

Droit sociaux contre austérité ? Plaidoyer pour une autre crise systémique

Antoine Bailleux

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles

Je voudrais consacrer les quelques minutes qui me sont octroyées dans cette table ronde pour réfléchir à la question des rapports entre les droits sociaux¹ fondamentaux² et les politiques d'austérité. La conception la plus intuitive, et sans doute la plus répandue de ces rapports, les situe sur un mode antagonique. Les droits sociaux y sont perçus comme des boucliers destinés à protéger les citoyens des assauts d'un capitalisme débridé. Dans cette perspective, les prétoires nationaux et internationaux apparaissent comme autant de champs de bataille opposant la gauche et la droite, le peuple et les gouvernants, les droits fondamentaux et les diktats de la finance internationale, la logique des syndicalistes et celle des banquiers. Cette approche s'accompagne généralement de certaines attentes à l'égard du droit et de ses juges. Il appartiendrait à ces derniers de veiller au respect de l'Etat de droit, de rappeler aux gouvernants leurs promesses aux gouvernés, de protéger le faible du fort.

A l'aune de cette conception des rapports entre « droits sociaux » et « droit économique et financier », force est d'observer qu'à l'exception de quelques victoires à la Pyrrhus, la « mise en procès de l'austérité » s'est largement soldée par un échec – à tout le moins devant les juridictions internationales dont les décisions sont assorties d'une force contraignante. Les droits sociaux, et les juges eux-mêmes, y apparaissent comme ayant capitulé face à la puissance du capital. L'injustice semble patente, le droit partisan, et l'on n'aperçoit point de salut en dehors d'une improbable révolution qui mettrait à bas le système actuel.

¹ Je laisse donc intentionnellement de côté la question des rapports entre les mesures d'austérité et les droits dits « économiques », qui encadrent les relations de travail.

² Je laisse donc intentionnellement de côté la question des rapports entre les mesures d'austérité et les législations visant à mettre en oeuvre, à concrétiser, ces droits fondamentaux, pour m'intéresser aux seuls conflits « bruts » entre ceux-ci et lesdites mesures.

Je voudrais soutenir l'hypothèse que cette approche agonistique des rapports entre droits sociaux et droit du marché est non seulement erronée, mais qu'elle est en outre contre-productive. Pour étayer mon propos, j'évoquerai brièvement la théorie des systèmes telle que développée par Gunther Teubner, illustre sociologue du droit allemand qui inscrit ses travaux dans le prolongement de la pensée de Niklas Luhmann³. Pour Teubner, la société est composée d'une myriade de sous-systèmes sociaux (l'économie, la science, la politique, l'information, la santé, l'art, etc.), qui se singularisent par la fonction qu'ils assurent au sein de la société et qui chacun opèrent en vase clos, selon leur propre code, leur propre « grammaire », leurs propres valeurs.

Chacun de ces sous-systèmes serait par ailleurs doté d'une constitution – tantôt émergente, tantôt explicite et élaborée – et générateur de règles juridiques (ainsi par exemple de la *lex mercatoria*, qui serait le droit propre au sous-système économique, alors que le droit public étatique serait la production juridique du sous-système politique, etc.). Toujours selon Teubner, il n'y aurait entre ces différents droits pas de communication possible et, s'il ne l'écarte pas (plus ?) formellement, la possibilité d'en départager les revendications auprès d'une instance tierce et à l'aide d'un « méta-droit » semble très hypothétique. En d'autres termes, chaque conflit entre sous-systèmes ne pourrait trouver de résolution qu'à l'intérieur même (et selon les codes) d'un des sous-systèmes en cause⁴.

Cette approche systémique semble *a priori* conforter la perspective présentée ci-dessus, nourrissant l'idée selon laquelle le procès de l'austérité mettrait aux prises deux « régimes » différents (le social, l'économie) dotés de valeurs (la solidarité, la concurrence) et d'armatures juridiques distinctes (les droits fondamentaux, et en particulier ceux de la seconde génération, d'un côté, le droit économique et bancaire de l'autre).

³ Pour mon propos, je me concentrerai sur le dernier ouvrage de G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme à l'ère de la globalisation*, trad. Fr. Isabelle Aubert, Paris, Classiques Garnier, 2016.

⁴ Je fais ici intentionnellement abstraction de l'hypothèse évoquée par Teubner d'une « coopération » entre régimes, qui me semble insuffisamment creusée pour être opératoire à ce stade.

Cette présentation des choses ne me paraît toutefois pas résister à l'analyse. C'est que, s'ils s'y opposent en surface, les droits sociaux relèvent en réalité du même sous-système que les politiques d'austérité. L'un comme l'autre empruntent au registre économique, qui – toujours selon Teubner – s'articule autour des notions de rareté et de propriété. Les procès opposant des droits de la deuxième génération aux mesures prises par les Etats en vue de rassurer les marchés et résorber leurs dettes ne s'apparentent donc pas à des conflits inter-systémiques, dont la résolution serait impossible sans faire violence à l'un des régimes en présence. Ils constituent bien plutôt des disputes intrasystémiques, qui peuvent être réglés au sein du seul système économique. On aurait donc tort d'assimiler à des « différends » ces dissensions qui expriment de simples « litiges », selon la terminologie de Lyotard⁵.

Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner la trame argumentative déployée devant et par les juridictions qui ont été appelés à se pencher sur ces litiges. Quand ils n'invoquent pas directement un droit social fondamental, les plaignants se prévalent souvent d'atteintes au droit de propriété ou au droit au respect des biens, dont la connotation économique n'échappera à personne. Cette stratégie a du reste pour effet d'assimiler leurs recours à ceux intentés par des détenteurs de capitaux que des mesures de sauvetage bancaire ont privé d'une partie de leurs actifs⁶. En réplique à ces griefs, les gouvernements ont beau jeu de justifier de telles restrictions au nom de la viabilité économique du pays et de la sauvegarde des droits sociaux des générations futures. Les arguments invoqués de part et d'autres relèvent manifestement du même registre : loin du conflit de rationalités interystémique, ils laissent apparaître une opposition somme toute très classique entre l'intérêt particulier (la diminution de ma pension de retraite m'affecte directement) et l'intérêt général (un sacrifice provisoire et sélectif est préférable à l'effondrement général du système). Armé du principe de proportionnalité, le juge n'éprouve dès lors guère de difficulté à

⁵ Lyotard explique qu'« à la différence d'un litige, un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui ne pourrait être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations. Que l'une soit légitime n'impliquerait pas que l'autre ne le soit pas. Si l'on applique cependant la même règle de jugement à l'une et à l'autre pour trancher leur différend comme si celui-ci était un litige, on cause un tort à l'une d'elles (...). Un tort résulte du fait que les règles du genre de discours selon lesquelles on juge ne sont pas celles du ou des genres de discours jugés » (J-F. LYOTARD, *Le différend*, Paris, éditions de Minuit, 1983, p. 9)

⁶ Cf. CJ, *Ledra Advertising Ltd e.a. c; Commission et BCE*, 20 septembre 2016, C-8/15 à C-10/15 P, EU:C:2016:701; Cour eur. D.H., *Mamatras et autres c. Grèce*, 21 juillet 2016 (arrêt).

trancher de tels litiges, ne consentant à faire prévaloir l'intérêt personnel sur celui de la collectivité que dans de rares situations d'injustice flagrante, de préférence constatables à l'aune de son étalon le plus sûr – le principe d'égalité et de non-discrimination.

Si l'on souscrit à cette analyse, force est alors de conclure à la profonde inadéquation entre les fins souvent avancées par les acteurs sociaux luttant contre l'austérité – mettre à bas le système, s'attaquer à la logique capitaliste, etc. – et les moyens mobilisés dans les prétoires pour y parvenir – en invoquant des droits-créances largement dépendants d'un système économique que, paradoxalement, ils contribuent à légitimer. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que les espoirs placés dans ces procès aient été si souvent déçus.

Si l'on poursuit l'analyse systémique, y a-t-il (y avait-il) des chemins alternatifs à cette voie de garage ? Est-il possible de « tourner le procès » autrement pour dévoiler la dimension proprement tragique et aporétique du combat qui s'y déploie, pour empêcher le différend de s'abîmer dans le litige, pour résister au « traitement » de la plainte par les codes du système même qu'elle entend dénoncer ?

Je crois que oui, et propose une fois encore d'emboîter le pas à Teubner.

Le sociologue allemand défend l'idée que chaque sous-système social a vocation à croître sans fin et, progressivement, à empiéter sur les autres sous-systèmes. C'est typiquement le cas du système économique, dont la logique s'étend à des secteurs traditionnellement dominés par d'autres valeurs – la science, la santé, l'art, les médias... mais aussi la politique. Teubner plaide dès lors pour que la « constitution » propre à chaque système soit dotée d'un certain nombre de droits fondamentaux visent à empêcher toute colonisation de l'un par l'autre.

Gardant ces propos à l'esprit, revenons un instant sur deux attitudes distinctes adoptées par des juridictions internationales dans les « procès de l'austérité ». Commune à la CJUE et à la CEDH, la première consiste à octroyer aux Etats membres une large marge d'appréciation dans l'évaluation de la proportionnalité

du « sacrifice social individuel » sur l'autel du bien-être collectif⁷. La démarche semble *a priori* très respectueuse de l'autonomie des sous-systèmes. Des agents du sous-système juridique – les juges – s'interdisent d'interférer dans le fonctionnement du sous-système politique en substituant leur propre appréciation à celle des acteurs habilités par ce dernier. Si l'on y regarde de plus près, cependant, on s'aperçoit que sous couvert de non-ingérence dans les affaires politiques, le sous-système juridique se rend ici complice d'une autre colonisation, celle de la politique par l'économie. On ne sait que trop, en effet, qu'en Grèce, au Portugal ou en Espagne, les mesures d'austérité ont été largement imposées aux autorités de l'Etat au moyen d'instruments (des prêts), d'une temporalité (l'urgence) et d'une logique (rassurer les marchés) qui relèvent exclusivement du registre économique.

Or, n'était-ce pas le rôle du droit, et des droits fondamentaux en particulier, d'empêcher cette mise sous tutelle de la politique par le marché ? Car en fin de compte, n'est-il pas là le vrai problème, le problème « systémique », que les procès de l'austérité entendent dénoncer, par-delà telle ou telle injustice individuelle ? Par conséquent, n'étaient-ce pas des droits politiques qu'il eût fallu opposer à la logique économique plutôt que des droits sociaux ? Ne fallait-il pas combattre l'extension du système pour ce qu'elle est plutôt que d'entrer dans son jeu en échange d'une poignée de victoires marginales qui contribuent à son hégémonie ?

Il me semble que c'est précisément en direction de cette voie alternative que pointent les décisions rendues par le Comité européen des droits sociaux le 7 décembre 2012⁸. Celui-ci condamne les autorités grecques non pas pour avoir restreint le bénéfice de certains droits sociaux, mais pour ne pas avoir pris la

⁷ Cf. p. ex. CJ, *Eugenia Florescu e.a.*, 13 juin 2017, C-258/14, EU:C:2017:448, pt. 57; Cour eur. D.H., *Valkov et autres c. Bulgarie*, 25 octobre 2011 (arrêt); Cour. eur. D.H., *Da Conceição Mateus c. Portugal* et *Santos Januario c. Portugal*, 8 octobre 2013 (décision); Cour. eur. D.H., *Koufaki et Adedy c. Grèce*, 7 mai 2013 (décision).

⁸ Cinq réclamations introduites par différents syndicats ont donné lieu, le 7 décembre 2012, à autant de décisions au contenu similaire (décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012, *IKA-ETAM c. Grèce*, réclamation n° 76/2012 ; décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012, *POPS c. Grèce*, réclamation n° 77/2012 ; décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012, *I.S.A.P. c/ Grèce*, réclamation n° 78/2012 ; décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012, *POS-DEI c. Grèce*, réclamation n° 79/2012 ; décision sur le bien-fondé du 7 décembre 2012, *ATE c. Grèce*, réclamation n° 80/2012). Sur ces décisions, cf. e.a. I. HACHEZ, « Le comité européen des droits sociaux confronté à la crise grecque : des décisions osées mais inégalement motivées », *R.D.S.*, n°3, 2014, p. 245-279.

peine de délibérer collectivement de l'opportunité sociétale globale des mesures suggérées par la Troïka⁹. En somme, ce que le Comité reproche aux décideurs grecs, c'est d'avoir failli à la mission confiée au système politique par la société¹⁰.

On l'aura compris, cette voie alternative rappelle au droit et à ses juges leur fonction « systémique ». Il ne leur revient plus uniquement d'agir au niveau micro du cas, en protégeant l'individu contre les injustice flagrantes produites par un sous-système en surchauffe – en assurant la sauvegarde des droits *humains* pour reprendre les termes de Teubner, ce que des arrêts tels que *N.K.M. c. Hongrie*¹¹ illustrent parfaitement. Il leur appartient en outre, à l'échelle macro, d'arbitrer les rapports entre sous-systèmes afin d'éviter que l'un d'entre eux se rende coupable d'un « abus de position dominante »¹² – garantissant cette fois le respect des droits *fondamentaux institutionnels*, dans la terminologie teubnerienne.

Sans doute certains estimeront-ils que c'est encore trop peu demander aux juges. Entre la censure des seules injustices les plus criantes et la préservation d'une délibération politique dont on ne sait où elle mènera, le rôle des préteurs reste marginal. Est-ce tout ce que l'on peut en attendre ? S'agissant du juge, je serais tenté de répondre par l'affirmative, sauf bien sûr lorsqu'une intervention législative préalable lui permet de resserrer son contrôle sans hypothéquer sa légitimité¹³. Mais l'on peut espérer davantage du droit et des juristes.

⁹ Cf. p. ex. *IKA-ETAM c. Grèce*, précité, pt. 79 : « Même en tenant compte du contexte particulier créé en Grèce par la crise économique et la circonstance que le Gouvernement a été contraint de décider dans l'urgence, le Comité considère de surcroît que le Gouvernement n'a pas mené le minimum d'études et d'analyses sur les effets des mesures en question, dont l'impact sur les groupes plus vulnérables de la société aurait dû être évalué de manière approfondie. Il n'a non plus discuté les études disponibles avec les organisations concernées, bien qu'elles représentent les intérêts d'un nombre significatif de catégories touchées par ces mesures. »

¹⁰ De la même manière, à l'échelon national, on ne manquera pas de souligner les perspectives qu'esquisse l'arrêt de la Cour constitutionnelle de Belgique du 18 avril 2016 concernant la loi portant assentiment du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance en Europe. La Cour semble reconnaître à tout citoyen un intérêt à agir contre des dispositions qui « affecte[raie]nt directement un aspect [essentiel] de l'Etat de droit démocratique ».

¹¹ Cour. eur. D.H., arrêt du 14 mai 2013, concernant la taxation à ... 98% d'une partie de l'indemnité de licenciement du requérant.

¹² Clin d'oeil à R. Guski qui, dans son commentaire de l'ouvrage précité de Teubner, semble suggérer l'application des règles du droit de la concurrence à la régulation entre systèmes (« Autonomy as sovereignty: On Teubner's constitutionalization of transnational function regimes », *J.Con*, 2013, vol. 11, no. 2, p. 523-536). On ne se libère pas si facilement de la rationalité économique...

¹³ Pour un exemple, cf. CJ, *Aziz*, 14 mars 2013, C-415/11, EU:C:2013:164.

D'une part, et toujours avec Teubner, force est d'observer que les sous-systèmes secrètent leur propre droit, dont le droit « officiel » – le droit positif étatique – se contente souvent de consacrer les avancées. Dès lors, plutôt que de combattre les règles sectorielles une fois consolidées dans le droit national ou international, ne gagnerait-on pas à en influencer le contenu pendant leur gestation même ? Pour le dire autrement, c'est sans doute à nous juristes qu'il revient de faire évoluer, de l'intérieur cette fois, le droit propre au système économique et financier¹⁴. Ainsi la crise bancaire a-t-elle certes fait progresser les règles prudentielles, mais l'allure est poussive et la voie cahoteuse. La grande erreur serait d'abandonner le terrain au prétexte que ce qui s'y discute ne relèverait pas « du droit » et que les enjeux y seraient plus techniques que politiques.

D'autre part, et cette fois-ci contre Teubner, il faut encore observer que le droit n'est pas qu'un sous-système opérant en vase clos, pas plus qu'il ne se réduit à une technique assurant la pérennité des autres secteurs. Il est également un discours sur le monde, dont la dimension instituante et politique ne doit pas être négligée, et dont l'une des missions consiste à traduire dans un langage commun les revendications de justice – diverses et contradictoires – portées par le corps social¹⁵. Les juristes ont bien entendu une responsabilité particulière dans ce travail constant de raccommodage entre le répertoire du droit et les attentes de justice. C'est forts de cette conviction qu'au Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques de l'Université Saint-Louis, nous réfléchissons actuellement à la façon de « traduire en justice » les aspirations grandissantes à l'émergence d'une société dans laquelle la prospérité ne serait pas indexée à la seule croissance économique. Et il nous paraît qu'une manière de se saisir de ces attentes en juristes consiste à y déceler la revendication d'un droit fondamental originaire, qui infuse tout notre ordre juridique – celui de mener une vie digne d'être vécue, sous le double signe de l'autonomie et de la vulnérabilité. Ce n'est pas le lieu de déployer cette idée et les conséquences que l'on en tire sur le plan du droit positif. Qu'il me soit simplement permis de souligner, par cet exemple,

¹⁴ En ce sens, cf. L. AMORELLO, A. GURREA MARTINEZ, *The Responsibility of Legal Scholars in the Italian Banking Crisis*, *Diritto Bancario*, disponible à l'adresse: <http://www.dirittobancario.it/approfondimenti/crisi-bancarie/responsibility-legal-scholars-italian-banking-crisis>.

¹⁵ Sur ce point, cf. F. OST, *A quoi sert le droit? Usage, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, spéc. p. 355 et 414, spéc. p. 382-385 pour une discussion des thèses luhmanniennes.

la capacité du droit à irriguer et influencer l'imaginaire collectif, d'abord discrètement, dans le silence des écrits doctrinaux, avant peut-être qu'un jour, la lente maturation des esprits ne se cristallise dans la lumière tragique d'un procès *véritablement* inter-systémique.