politique sociale avait pu se construire, c'est que les autorités communautaires y voyaient le moyen d'assurer de meilleures conditions de concurrence, une concurrence suffisamment loyale entre les entreprises des différents États membres.

Où en est-on aujourd'hui, avec le Socle ? Manifestement très loin de ce qui peut apparaître comme un « âge d'or ». La nouvelle Europe sociale, celle que le Socle annonce, devrait être placée sous le signe de la désunion, elle pourrait bien n'être pas ou n'être plus européenne, et si elle est européenne, substituer la marchandisation ou le marchandage au juridique.

La désunion. La Commission, dans ses commentaires sur le Socle, parle de deux Europes qui s'affrontent, sur la brûlante question du détachement notamment, Europe de l'Ouest, des nantis, contre Europe en développement. Elle observe que l'évolution récente n'a pas rapproché le droit des États membres mais au contraire que les disparités les opposant, loin de se réduire, se sont accentuées. Elle déclare sans fard que la seule harmonisation envisageable, à l'extrême horizon, pour l'ensemble des États membres, ne peut qu'être réduite au plus petit dénominateur commun, etc...

L'harmonisation par voie de directives, en toute hypothèse, n'est plus d'actualité. L'Europe sociale construite par des actes de droit de l'Union s'imposant aux États membres appartiendrait au passé. La Commission insiste, de toutes les façons possibles, sur le rôle très prioritaire qui revient aux autorités nationales et à leurs partenaires sociaux pour conduire leurs politiques sociales respectives. Il ne s'agit pas simplement de respecter le principe de subsidiarité, mais bien de bannir par principe l'intervention législative de l'Union, sauf exceptions étroitement comptées. C'est ce que la Commission désigne comme un « rééquilibrage » des compétences.

En bref, il n'y aura plus de politique sociale européenne, s'appuyant sur les dispositions des articles 151 à 156 TFUE, mais uniquement des politiques nationales. L'Europe sociale risque de se disperser, de se désunir en autant de droits sociaux qu'il y a de droits nationaux. Il s'agirait finalement de « dé-européiser » le droit social.

L'évolution pressentie n'en reste pas moins placée sous le leitmotiv de la convergence, pilotée par l'Union. L'idée doit être prise au sérieux, compte tenu de la méthode qu'elle recouvre et d'une évolution qui a permis de donner à celle-ci une efficacité qu'elle n'avait pas pour commencer.

On observera pour commencer que le terme de convergence, terme dont on peut noter qu'il est inconnu du texte des traités, a été utilisé en droit de l'Union pour viser les domaines du droit social pour lesquelles les autorités européennes n'ont pas compétence ou pouvoir d'agir par instrument contraignant : les politiques d'emploi notamment. Convergence et *Soft law* vont ensemble ; politique d'emploi rime avec « Méthode ouverte de coordination ».

Sous l'expression si limpide de « Méthode ouverte de coordination », sous le jargon se cache, on le sait, une méthode d'action européenne, volontiers présentée comme alternative, qualificatif qui suffit pour faire comprendre qu'elle ne correspond pas aux procédures prévues par les traités ; qui suffit également à en montrer le double visage. D'un côté, la MOC ouvre à l'action « coordinatrice » de l'Union (au sens où on ne vise pas l'harmonisation des droits nationaux) des libertés, des souplesses que les procédures textuelles n'offrent pas ; de l'autre, la méthode étant informelle, elle peut échapper aux exigences « démocratiques » qui s'attachent à l'élaboration des actes formellement identifiés et réglés par les traités.

On peut apprécier positivement les libertés ouvertes par la MOC tant que celle-ci engendre uniquement du Soft Law et que les États destinataires des orientations ou des lignes directrices établies par les autorités de l'Union sont libres de ne pas s'y plier. On avait d'ailleurs pu ironiser sur le peu d'efficacité de la méthode. Mais l'ironie cèdera devant l'inquiétude si les prescriptions de l'Union acquièrent, de fait, une force contraignante.

C'est ce qui se passe aujourd'hui lorsque l'Union subordonne le bénéfice d'aides financières au respect de ses « recommandations » en matière de politique sociale. Si l'État destinataire a besoin de cette aide, il se soumettra vraisemblablement. Les explications du Socle par la Commission insistent de façon marquée sur l'importance de la « gouvernance financière ». Une idée centrale est bien d'acheter les réformes nationales afin qu'elles flexibilisent le marché du travail.

Or les prescriptions qui ont de pareils effets très persuasifs, ont pour traits caractéristiques de défier des principes élémentaires gouvernant l'édiction de normes légales : publicité, accessibilité, lisibilité. On se situe dans le monde opaque de l'entre soi, celui du marchandage. Où est passé le dogme de l'information si cher à la Commission ? Qui plus est, la norme est insaisissable et par conséquent non contrôlable. Le droit européen connaît certes des actes législatifs innomés ou atypiques, dont l'interprétation et la validité peuvent être soumises à la Cour de justice. Mais ici, où est la norme ? Au niveau de l'Union elle est si informelle que son existence même en devient problématique, elle

ne prend forme qu'au niveau national et c'est à ce niveau qu'elle devient justiciable. Est-ce que je force le trait ?

En résumé, le Socle propose deux évolutions vers une refondation : un éclatement de l'Europe entre des politiques sociales nationales qui suivent chacune leur chemin propre en s'inspirant ou non, librement, des recommandations européennes. Ou bien une refondation à partir d'une gouvernance bureaucratique, a-démocratique, utilisant l'arme financière pour obtenir des États membres les changements réclamés.

S'il n'y a donc plus d'Europe sociale au sens où celle-ci risque un éclatement en plusieurs blocs formant un ensemble disparate, de moins en moins homogène, reste cependant une Europe poursuivant des objectifs et des politiques en matière sociale, qu'il nous faut maintenant préciser.

B. D'un double déplacement des objectifs

Accompagné par son commentaire explicatif, le Socle fait apparaître l'existence d'un double déplacement des objectifs définissant l'Europe sociale classique vers de nouveaux objectifs. Le premier se marque dans un glissement du droit du travail vers la politique de l'emploi. Le second met le principe de solidarité au service très limité d'une protection sociale réduite à l'assistance humanitaire.

1. Du travail à l'emploi

Le traité de Rome « pensait » droit du travail, c'est-à-dire condition et protection juridique du salarié. En donnant à la politique sociale l'objectif d'harmoniser et égaliser les conditions de vie et de travail, le traité de Rome visait la protection juridique du travailleur salarié. Était plus particulièrement en vue la situation individuelle du travailleur salarié, sur laquelle s'est bientôt greffé le principe de non-discrimination en matière professionnelle.

Si le relèvement du niveau d'emploi était en visée, c'était principalement comme effet de la libre circulation des travailleurs, accessoirement au titre d'aides financières minimales. L'emploi est apparu au titre d'une politique européenne avec le traité d'Amsterdam.

Le bon fonctionnement « des » marchés du travail forme l'objectif central aujourd'hui recherché. Le Socle doit être lu et compris en fonction de cet objectif.

Cela se traduit en désinvestissement et investissement.

Le désinvestissement concerne la réglementation des conditions de travail et les relations collectives de travail. Les explications du Socle vont jusqu'à éviter d'en parler, alors même qu'un acquis existe en ces domaines. Cette partie du droit du travail est à écarter, bien qu'il s'agisse cependant d'éléments du droit social que la Charte des droits fondamentaux rattache directement à la solidarité.

En revanche, il faudra cultiver les domaines d'action qui appartiennent en même temps au droit du travail et au droit de l'emploi. Dans cette zone hybride, les maîtres mots sont

flexibilité et mobilité. Le premier va avec déréglementation, concernant la formation et surtout la cessation du contrat de travail, dont il faut desserrer les contraintes anti-emploi. Le second avec promotion et aide financière, pour les mobilités géographique et professionnelle. Le passage du travail subordonné au travail indépendant est vu avec faveur, ce qui est une autre matière de s'écarter du droit du travail (salaré).

2. D'un resserrement sur une protection sociale élémentaire

Sécurité sociale et protection sociale forme un double objet de la Politique sociale, selon ce qu'en dit le traité FUE. Or, le Socle néglige la sécurité sociale pour se tourner uniquement vers la protection sociale, plus exactement, car le terme « protection sociale » est polysémique, vers le droit de toute personne d'accéder à une protection élémentaire. Est attendu des États membres qu'ils permettent l'accès à des « services essentiels », qui doivent s'offrir aux plus vulnérables notamment. L'Union, dans le programme que décrivent le Socle et la Commission, plaide pour une Europe de la dignité et de la décence – ce sont les mots employés –, rien de plus. L'intervention de l'Union se limitera ici à la pure recommandation, sans autre incitation, notamment financière.

Le changement des objectifs marque nettement le désengagement législatif de l'Union. Dans le schéma nouvellement dessiné, l'Union déserte les domaines d'action pour lesquels les révisions successives des traités lui ont donné compétence pour agir par voie de textes qui lient, par directives. Elle investit des domaines dans lesquels elle ne possède qu'une compétence molle ou difficile, en pratique, à exercer (sécurité sociale et protection sociale). Dans ces domaines, elle ne possède qu'un pouvoir recommandationnel ou doucement directif.

Ces limitations textuelles n'empêcheront cependant pas les autorités européennes d'user de l'arme financière pour contraindre les États membres à réaliser des réformes que leurs compétences ne lui permettent pas d'imposer. L'Union n'hésite plus à forcer les réformes propices au jeu des libertés économiques, alors qu'elle n'est pas en droit de le faire. La convergence mercantile se substitue à l'harmonisation législative. La marchandisation se substitue au traité.

II. Sur la Charte des droits fondamentaux

Si un document pouvait être propice à faire naître ou renaître de la solidarité sociale en Europe, c'était bien la Charte des droits fondamentaux, qui a regroupé non pas la totalité, mais le plus grand nombre des droits sociaux sous le titre de la solidarité. En quoi, comment la Charte vient-elle contribuer à la refondation recherchée ? Depuis la mise en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour de justice a été assaillie de questions relatives à la Charte et plus particulièrement au sort que son interprétation doit réserver aux droits sociaux. Que peut-on en tirer ?

La Charte des droits fondamentaux de l'UE offre-t-elle des perspectives pour la refondation d'une Europe solidaire. A ce jour la réponse est négative, à peu près entièrement. On a beau chercher. Les pistes, les portes qui auraient pu s'ouvrir ne l'ont pas été ou se sont vite refermées. La Cour de justice souhaiterait refouler la Charte le plus à l'étranger possible. Voilà l'idée générale.

On en tentera la démonstration en six points.

1. La Charte ne commande pas d'action normative au niveau européen.

Suivant la formule de Guy Braibant, dont on sait le rôle très important qu'il joua dans la préparation et la rédaction de la Charte des droits fondamentaux, celle-ci est faite pour limiter, encadrer, contrôler l'exercice du pouvoir, sans modifier les compétences¹. C'est bien ce que dit le texte. La Charte « ne modifie pas les compétences et les tâches définies par les traités » (article 51 de la Charte ; v. égal. article 6 § 1 TUE). Elle n'a pas donné pas à l'Union de compétence nouvelle ayant pour objet la protection des droits fondamentaux, elle lui demande d'exercer les compétences législatives que les traités lui attribuent, dans le respect des droits fondamentaux. Là où l'Union peut agir et pouvait déjà agir, elle doit le faire en satisfaisant les exigences protectrices de la Charte.

Si la Charte devrait donc avoir une incidence sur la teneur des actes normatifs adoptés par l'Union européenne, elle laisse à celle-ci la liberté d'agir ou de ne pas agir dans les domaines de compétences qui étaient et demeurent les siens, la même liberté que celle qu'elle possédait auparavant. Ce n'est pas parce que la Charte énonce que « tout travailleur a droit à une protection contre tout licenciement injustifié » (article 30 de la Charte), que l'Union devra adopter une directive ayant pour objet de régler la justification du licenciement, comme le traité lui en donne compétence (article 153 §1 d) TFUE).

Il ne faut pas attendre de la Charte qu'elle dynamise l'action législative européenne en matière de politique sociale, contrairement à ce que la proclamation de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux avait permis en 1989. La Politique sociale européenne est aujourd'hui en sommeil, la Charte des droits fondamentaux n'y changera rien. Elle se défend de le faire.

Contrairement à la Charte sociale européenne, ainsi qu'à la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux ne réclame pas non plus le développement d'actions législatives au niveau étatique. La Charte laisse chaque Etat membre libre de décider de la protection des droits sociaux qu'il juge appropriée, sauf toutefois à devoir respecter le niveau de protection fixé par une norme européenne, le plus souvent une directive, qu'il a l'obligation de mettre en œuvre.

Une formule reprise par la Charte, avec des variantes stylistiques, concerne particulièrement les droits sociaux. Tel ou tel droit consacré par la Charte sera garanti « conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales » (v. par ex. article 28, article 30). L'incidente vise particulièrement les « principes » sociaux (v. infra n° 8). De cette formule, on retient en général que la protection européenne et nationale des droits sociaux fondamentaux est donc subordonnée à la bonne volonté des législateurs respectifs, qui pourront décider de cette protection ou ne pas le faire. En tirillant toutefois l'interprétation, on prétendra, inversement, que le « conformément » signifierait l'existence d'un devoir de mise en conformité, donc une obligation d'agir.

¹ v. Dr. soc. 2000, p. 73 ; du même auteur, La Charte des droits fondamentaux – Témoignage et commentaires, Ed. du seuil, Paris 2001

2. L'application de la Charte suppose que l'on se situe « dans le cadre du droit de l'Union ».

C'est la formule dont use la Cour de justice ¹. Pour qu'un juge, ou une autre autorité, soit appelé à statuer en considération des exigences de la Charte, encore faut-il qu'une norme de droit de l'Union soit en cause. Une norme européenne ou, le plus souvent, sa mise en œuvre nationale pourront être questionnées au regard de la Charte. Mais si la situation ne se rattache à aucune norme de droit de l'Union, la Cour de justice se déclare incompétente pour en connaître. A elle-seule, la Charte ne peut fonder la compétence de la Cour, il faut le relais d'une disposition de droit de l'Union. Sinon, comme le dit la Cour, on sort du champ d'application du droit de l'Union. La Charte est dénuée d'autonomie, au sens où son intervention requiert le soutien d'une norme de droit européen, primaire ou dérivé. Le sens et la portée de ses prescriptions ne sauraient être, abstraitement, questionnées, lorsque manque ce relais textuel européen. En l'absence d'un tel relais européen, les dispositions de droit national ne pourront pas non plus être questionnées au regard de la Charte devant la Cour de justice.

Que l'Union européenne ait compétence pour légiférer dans un domaine couvert par la Charte ne suffira pas, cette compétence doit s'être effectivement exercée. On l'a clairement constaté dans une affaire intéressant la protection des travailleurs en matière de licenciement. « *Lors de l'examen du «contrat nouvelles embauches» français, la Cour a jugé que, bien que la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail soit l'un des moyens pour atteindre les objectifs fixés par l'article 151 TFUE et que le législateur de l'Union soit compétent dans ce domaine, selon les conditions fixées à l'article 153, paragraphe 2, TFUE, des situations qui n'ont pas fait l'objet de mesures adoptées sur le fondement de ces articles ne relèvent pas du champ d'application du droit de l'Union* »². L'appartenance au champ d'application du droit de l'Union ne réside pas dans la compétence de l'Union, mais dans l'existence d'une norme dont cette compétence a permis l'édiction.

Instrument de contrôle du droit de l'Union et de sa mise en œuvre nationale, la justiciabilité de la Charte dépend de l'existence d'une norme européenne mettant en jeu un droit fondamental dont elle garantit la protection. Si bien que pour commencer, logiquement, la Charte a principalement occasionné des décisions d'irrecevabilité pour incompétence. Ces décisions d'incompétence ont particulièrement concerné les droits sociaux, tant il est vrai qu'à ce jour la législation sociale européenne est loin de couvrir tout le domaine d'action qui est ouvert (article 153 TFUE) aux compétences de l'Union. Partant, « le champ d'application du droit de l'Union » est loin de couvrir l'ensemble des droits sociaux protégés par la Charte.

¹ V. spéc. CJUE 26 févr. 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10

² CJUE 5 févr. 2015, *Poclava*, aff. C-117/14, pt 41, se référant à CJUE, ord. 16 janv. 2008, *Polier*, aff. C-361/07

3. Alors que la Charte serait invocable, la Cour de justice omet de le faire.

Cela arrive fréquemment. L'interprétation d'une norme de droit de l'Union est en question, la norme se rattache à un droit fondamental consacré par la Charte, mais la Cour de justice ne se tourne pas vers la Charte pour éclairer son interprétation, alors même que la juridiction de renvoi l'avait invoquée de son côté. On l'a particulièrement noté en matière de durée du travail, s'agissant notamment du droit à un congé annuel payé, dont la Cour de justice a entendu fermement imposer le respect, ... mais sans le secours de la Charte¹, en évitant d'y recourir.

Le souci d'évitement peut se traduire en esprit créatif, tel celui dont a fait montre la Cour avec l'invention *ex nihilo* de la catégorie des « principes de droit social qui revêtent une importance particulière » ; notion ayant principalement servi à renforcer l'application des prescriptions du droit de l'Union en matière de temps de travail². Pourquoi cette création purement prétorienne, sinon pour ne pas en passer par les dispositions de la Charte relatives au temps de travail et signifier d'ailleurs par-là que la Cour dispose d'une liberté de décider des protections fondamentales ?

Sur le mode mineur d'une invocabilité de second rang, il arrivera souvent que la Cour de justice se réfère à la jurisprudence de la Cour EDH, ou à d'autres normes guidant son interprétation, telles des traditions constitutionnelles communes, ou encore telle ou telle convention de l'OIT, et laisse la Charte à l'ombre de ces autres sources d'inspiration.

L'instrument que la Cour a par le passé très largement utilisé pour faire pénétrer ces normes et conceptions externes à l'Union dans le champ de sa protection a de longue date été le principe général de droit de l'Union³. « Les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit dont la Cour a pour mission d'assurer le respect », la formule est passée de la jurisprudence de la Cour dans le traité (v. article 6 § 1 TUE). Il est douteux que la Cour renonce aux possibilités créatrices que, dès longtemps avant la Charte, la qualification de principe général du droit lui a offertes⁴ (). C'est une catégorie susceptible de s'enrichir, elle est ouverte à d'autres influences que celles de la Charte et propre à minimiser le rôle de celle-ci, voire à l'écarter des motivations retenues par la Cour de justice.

4. Les principes sociaux ne sont pas justiciables.

La non-invocabilité est venue s'accrocher à la qualification d'un droit social fondamental en tant que « principe ».

On rappellera brièvement les bases de la discussion relative aux « principes »

¹ V. spéc. CJUE 24 janv. 2012, *Dominguez*, C-282/10

² CJCE 26 juin 2001, *Bectu*, aff. C-173/99 ; CJCE 5 oct. 2004, *Pfeiffer*, aff. C-397/01, ... ; CJUE 20 juil. 2016, *Maschek*, aff. C-341/15

³ Depuis l'arrêt fondateur *Internationale Handelsgesellschaft*, CJCE 17 déc. 1970, aff. 11/70

⁴ Mais v. F. Picod, « Charte des droits fondamentaux et principes généraux du droit », *Rev. dr. et lib. fondam.*, 2015, *chron.2.* www.revuedlf.com

Les « droits » sociaux que la Charte consacre au titre de la « Solidarité » relèvent de manière générale d'une qualification de « principes ». Les intentions des rédacteurs de la Charte, les explications officielles qui en sont données le veulent ainsi. Alors que les droits doivent être respectés, les principes sont observés par les autorités de l'Union et par les États membres, dit le texte. Or les principes ne possèdent qu'une justiciabilité réduite. A la différence des droits, ce ne sont pas des droits subjectifs, invocables à ce titre devant une juridiction. Néanmoins, ils peuvent contribuer à l'interprétation des textes, voire à en vérifier la validité (article 51 § 1, article 52 § 5 de la Charte ; v. égal. les « Explications » sous l'article 52). Guy Braibant parlait de justiciabilité indirecte d'interprétation et de contrôle et non d'application (Dr. soc. 2000, p. 73). Tout cela est assez obscur et il n'est pas exclu que les auteurs de la Charte n'aient pas recherché cette obscurité, laissant par là le champ libre au travail interprétatif de la Cour de justice.

Celle-ci n'a pas manqué de saisir l'opportunité qui lui était offerte. Elle l'a fait le plus simplement en recalant une distinction difficile à manier dans son système usuel de solutions. La Cour s'est donc interrogée sur les effets qu'un principe inscrit dans la Charte, le droit à l'information et à la consultation dans l'entreprise (article 27), peut produire dans un litige du travail, opposant des particuliers. C'est l'affaire « *Association de médiation sociale* »¹. Réponse de la Cour : aucun effet de la Charte puisque le principe y est formulé dans des termes si incertains, si généraux, qu'il ne peut se suffire à lui-même et qu'il faut le relais de dispositions plus précises du droit de l'Union ou du droit national pour qu'il prenne concrètement sens² (). C'est par l'effet de cette concrétisation que le principe se mue en une règle de droit propre à régir un litige. Sans cette concrétisation, il n'est encore rien, ou presque. Il est pré-juridique. Il en résulte que ne disant par lui-même rien, il ne peut servir l'interprétation de la règle relais. Sa juridicité prend corps dans la règle qui le met en œuvre.

En l'espèce, cette règle existait, inscrite dans la directive 2002/14 sur le droit à l'information et à la consultation. Mais s'agissant d'une directive, ses dispositions ne pouvaient s'appliquer directement entre particuliers. Vu son insuffisance, son défaut de substance concrète, le principe énoncé par la Charte ne pouvait pas l'être non plus. Résultat : le juge national, juge français en l'espèce, n'avait pas à écarter une règle française que la Cour de justice déclarait cependant non conforme à la directive 2002/14³.

En conséquence, les principes sociaux quittent la place judiciaire pour demeurer dans le ciel nébuleux des proclamations platoniques.

5. Les droits sociaux fondamentaux ne seraient pas non plus justiciables.

On transitera par une idée qui est dans l'air depuis quelques années. La mise au premier plan et la valorisation du principe de non-discrimination, ce mouvement viendrait se coupler avec une déconstruction du droit du travail classique, se traduisant notamment

¹ CJUE 15 janv. 2014, *AMS*, aff. C-176/12

² Arrêt *AMS*, pts 45 à 48

³ Règle qu'au risque de se contredire la Cour jugeait incompatible avec les exigences d'un principe fondamental de droit de l'Union, v. arrêt *AMS*, pts 26 et 27

par un affaiblissement des droits collectifs qui avaient dans le passé permis le développement de celui-ci. Est-ce là un schéma proposé par l'Union européenne, dont on sait qu'elle peut se glorifier d'avoir œuvré continuellement et efficacement pour renforcer l'égalité de traitement en matière professionnelle ? On s'interroge aujourd'hui sur les perspectives de refondation d'une Europe sociale réinventée. La non-discrimination n'a-t-elle pas vocation à former le nouveau droit-principe fondant cette reconstruction ?

On pouvait le penser à voir la distinction tranchée que l'arrêt *AMS* fait entre les principes qui ne se suffisent pas à eux-mêmes et les droits auto-suffisants, tel le principe de non-discrimination en fonction de l'âge. Celui-ci, « consacré à l'article 21 § 1 de la Charte, se suffit à lui-même pour conférer aux particuliers un droit subjectif invocable en tant que tel »¹.

Le principe de non-discrimination, ainsi qualifié en tant que droit subjectif, pourra être invoqué directement en justice et permettra d'écarter une disposition nationale contraire en y substituant les dispositions de la directive 2000/78 condamnant les discriminations en matière d'emploi et de travail. Ce résultat est obtenu par l'effet d'une combinaison entre les dispositions de la Charte des droits fondamentaux, une qualification de principe général de droit de l'Union et le texte de la directive, combinaison inventée par la Cour de justice dans ses arrêts *Mangold*² et *Kücükdeveci*³, auquel elle se réfère dans l'arrêt *AMS*. « Concrétisé », comme le dit la Cour, grâce et par la directive, le principe reçoit en retour les qualités de précision et d'inconditionnalité qui, en qualité de principe général de droit de l'union, lui ouvre la voie d'une application directe dans un litige entre particuliers. Certes à elle seule, la directive ne pourrait le faire, puisque la Cour exclut avec obstination l'effet direct horizontal des directives, mais l'obstacle est contourné, ses dispositions remontant en quelque sorte se loger dans le principe qu'elle concrétise. Très favorable à la mise en œuvre du principe de non-discrimination, le résultat n'en est pas moins tout-à-fait hétérodoxe.

Cela peut expliquer que la Cour de justice ait finalement sacrifié ce montage étonnant. Car la Cour décide aujourd'hui que lorsqu'une question se pose en matière de non-discrimination en raison de l'âge, la question doit être résolue en fonction des dispositions de la directive et de celle-ci uniquement⁴. On ne remontera pas jusqu'à la Charte pour assurer l'interprétation. Peu importe si la question préjudicielle demandait à la Cour de justice de se prononcer à la lumière de la Charte.

Celle-ci est mise hors débat⁵, au travers d'un raisonnement qui inverse l'idée de concrétisation. Nul besoin de se tourner vers la Charte puisque les exigences de celle-ci se sont réalisées concrètement dans la directive. Les droits subjectifs et autosuffisants qu'elle institue sont refoulés loin du juge, ici aussi, comme l'ont été les principes. L'auto-suffisance glisse de la Charte à la directive non-discrimination.

Au plan contentieux, cela signifie que l'application directe horizontale de la directive est écartée. L'orthodoxie est rétablie. Cela signifie également, pour le contentieux vertical,

¹ Arrêt *AMS*, pt 47

² CJUE 22 nov. 2005, aff. C-144/04

³ CJUE 19 janv. 2010, aff. C-555/07

⁴ CJUE 11 nov. 2014, *Schmitzer*, aff. C-550/13, CJUE 13 nov. 2014, *Vital-Perez*, aff. C-416/13

⁵ V. les observations liminaires des arrêts *Schmitzer* et *Vital-Perez* dont l'objet est de mettre la Charte de côté.

avec l'administration, que la considération de la Charte n'interviendra pas pour les besoins de l'interprétation de la directive, qui, en pareil cas, pourra recevoir une application directe, suivant la distinction traditionnelle faite par la Cour entre effet vertical et effet horizontal. Plus question d'interprétation à la lumière de la Charte, quel que soit le contentieux.

Il s'en déduit aussi, au plan législatif, que la Cour de justice présume, sans discussion, que la directive respecte pleinement les exigences de la Charte. Inutile de solliciter la Charte. La directive fait écran.

Décidément la Cour de justice ne veut pas entendre parler de la Charte, y compris lorsqu'il en va de droits subjectifs, auto-suffisants, et pas seulement de principes.

6. Reste l'assistance humanitaire, à mettre à part.

Se rencontre ici une jurisprudence paradoxale de la Cour de justice, envoyant des signaux contradictoires, du moins en apparence.

Paradoxe, puisque la Cour de justice en serait venue à protéger les droits sociaux des ressortissants de pays tiers plus attentivement et généreusement que ceux des citoyens de l'Union. Le contraste, le scandale si l'on veut, concerne l'aide ou l'assistance sociale, plus précisément même la protection sociale élémentaire, la protection de survie.

D'un côté, la Cour de justice s'opposera à l'éloignement d'un ressortissant de pays tiers si celui-ci « risque une détérioration grave et irréversible de son état de santé »¹. Les prestations « qui permettent à l'individu (ressortissant d'un pays tiers en l'espèce) de faire face à ses besoins élémentaires tels que la nourriture, le logement et la santé » ne peuvent lui être refusées². La Charte des droits fondamentaux l'exige ainsi, en vue d'assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes (article 34 de la Charte). La Charte est mise au service d'une protection des ressortissants étrangers à l'Union européenne ; elle permet d'orienter et de corriger les effets des directives applicables aux espèces soumises à la Cour.

De l'autre côté, la ligne jurisprudentielle fixée par les arrêts *Dano*³ et *Alimanovic*⁴ est bien connue. Elle entre dans le lot des décisions de la Cour qui ignorent la Charte pour laisser s'exprimer ici, isolément, les dispositions de la directive 2004/38 sur la circulation des citoyens de l'Union. Il en résulte, avec ironie, que les citoyens de l'Union, actifs ou inactifs, qui ne sont pas dans le besoin, ont pleinement droit, dans un État membre d'accueil, aux prestations d'assistance sociale dont ils n'ont pas besoin. En revanche ceux qui, bien que dans le besoin, se détournent de l'activité, ne peuvent prétendre à l'assistance d'un État membre autre que le leur. Ils devront repartir dans leur État de nationalité.

¹ CJUE 18 XII 2014, *Abdida*, aff. C-562/13

² CJUE 24 avril 2012, *Kamberaj*, aff. C-571/10

³ CJUE 11 nov. 2014, aff. C-333/13 ; v. S. Barbou des Places, « La cohérence du droit de la liberté de circulation des personnes, à l'épreuve de la mobilité des indigents », *Rev. trim. dr. eur.* 2015, p. 133 ; P. Rodière, « Quel droit de circulation en Europe pour les personnes inactives et démunies », *Journ. dr. eur.* 2015, p. 146

⁴ CJUE 15 sept. 2015, aff. C-67/14

La solidarité européenne bute sur une résurgence du critère de nationalité. Avec une nuance, le citoyen de l'Union suffisamment intégré dans un État membre autre que le sien a droit à sa solidarité. Fausse nuance cependant, dans la mesure où il s'avère que l'intégration dépend des gages que donnent l'activité ou la situation financière.

Solidarité, lorsque les efforts que demande celle-ci sont inutiles, absence de solidarité lorsqu'ils prendraient sens ; telle serait la leçon.

Ces jurisprudences sont-elles irréconciliables ? Vraisemblablement non, car il convient de distinguer suivant le niveau du besoin. Si ce n'est pas un besoin vital, la solidarité s'éclipse, la Charte avec elle. S'il est vital, de la solidarité peut être exigée, une « certaine solidarité » comme aime à dire la Cour de justice, à charge de l'État membre où la personne intéressée, quelle que soit sa nationalité, est présente.

Conclusion, la Charte ne sera pas mise au service du droit social traditionnel, que l'on pense au droit du travail, sous sa double dimension, collective et individuelle, ou à la sécurité sociale, en tant que système dominé par l'idée d'assurance. Quant à l'aide ou l'assistance sociale, la jurisprudence de la Cour de justice tend à la diviser suivant l'importance du besoin et la nécessité du secours. La protection élémentaire de la personne doit être garantie (logement, nourriture, santé) ; elle le sera à la lumière de la Charte. Mais si l'on quitte l'assistance qui permettra à un individu de survivre, la Charte est hors sujet. Le curseur est placé très bas ; on peut même considérer qu'il n'atteint pas le niveau, certes des plus vagues, que commandent le respect de la dignité humaine (v. article 1 de la Charte) ou encore les exigences relatives à une vie décente, mises volontiers en avant par les autorités européennes.

L'évolution épouse la distinction, a priori surprenante, que la convention internationale sur la protection de tous les migrants (convention de l'ONU du 18 déc. 1990, ratifiée par de nombreux États d'émigration et par aucun État d'immigration !) établit entre les droits fondamentaux du migrant. La convention distingue les « droits de l'homme de tous » des « autres droits » dont les migrants peuvent se prévaloir. Ces droits de tous sont ceux qui, compte tenu de leur nature strictement humanitaire, doivent être garantis au migrant, que celui-ci réside ou non dans des conditions légales sur le territoire de l'État dont les prestations sont en cause (la même distinction apparaît de façon voilée dans la convention de l'OIT n° 143, de 1975, sur les travailleurs migrants).

La Cour de justice, dans sa jurisprudence relative à l'invocabilité de la Charte, participe d'une mutation du « social ». Celui-ci s'exprimait dans l'idée d'un État social fort, fort d'un droit du travail et d'une sécurité sociale d'un niveau protecteur élevé. On s'avance vers une réduction du « social » à l'humanitaire. La mutation s'observe dans le Socle européen des droits sociaux récemment proclamé et, plus encore dans les explications qu'en donne la Commission¹.

La vocation fondatrice reconnue à la Charte par la Cour de justice est donc des plus réduites en matière de protection des droits sociaux. Il faut descendre jusqu'au niveau le

¹ V le dossier : Quel avenir pour l'Europe sociale, dir. Et. Pataut, *RTDEur* 2018, p. 7 ; v. spéc. contrib. Et. Pataut, p. 9, P. Rodière, p. 45. Au sujet d'une réorientation générale de « l'Europe sociale », v. M. Schmitt, « La recomposition du droit du travail de l'Union européenne », *Dr. soc.* 2016, p. 703 ; E. Mazuyer, « Le retour du mythe de l'Europe sociale ? », *Rev. dr. trav.* 2017, p. 83

plus élémentaire de l'assistance humanitaire, pour qu'elle sorte de l'ombre où la Cour de justice la maintient.

Que la Charte n'ait pas les faveurs de la Cour de justice, c'est maintenant avéré. La Charte représente une gêne dans le libre exercice de son gouvernement judiciaire. La Cour entend garder une marge d'appréciation suffisamment large pour obéir ou ne pas le faire aux proclamations de la Charte, que ce soit pour demeurer en retrait par rapport aux solidarités offertes par celle-ci, mais que ce soit aussi, potentiellement, pour aller au-delà de la Charte en consacrant des protections ignorées par celle-ci.

Est-ce dire que la protection des droits sociaux fondamentaux échapperait donc à l'Union européenne, sauf exceptions basiques ? Pas nécessairement ni durablement, quand bien même la Charte des droits fondamentaux n'y jouerait qu'un rôle d'appoint. Car l'Union européenne ne peut pas vivre et ne vit pas dans une situation d'autarcie indifférente à des influences protectrices venues d'ailleurs.

L'Union se doit d'être quelque peu ouverte au ou aux dialogues.

III. Sur les dialogues

Des dialogues, il y en a plusieurs, au premier rang desquels on trouvera bien sûr le dialogue des juges. On ne se bornera pas à ce premier type de dialogue. Des interrogations relatives à une renaissance de la solidarité européenne sont également présentes dans deux autres formes de dialogue, dont on dira pour finir quelques mots.

Trois formes de dialogue seront donc évoquées.

1° Le dialogue des juges ; c'est-à-dire, plus exactement, le dialogue, volontaire, qui peut ou non exister entre la juridiction de l'Union et des instances juridictionnelles ou para-juridictionnelles qui n'appartiennent pas à l'Union.

2° Ce qui n'est plus vraiment le dialogue, car celui-ci implique une action volontaire, la coopération à laquelle les institutions et juridictions des États membres sont tenues.

3° le dialogue social, à la recherche lui aussi d'une refondation lui permettant d'offrir ... autre chose que simplement du dialogue.

1. Dialogue des juges

Le séminaire de la Fondation Hugot du Collège de France, organisé par Alain Supiot il y a un peu plus de deux ans, sur le thème « Les gardiens des droits sociaux en Europe – Recours nationaux et internationaux en cas de remise en cause des droits fondamentaux par l'Union européenne », avait montré combien le dialogue est en souffrance¹. Les choses n'ont pas vraiment évolué depuis.

¹ Sem. soc. Lamy, n° 1746, suppl. du 28 nov. 2016 ; v. spéc. introduction Alain Supiot, « La guerre du dernier mot », rapports Fr. Maupin, G. Raimondi, P. Stangos, P. Rodière et F. Vasquez

Des traités de l'Union et de la Charte des droits fondamentaux on peut cependant noter pour commencer qu'ils encouragent le dialogue. Les traités saluent la protection des droits sociaux qui résultent d'instruments extérieurs à l'ordre juridique de l'Union¹. La Charte déclare vouloir accorder sa protection avec celle de la Convention européenne des droits de l'homme (article 52 § 3) comme avec les traditions constitutionnelles communes aux États membres (article 52 § 4) ; elle garantit un niveau de protection des droits fondamentaux qui ne doit pas être inférieur à celui connu du droit international et européen et des États membres (article 53).

De son côté, la Cour de justice se réfère très largement aux exigences de normes internationales (conventions de l'OIT, conventions de l'ONU), européennes (CEDH, Charte sociale européenne) ou nationales. La jurisprudence de la Cour EDH notamment est très présente dans ses motivations. La Cour de justice procède certes en sélectionnant et choisissant la source dont elle manifeste l'intention de s'inspirer, excluant parfois tel ou tel norme ou arrêt qui aurait pu et même dû prendre place dans sa motivation².

Ces marques de déférence adressées à des autorités ou des institutions externes à l'Union européenne sont-elles bien récompensées ?

On procèdera à un très bref rappel des positions de ces autorités et institutions. Le bilan est très mitigé, fait d'une certaine confiance approbatrice, mais aussi et surtout, d'inquiétudes, de réticences, voire de condamnations. L'évolution, dans les années récentes, n'est pas flatteuse pour l'Union européenne

Suivant le principe « *so lange* », retenu par la Cour constitutionnelle allemande et plus ou moins partagé par d'autres instances constitutionnelles, « aussi longtemps que » l'Union européenne veillera à une protection des droits sociaux constitutionnellement garantis compatible avec la protection nationale, il y aura lieu d'écarter les recours pour inconstitutionnalité. Or, le principe est aujourd'hui fragilisé³.

La présomption de l'arrêt *Bosphorus*⁴, posant que l'Union assure une protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales « équivalente » ou « comparable » à celle de la CEDH, n'a pas été démentie par la Cour EDH. Mais la présomption s'attache aux droits civils et politiques principalement. Et puis elle est réfragable et il faut s'interroger sur la possibilité d'accorder les positions de la CJUE⁵ et de la Cour EDH visant le droit d'action et de négociation collectives⁶, adoptées postérieurement l'une et l'autre à l'arrêt *Bosphorus*.

Des instances para-juridictionnelles extérieures à l'Union, quant à elles, condamnent sans fard les orientations du droit de l'Union et de sa jurisprudence. La présomption de l'arrêt

¹ V. spéc. l'article 151 TFUE, disant que l'Union et les États membres sont « conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés par la Charte sociale européenne »

² Ex. la reconnaissance de la valeur fondamentale du droit de négociation collective, CJUE 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, qui ne comporte aucune référence à l'arrêt *Demir et Baykara*, Cour EDH 12 nov. 2008, Req. n° 34503/97, qui venait de rattacher le droit de négociation collective à la protection de la liberté syndicale par l'article 11 de la CEDH

³ V. la décision du *Bundesverfassungsgericht* du 30 juin 2009, relative au traité de Lisbonne, 2 BvE 2/08 ; cf. les éléments de la décision cités par A. Supiot, *Les gardiens des droits sociaux*, préc. p. 6

⁴ Cour EDH, 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, Req. n° 43036/98

⁵ 11 déc. 2007, *Viking*, aff. C-438/05 ; 18 déc. 2007, *Laval*, aff. C-341/05

⁶ 12 nov. 2008, *Demir et Baykara*, Req. n° 34503/97 ; 21 avr. 2009, *Enerji*, Req. n° 68959/01

Bosphorus ne peut valoir pour les droits garantis par la Charte sociale européenne. C'est ce que dit le plus vigoureusement le Comité européen des droits sociaux. « Ni les normes du droit de l'Union, ni ses procédures n'offrent à ce jour les garanties nécessaires »¹. Les experts de l'OIT dénoncent une jurisprudence de la CJUE (arrêts Viking et Laval) rendant « impossible » l'exercice de la liberté syndicale, en faisant peser sur les syndicats la menace d'actions en dommages-intérêts propres à les ruiner². Il est vrai que ces instances peuvent s'autoriser des positions d'une netteté d'autant plus marquée que leurs décisions n'ont pas d'autorité juridictionnelle.

Faut-il en conclure que la porte du dialogue est fermée ?

Peut-être pas si l'on en croit un élément particulier de l'avis de la Cour de justice, avis 2/13³, pourtant si négatif, si rejetant, concernant l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme.

La Cour de justice certes y conduit pied à pied un long réquisitoire contre les effets qu'une adhésion à la CEDH auraient sur les structures et le fonctionnement de l'Union, sur ce qui peut être conçu comme son identité propre. Elle s'y rebelle en particulier contre la perspective que l'Union soit soumise « à un contrôle externe » sur les droits et libertés qu'elle s'est engagée à protéger.

Mais la Cour de justice ferme-t-elle pour autant la porte au dialogue avec la Cour EDH ? Non, si l'on en croit un appel qu'elle lance en se référant à l'article 53 de la Charte et à l'article 53 de la CEDH, qui visent de façon croisée à préserver un « niveau de protection » comparable en droit de l'Union et en application de la Convention. Elle ne veut pas d'une adhésion qui porterait atteinte à son autorité au sein de l'ordre juridique de l'Union, mais elle se déclare favorable à la création d'un mécanisme de coordination, d'une coordination entre égaux, de la jurisprudence de la Cour EDH et de la sienne. Il serait bon que les standards de protection de la Charte et de la CEDH soient fixés à des niveaux équivalents, dans le cadre d'une procédure formalisée y conduisant⁴.

Pourvu que son autorité n'en souffre pas, la Cour de justice serait donc prête à un dialogue équilibré. Du moins en est-il ainsi dans ses relations avec la Cour EDH. Il en va différemment s'agissant des jurisprudences constitutionnelles nationales, qui ne doivent pas compromettre « la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union », suivant la formule utilisée par la Cour de justice⁵. Quant à ces organes sans autorité juridictionnelle (CEDS, experts de l'OIT), autant les ignorer.

2. Coopération loyale

Nous visons ici une autre forme de dialogue, si l'on veut, celui que l'obligation de coopération loyale impose aux autorités nationales dans leurs rapports mutuels et qui

¹ CEDS, 23 juin 2010, *CGT c. France*, récl. n° 55/2009, sur la question du temps de travail ; CEDS, 3 juil. 2013, *LO et TCO c. Suède*, récl. n° 85/2012, à propos de la loi suédoise dite « Laval » et du droit d'action et de négociation collective

² V. Conf. internat. du travail., 99^e session, 2010, rapport III (1A) de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations

³ CJUE, 18 déc. 2018

⁴ Avis 2/13, v. pt 189

⁵ V. spéc. CJUE 26 févr. 2013, *Akerberg Fransson*

s'impose mutuellement aussi entre autorités de l'Union et autorités nationales. Ce « dialogue » est de son côté obligatoire et s'inscrit dans les exigences premières des traités (article 4 § 3 TUE).

Parmi les multiples aspects qu'il présente, il est légitime d'en distinguer un, compte tenu d'une brûlante actualité et d'un petit changement de cap qui mérite l'attention. Il s'agit, bien sûr, de la coopération en matière de détachement.

Une règle ferme veut les autorités de l'État d'origine et de l'État d'accueil coopèrent loyalement et diligemment lorsque des doutes apparaissent sur la légalité de la situation d'un travailleur détaché. Dans ce domaine où les violations des règles applicables, les petites tricheries et les fraudes organisées sont légion, pour ne pas dire qu'elles sont la règle de fait, il est particulièrement impérieux que l'État d'origine soit coopératif, quitte à mettre en difficulté ses entreprises. Or, il ne l'est pas toujours, loin de là. Que peuvent faire en ce cas les autorités de l'État d'accueil ? Rien ou à peu près, du moins unilatéralement. La Cour de justice les a largement désarmées, en invoquant le principe de confiance légitime, complément direct de l'obligation de coopération loyale. Les certificats, attestations et autres informations transmises par l'État d'origine lient les autorités de l'État d'accueil, leurs juridictions en particulier, tant qu'ils n'ont pas été modifiés ou retirés par celles de l'État d'origine. Peu importe que les autorités de l'État d'accueil aient des preuves claires de leur fausseté. La seule possibilité de rétorsion dont l'État d'accueil dispose est le recours en manquement¹.

Mais voilà que dans un arrêt récent, la Cour de justice a fini par accepter de moduler le refus qu'elle opposait jusque-là aux procédures sanctionnatrices conduites dans l'État d'accueil. Elle a admis que le juge de l'État d'accueil puisse constater l'existence d'une fraude commise auprès des institutions de l'État d'origine. Il y faut certes des conditions en restreignant la possibilité : que la juridiction de l'État d'accueil ait recueilli les preuves nécessaires ; que l'institution de l'État d'origine n'ait pas répondu dans un délai raisonnable aux demandes que celles d'État d'accueil lui a adressées et ait donc failli à son obligation de coopération loyale².

Les signes refondateurs lisibles dans cette évolution sont ambivalents ; et très incertains.

La Cour de justice ouvre la porte à la possibilité que le juge d'un État, l'État d'accueil, vienne acter le comportement frauduleux d'une entreprise d'un autre État, l'État d'origine, commis par cette entreprise dans ses rapports avec son autorité nationale, et vienne de surcroît sanctionner le comportement déloyal, contraire aux traités, de cette autorité nationale.

Passons sur les questions qui, sous ce jour, intéressent le droit international privé : mise à mal du « principe de l'État d'origine » conjuguée avec une mise à mal de la souveraineté de ce même État.

¹ V. sur ces questions, notam., P. Rodière, « Le droit européen du détachement des travailleurs : fraudes ou inapplicabilité ? », *Dr. soc.* 2016, p. 598 ; F. Müller, « Effectivité des droits des salariés détachés : quelle contribution à la lutte contre la concurrence sociale déloyale ? », *Dr. soc.* 2016, p. 630 ; du même auteur, « La révision des règles en matière de détachement : l'heure des choix en droit du travail et droit de la sécurité sociale », *Rev. trim. dr. eur* 2018, p. 75

²² CJUE 6 févr. 2018, *Altun*

Au regard du droit de l'Union, on peut, de façon ambivalente, se féliciter d'un rejet partiel d'une confiance mutuelle postulée contre les faits et s'inquiéter de cette nouvelle marque de désunion. On peut aussi, dans un esprit plus optimiste, voir dans cette évolution un signe avant-coureur d'un redressement. Le détachement de travailleurs connaît de lourdes dérives, recherchées par les entreprises, du pays d'origine et parfois du pays d'accueil, face auxquelles les autorités de certains pays d'origine montrent de la complaisance. Ces dérives, la Cour de justice d'un côté les a condamnées dans des formules de principe, mais de l'autre elle les a encouragées au nom des libertés d'établissement et de prestation de services, elle n'a pas laissé les autorités des États d'accueil libres de les combattre efficacement.

Peut-être les autorités de l'Union ont-elles laissé glisser leurs complaisances libérales au-delà de ce qui peut être admis. Peut-être un mouvement se dessine-t-il, propre à rééquilibrer de façon plus raisonnable les intérêts et les demandes de pays d'accueil aisés et de pays d'origine qui le sont beaucoup moins. Beaucoup de peut-être !

3. Dialogue social

L'évolution a connu deux périodes bien distinctes. Suivant un schéma bien établi, on est allé du « dur » au « mou » et d'une homogénéité européenne vers une dispersion nationale.

Une première époque fut celle d'une négociation collective européenne dure et toute européenne. Une négociation, conduite entre partenaires sociaux européens, débouche sur des accords qui prennent ensuite, à la demande conjointe des signataires, la force juridique de directives, à transposer en droit national comme tout autre directive, à appliquer uniformément comme toute autre directive.

Ensuite, on passe à une négociation collective certes européenne, mais les accords en résultant sont « transposés » par voie de négociations collective au plan national. Mais encore faudra-t-il d'abord que des accords soient conclus au niveau national. Ensuite, ces accords nationaux auront les effets juridiques que leur donne le droit national applicable : durs ou impératifs et généraux, ou ne liant qu'avec des effets relatifs, voire ne liant pas (*gentlemen's agreements*), consistant en simples codes de conduite. Il est impossible de compter sur une application impérative et uniforme de l'accord européen.

Évoquons pour finir la question du salaire minimum européen. On en parle beaucoup. C'est par voie de négociation collective et préférentiellement par une telle voie qu'il peut prendre naissance dans une norme européenne, la rémunération étant exclue des domaines dans lesquels la politique sociale peut se traduire en directives (article 153 § 5 TFUE).

Sous quelle option ?

L'option dure, sous, désormais, un contrôle d'opportunité pouvant venir de la Commission ? Celle-ci a récemment réalisé une espèce de volte-face concernant la transmission au Conseil de la demande d'exécution par directive faite par les parties à un accord européen. Elle acceptait jusque-là de présenter automatiquement une proposition de directive, sans discuter ni l'opportunité ni le fond de l'accord. Elle a révisé sa pratique

et, en 2014, a refusé de transmettre un accord-cadre au Conseil (sur la santé et la sécurité dans la coiffure), usant c'est vrai d'un pouvoir qui est sans discussion le sien, de proposer ou non l'édiction d'une directive.

Ou l'option molle, qui aurait vraisemblablement les faveurs de la Commission ? L'accord-cadre sur le travail à durée déterminée et son application avec la force juridique que lui donne l'onction d'une directive (directive 99/70 du 28 juin 1999) a soulevé nombre de remous. Il a engendré des contraintes concernant le recours au contrat à durée déterminée, dont le libéralisme de la Commission s'accommode mal. Celle-ci « bichonne » aujourd'hui le rôle des partenaires sociaux au niveau national. Mais que dire d'un salaire minimum obligatoire dans tel ou tel pays, non obligatoire dans tel autre ou ne l'étant qu'à l'égard de certains ?

Que dire d'un dialogue social, instrument d'une refondation dans des sables mouvants ?