

COLLECTION

DU CENTRE DES DROITS DE L'HOMME
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

dirigée par

Jean-Yves CARLIER, Olivier DE SCHUTTER et Marc VERDUSSEN

Volume 7

The European Social Charter:
a Social Constitution
for Europe
La Charte sociale européenne :
une constitution sociale
pour l'Europe

Coord.

Olivier DE SCHUTTER

EXTRAIT

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 1 0

CHAPITRE 5

LE RÔLE DE LA CHARTE SOCIALE EUROPÉENNE DANS LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

PAR

OLIVIER DE SCHUTTER (1)

Cette étude s'interroge sur la place de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe dans la construction de la Communauté européenne. Elle retrace d'abord les étapes du développement de l'Europe sociale dans le cadre du Traité de Rome et de ses modifications successives, en rappelant, à chaque étape, le rôle qu'a joué la Charte sociale européenne, ou bien la relative indifférence qu'elle a subie. Quatre étapes sont examinées : celle qui va du Traité de Rome de 1957 au premier programme d'action sociale adopté en 1974 (I.); celle qui amène au programme visant à l'achèvement du marché intérieur, lancé par l'Acte unique européen de 1986 (II.); celle qui conduit de l'Acte unique au Traité d'Amsterdam de 1997 (III.); enfin, l'étape dans laquelle l'on se trouve encore actuellement, à la suite de l'échec du processus d'adoption du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (IV.). Adoptée en 1961, la Charte sociale européenne n'a jamais constitué le principal instrument de référence du développement de l'Europe sociale communautaire. Les références qui y sont faites sont sélectives; et la Communauté européenne a longtemps hésité – elle hésite encore aujourd'hui – à lui accorder la place centrale qui lui revient, comme principal instrument européen en matière de droits sociaux fondamentaux. Mais l'étude souligne les motifs pour lesquels une meilleure prise en compte de la Charte sociale européenne, à l'avenir, paraît s'imposer. Elle conclut sur la nécessité d'améliorer l'équilibre entre l'économique et le social dans la construction de la Com-

(1) Professeur à l'Université de Louvain (Belgique) et au Collège d'Europe; Rapporteur spécial des Nations Unies sur le droit à l'alimentation.

munauté européenne (V.1.); et elle identifie en quoi le fait de tenir compte davantage de la Charte sociale européenne dans le développement des législations et des politiques de la Communauté européenne, pourrait y contribuer (V.2.).

Envisagée dans sa dimension historique, la construction de la dimension sociale de la Communauté européenne répond à trois caractéristiques principales. Premièrement, plutôt qu'un objectif en elle-même, l'Europe sociale a longtemps constitué une mesure d'accompagnement de l'intégration économique entre les Etats membres de la Communauté, puis de l'Union européenne. Deuxièmement, elle s'est progressivement développée par le recours à une diversité de méthodes juridiques, faisant intervenir une large gamme d'acteurs. Elle est aujourd'hui le résultat, d'abord, de certaines dispositions du Traité de Rome, de mesures législatives, et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Mais elle résulte aussi de l'adoption de déclarations politiques sans valeur juridique contraignante – telles que la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000 –, du dialogue social européen, et de la coordination « ouverte » entre les Etats membres dans les domaines de l'emploi et de la lutte contre l'exclusion sociale. Troisièmement enfin, la dimension sociale de la Communauté européenne s'est largement construite en parallèle à la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, plutôt qu'à partir de cet instrument, bien que celui-ci constitue la principale source normative des droits sociaux fondamentaux sur le continent européen.

Il n'est pas aisé, dans ces conditions, de proposer un diagnostic d'ensemble. Pourtant il est possible de mettre à jours les différentes phases historiques qui se sont succédées dans l'édification d'une dimension sociale de la Communauté européenne, et de mettre à jour la logique qui noue ces phases entre elles, ainsi que la place qu'a occupée, dans les débats ayant précédé chacune de ces phases, la référence à la Charte sociale européenne. C'est à cette condition que l'on peut tenter de porter une appréciation sur le défi qu'affronte à présent la dimension sociale du marché intérieur, et sur l'importance que présente, dans ce contexte, une référence plus explicite à cet instrument.

I. – Les débuts (1957-1974) : le marché commun

Le rapport préparé en 1956 par un groupe d'experts dirigé par Bertil Ohlin de 1956 posait déjà parfaitement la question (2). La création par un petit groupe de six Etats d'une organisation vouée à l'intégration économique aurait-elle un impact sur la protection des droits sociaux au sein de ces Etats, et si oui, cela appelait-il des mesures compensatoires? La réponse à cette question était à l'époque largement optimiste. L'existence d'une concurrence internationale au sein d'un marché commun, assuraient les experts de l'OIT, ne ferait pas obstacle à l'élévation progressive des niveaux de vie, en lien avec l'amélioration de la productivité qui devrait résulter d'une allocation plus efficiente des ressources par la libre circulation des facteurs de production. Il ne serait donc ni nécessaire, ni recommandé, d'attribuer à la future Communauté économique européenne une compétence en matière sociale : l'amélioration des conditions de vie et de travail résulterait automatiquement des gains de productivité au sein de chaque Etat, sous la pression notamment des organisations syndicales; et il serait artificiel, donc peu souhaitable, d'instaurer un niveau uniforme de protection des droits sociaux dans l'ensemble de la Communauté, compte tenu des différences de productivité des travailleurs de chaque Etat. A cette conclusion générale – manifestement empreinte du modèle de Heckscher-Ohlin, que la théorie économique a depuis largement nuancé (3) –, les auteurs apportaient deux exceptions. Ils notaient le risque de distorsions de concurrence pouvant résulter d'une protection insuffisante, dans certains Etats, de l'égalité de rémunérations entre les hommes et les femmes pour un même travail, qui pourraient leur donner un avantage comparatif illicite dans les secteurs industriels à forte proportion de main-d'œuvre féminine. La même remarque s'imposait en ce qui concerne la fixation de la durée hebdomadaire du travail et les congés payés : selon les

(2) Bureau international du travail, *Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts, Studies and Reports, New Series, No. 46* (1956).

(3) En 1933, B. OHLIN publie son ouvrage majeur, *Interregional and International Trade*, qui lui vaudra un Prix Nobel d'économie partagé en 1977 avec J. Meade. Ohlin bâtit dans cet ouvrage sur les travaux de Heckscher, et conduit à ce que la théorie du commerce international appellera le modèle Heckscher-Ohlin. Cette théorie, d'inspiration ricardienne, aboutit à la conclusion que chaque pays se spécialisera à travers l'échange international dans les productions pour lesquels il dispose des meilleurs avantages comparatifs.

auteurs, l'organisation insuffisante des travailleurs dans certains Etats pourrait entraîner une protection moindre des travailleurs dans ces Etats, au détriment d'une saine concurrence. Pour autant, le rapport Ohlin ne préconisait pas nécessairement une codification de ces garanties au sein de la Communauté économique européenne : le même résultat pourrait être obtenu, soulignaient-ils, par l'adhésion des Etats membres aux mêmes instruments internationaux relatifs à ces matières, négociés au sein de l'OIT ou du Conseil de l'Europe – le premier projet du texte qui allait devenir en 1961 la Charte sociale européenne était alors déjà connu –. Ainsi, la conclusion des experts réunis autour de Bertil Ohlin était qu'il n'était pas nécessaire d'investir la future Communauté économique européenne de compétences en matière sociale : dans la mesure où tous les Etats membres sont liés par les mêmes engagements internationaux en matière de droits sociaux fondamentaux, il ne conviendrait pas que, sous prétexte d'éviter le risque de dérégulations compétitives, l'on instaure pour les Etats membres de la CEE un « socle minimum » de droits ; cette précaution est à la fois inutile, en raison de ces engagements internationaux, et dangereuse, compte tenu de la nécessité de pouvoir aligner la protection sociale sur les gains de productivité que permettrait la spécialisation des industries nationales. Le rapport Ohlin met donc de côté l'Europe sociale. Mais il le fait au nom d'une division des tâches entre – d'un côté – la Communauté économique européenne, et – de l'autre – l'Organisation internationale du travail et le Conseil de l'Europe, en partant du postulat que les Etats membres de la CEE seront liés par les mêmes instruments conclu au sein de ces organisations.

On sait l'influence considérable qu'a exercée le rapport Ohlin sur le rapport Spaak soumis à la conférence intergouvernementale de Messine, et de là sur le Traité de Rome du 25 mars 1957 (4). Celui-ci ne comprend aucun catalogue de droits sociaux. Il n'investit la Communauté européenne d'aucune compétence législative en la matière : tout au plus l'article 118 CEE prévoit-il que « la Commis-

(4) Catherine BARNARD, « The Economic Objectives of Article 119 », in Tamara HERVEY et David O'KEEFE (éd.), *Sex Equality Law in the European Union*, Chichester, Wiley, 1996, pp. 321-334 ; Paul DAVIES, « The Emergence of European Labour Law », in W. MCCARTHY (éd.), *Legal Intervention in Industrial Relations : Gains and Losses*, 1993, pp. 313-359 ; Simon DEAKIN, « Labour Law as Market Regulation : the Economic Foundations of European Social Policy », in Paul DAVIES, Antoine LYON-CAEN, Silvana SCLARRA, and Spiros SMITIS (éd.), *European Community Labour Law : Principles and Perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 62-93.

sion a pour mission de promouvoir une collaboration étroite entre les Etats membres dans le domaine social», notamment en matière d'emploi, de droit du travail et de conditions de travail, de formation professionnelle, de sécurité sociale, de santé et de sécurité au travail, ainsi qu'en matière de droit syndical et de négociations collectives entre employeurs et travailleurs. La même disposition prévoit qu'à cet effet, « la Commission agit en contact étroit avec les Etats membres, par des études, des avis et par l'organisation de consultations, tant pour les problèmes qui se posent sur le plan national que pour ceux qui intéressent les organisations internationales ». Cependant, le Traité de Rome contient une clause relative à l'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes pour un même travail – à l'article 119 CEE (devenu, après modification, l'article 141 CE) –, et une disposition portant sur les régimes des congés payés – figurant à l'article 120 CEE (devenu l'article 142 CE) –. En outre, le Fonds social européen est créé, avec pour mission d'améliorer les possibilités d'emploi dans le marché commun en encourageant la mobilité professionnelle et géographique que des travailleurs et de « contribuer ainsi au relèvement du niveau de vie » (article 123 CEE). Enfin, l'article 51 CEE (devenu après modification l'article 42 CE) prévoit que des mesures seront adoptées en vue de garantir aux travailleurs migrants et à leurs ayants droit la totalisation de toutes les périodes prises en considération par les différentes législations nationales pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations sociales ainsi que pour le calcul de celles-ci, ainsi que le paiement des prestations aux personnes résidant sur les territoires des Etats membres. C'est sur la base de cette dernière disposition que sera adopté un premier règlement dès 1958 (5), avant que les règlements successifs pris intervenus entretiens se trouvent refondus dans le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (6), qui constitue encore

(5) Règlement n° 3 du Conseil concernant la sécurité sociale des travailleurs migrants, JO n° 3 du 16 décembre 1958, p. 561/58.

(6) JO L 149 du 5 juillet 1971, p. 2. Ce règlement a été modifié à de nombreuses reprises, et en dernier lieu par le Règlement (CE) n° 647/2005 du Parlement européen et du Conseil du 13 avril 2005 modifiant le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, et le règlement (CEE) n° 574/72 du Conseil fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71, JO L 117 du 4 mai 2005, p. 1.

aujourd'hui, malgré les nombreuses modifications qu'il a subies, le cadre législatif applicable. Mais l'article 51 CEE et les règlements qui l'ont mis en oeuvre, décisifs afin de garantir l'effectivité de la libre circulation des travailleurs en évitant qu'ils se trouvent pénalisés par la diversité des législations nationales en matière de sécurité sociale, ne vise aucunement à rapprocher ces législations : au contraire, le règlement n° 1408/71 en organise la diversité (7).

La dette considérable des rédacteurs du Traité de Rome à l'égard de la philosophie du rapport Ohlin se manifeste par la subordination des objectifs sociaux de la construction européenne à la construction du marché commun : tandis que la suppression des entraves au marché commun constitue l'instrument, les avancées sociales apparaissent comme son produit dérivé. L'article 2 du traité CEE (devenu, après modification, art. 2 CE) prévoit ainsi que « la Communauté a pour mission, par l'établissement du marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres (...), un relèvement accéléré du niveau de vie ». L'article 117 du traité CEE (devenu, après modification, art. 136 CE) indique, dans le même sens, que « les Etats membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'oeuvre permettant leur égalisation dans le progrès »; l'alinéa 2 précise qu'une telle évolution « résultera tant du fonctionnement du marché commun (...) que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives » (8). Le caractère essentiellement programmatique de ces dispositions sociales du Traité de Rome originel – au sens où ces dispositions n'imposent pas aux Etats membres une obligation juridique de coopérer aux fins de réaliser les objectifs sociaux que le traité leur fixe – a été affirmé par la Cour de justice des Communautés européennes dans plusieurs décisions où elle juge, « en ce qui concerne plus particulière-

(7) Il ne sera donc pas question, dans ce qui suit, de la sécurité sociale des travailleurs migrants.

(8) Dans l'article 136 CE, a été intercalé un alinéa faisant référence, en outre à la « nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de la Communauté ». Des modifications ont en outre été apportées à certaines formulations de l'article 117 du traité CE, mais le principe selon lequel les Etats membres (à présent : la Communauté et les Etats membres) estiment que l'amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès « résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives », demeure posé.

rement la promotion d'un relèvement accéléré du niveau de vie, (...) qu'il s'agit d'un objectif inspirateur de la création de la Communauté économique européenne qui, de par sa généralité et par son rattachement systématique à l'établissement du marché commun et au rapprochement progressif des politiques économiques, ne saurait avoir pour effet de créer des obligations juridiques à la charge des Etats membres ni des droits au profit de particuliers » (9). Ainsi dans l'arrêt *Sloman Neptun* du 17 mars 1993 (10), la Cour de justice était confrontée à une législation allemande à laquelle il était reproché de ne pas interdire l'embauche de marins de nationalité étrangère – il s'agissait en l'espèce de cinq marins philippins – désavantagés par le versement d'un bas salaire (situé à un niveau d'environ 20 % du salaire des marins allemands) et bénéficiant en général de conditions de travail défavorables. La Cour de justice était invitée par un comité d'entreprise à constater que pareille législation est incompatible avec le droit communautaire, soit parce qu'elle constituerait une aide d'Etat prohibée, soit parce qu'elle violerait l'article 117 du traité CEE. Elle écarte cependant la thèse que cette dernière disposition contraindrait les Etats membres à « surveiller l'afflux de la main-d'oeuvre de pays tiers, afin d'éviter un 'dumping salarial' et d'autres perturbations du marché du travail, et, d'autre part, adopter des mesures permettant à cette main-d'oeuvre de participer au progrès social, lorsqu'elle est employée dans la Communauté ». Elle affirme au contraire le caractère « essentiellement programmatique » de l'article 117 du traité CEE : « Cet article ne vise que des objectifs sociaux dont la mise en oeuvre doit être le résultat de l'action de la Communauté, de la collaboration étroite entre les Etats membres et du fonctionnement du marché commun » (point 25).

Il faut prendre la mesure de ce que ceci signifie. Si les Etats membres sont bien tenus au respect des règles relatives à l'établissement d'un marché intérieur, qui constitue dans la hiérarchie des objectifs que le traité de Rome assigne à la Communauté européenne l'*instrument de réalisation* d'objectifs plus vastes tels que, notamment, celui d'un « relèvement accéléré du niveau de vie » (l'article 2 du

(9) C.J.C.E., 29 septembre 1987, *F. R. Giménez Zaera*, 136/86, *Rec.*, p. 3897, pt 11. Voy. déjà C.J.C.E., 15 juin 1978, *Defrenne* (n° 2), 149/77, *Rec.*, p. 1365, pts 19 et 31; C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus GmbH*, 170/84, *Rec.*, p. 1607; et, cette fois dans le cadre du traité CECA qui contient la définition d'objectifs semblables, C.J.C.E., 10 mai 1960, *Barbara Erzbergbau e.a.*, aff. jtes 3 à 18, 25 et 26/58, *Rec.*, p. 367.

(10) C.J.C.E., 17 mars 1993, *Sloman Neptun*, C-72/91, *Rec.*, p. I-887.

traité CE évoque aujourd'hui le « relèvement du niveau et de la qualité de la vie », ils ne sont néanmoins pas tenus de prendre des mesures qui contribuent directement à cet objectif, et il ne leur est pas même interdit de prendre des mesures qui, pourtant, semblent aller à rebours de leur réalisation. Que l'établissement d'un marché intérieur ne constitue pas une fin en soi dans le traité de Rome, mais soit plutôt un moyen par lequel atteindre certaines fins sociales, cela n'implique donc pas selon la Cour que les Etats membres devraient contribuer à ces fins, dans l'exercice qu'ils font des compétences qui demeurent entre leurs mains (11).

Ce cadre demeurera essentiellement inchangé pendant les vingt premières années de la construction de l'Europe communautaire. Entre-temps, la Charte sociale européenne voit la jour. Entamées en 1955, les négociations débouchent sur la signature de la Charte le 18 octobre 1961. En 1965, le nombre de cinq ratifications ayant été atteint, elle entre en vigueur. Parmi les premiers Etats parties, figurent l'Allemagne et l'Italie, deux Etats fondateurs de la Communauté économique européenne. Mais il faudra attendre 1973 pour que la France adhère à la Charte sociale européenne, et 1980 pour qu'elle soit rejointe par les Pays-Bas; il faudra même patienter jusqu'en 1990 et 1991 respectivement, pour que la Charte entre en vigueur à l'égard de la Belgique et du Grand-duché du Luxembourg. Non seulement l'uniformité des engagements internationaux des Etats membres de la Communauté en matière de droits sociaux fondamentaux a été rompue : contrairement aux prévisions optimistes du groupe Ohlin, elle n'a jamais vraiment existé. Or, ceci est encore aggravé par la circonstance que, lors des élargissements successifs de la Communauté économique européenne, la ratification de la Charte sociale européenne ne figure pas parmi les conditions d'adhésion : si le Royaume-Uni, le Danemark et l'Irlande sont tous trois parties à la Charte sociale européenne, depuis le début des années 1960, lorsqu'ils rejoignent la Communauté, tel n'est pas le cas de la Grèce (qui ne devient partie à la Charte sociale européenne qu'en 1984), ni du Portugal (qui adhère en 1991, alors qu'il est membre de la Communauté depuis 1986). Dans l'intervalle cepen-

(11) C.A. BALI, « The Making of a Transnational Capitalist Society: The Court of Justice, Social Policy, and Individual Rights Under the European Community's Legal Order », *Horn. Int. L. J.*, vol. 37, 1996, p. 307; G. MAJONE, « The European Community Between Social Policy and Social Regulation », *J. Common Market Stud.*, vol. 31, 1993, p. 153.

dant, la crise économique est apparue. L'Europe sociale communautaire est née de la nécessité d'y réagir.

II. – La deuxième phase (1974-1985) : l'émergence d'une dimension sociale de la Communauté

Il fallut attendre seize ans après l'entrée en vigueur du Traité de Rome pour que s'ouvre une nouvelle phase, avec l'adoption en janvier 1974 d'un programme d'action sociale, figurant dans une résolution du Conseil (12). En même temps que la Communauté européenne s'était élargie à trois nouveaux Etats membres, les gouvernements affichaient la volonté de favoriser une harmonisation sociale avec les instruments, certes encore maigres, que le Traité CEE mettait à leur disposition. La crise liée à l'augmentation brutale du prix du pétrole commençait de faire sentir ses effets : un sentiment d'urgence dominait. L'article 100 CEE (devenu, après modification, l'article 94 CE) prévoyait la possibilité pour le Conseil, statuant à l'unanimité, d'adopter des directives assurant le rapprochement des législations nationales ayant une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun. L'article 235 CEE (devenu, après modification, l'article 308 CE) prévoyait en outre que si une action de la Communauté « apparaît nécessaire pour réaliser, dans le fonctionnement du marché commun, l'un des objets de la Communauté, sans que le présent Traité ait prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet », le Conseil pouvait, sur proposition de la Commission, exercer des pouvoirs implicites. La Commission était encouragée par le Conseil à prendre appui sur ces dispositions afin de progresser vers la réalisation des objectifs sociaux du Traité de Rome. La nécessité d'agir au plan communautaire est apparue d'autant plus vive que, parallèlement, la Cour de justice en arrivait à considérer qu'étaient susceptibles de constituer des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à l'importation, interdites en vertu de l'article 30 CEE, toutes les réglementations commerciales susceptibles d'entraîner directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement,

(12) Résolution du 21 janvier 1974 concernant un programme d'action sociale, JO 1974, C 13, p. 1.

le commerce intracommunautaire (13). Cette jurisprudence annonçait l'accélération de l'intégration «négative» au sein de la Communauté, par l'abolition progressive de toutes les barrières aux échanges, directes ou indirectes (14); et elle amenait la Cour à évaluer la compatibilité avec les exigences de la libre circulation des marchandises d'un ensemble de législations nationales dont le but était, directement ou non, la protection de certains droits sociaux (15). Une intégration «positive» plus poussée au niveau communautaire s'imposait. L'harmonisation sociale était lancée.

Les directives adoptées au cours de la période 1975-1986, c'est-à-dire entre l'adoption du programme d'action sociale et l'Acte unique européen, se présentent largement comme des mesures visant à limiter les impacts sociaux de la crise économique, et de la transformation du tissu industriel que cette crise venait d'accélérer brutalement (16). Des exemples caractéristiques en sont la directive 75/129/CEE du Conseil du 17 février 1975 concernant la directive 75/129/CEE du Conseil du 17 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (17), la directive 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (18), ou la directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations

(13) C.J.C.E., 11 juillet 1974, *Dassonville*, 8/74, *Rec.*, p. 837, pt 5.

(14) Il semble que la terminologie distinguant entre l'intégration «négative», par l'abolition des barrières aux échanges, et l'intégration «positive», par l'harmonisation et le rapprochement des législations nationales, ait été introduite par Jan Tinbergen, *International Economic Integration*, 2^{ème} éd., Amsterdam, Elsevier, 1965.

(15) Miguel Poiares Maduro, «Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU», in : Ph. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford Univ. Press, 1999, p. 449, loc. pp. 453-455; Miguel Poiares Maduro, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publ., Oxford, 1998.

(16) Jeff Kenner, *EU Employment Law : From Rome to Amsterdam and Beyond*, Oxford, Hart, 2003, p. 27.

(17) JO L 48 du 22 février 1975, p. 29. Directive à présent modifiée par la directive 92/56/CEE (JO L 245 du 26 août 1992, p. 3), et recodifiée par la Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JO n° L 225 du 12 août 1998, p. 16).

(18) JO L 61 du 5 mars 1977, p. 26. Cette directive a été modifiée par la suite (Directive 77/187/CEE du Conseil (JO L 61 du 5 mars 1977, p. 26); Directive 98/50/CE du Conseil (JO L 201 du 17 juillet 1998, p. 88)), et a fait plus récemment l'objet d'une codification : Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements (JO n° L 082 du 22 mars 2001, p. 16).

des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (19). Ces directives ne visent à réaliser qu'une harmonisation partielle de la protection des travailleurs dans les États membres de la Communauté : ainsi que l'exprime le Préambule de la directive 80/987/CEE, il s'agit non pas d'éliminer les différences entre les États membres, mais «de tendre à réduire ces différences qui peuvent avoir une incidence directe sur le fonctionnement du Marché commun»; en outre, il s'agit de directives qui imposent des prescriptions minimales, qui déclareraient explicitement ne pas porter atteinte à la faculté des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions plus favorables aux travailleurs salariés. Ces caractéristiques sont dictées, sans doute, par le recours à l'article 100 CEE comme base juridique : au départ, compte tenu des compétences limitées de la Communauté européenne en matière sociale, le droit social européen ne peut être qu'un droit d'accompagnement du marché intérieur, et visant à en atténuer les impacts sociaux négatifs. Mais ce qui plus fondamentalement s'exprime ici, c'est l'idée que le droit social européen – puisqu'il émerge – doit être conçu sur le mode négatif, plutôt que positif : il limite les effets des restructurations que la création du marché intérieur amène, sans révéler encore l'ambition d'orienter la Communauté vers un modèle social européen déterminé.

Même les progrès spectaculaires effectués, à la même époque, dans le domaine de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, continuent d'obéir essentiellement à une logique où les droits sociaux se présentent comme un instrument au service du marché intérieur, alors que le traité lui-même présente le projet de marché commun comme visant au relèvement accéléré du niveau de vie et à l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre. Pourtant c'est dans ce domaine que les rapports vont peu à peu s'équilibrer entre les objectifs économiques et les objectifs sociaux de la Communauté. Lorsque, dans son second arrêt *Defrenne* de 1976, la Cour de justice affirme l'effet direct de l'article 119 CEE – manière sans doute de compenser les lenteurs de la transposition de la directive adoptée l'année précédente sur la

(19) JO n° L 283 du 28 octobre 1980, p. 23. Ce texte a été modifié depuis par la Directive 2002/74/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 (JO n° L 270 du 8 octobre 2002, p. 10).

même question (20) —, elle le fait d'abord au nom de la nécessité d'éviter des distorsions de concurrence, fidèle en cela à ce qui avait au départ expliqué l'insertion dans le traité de cette disposition : « compte tenu de la différence du degré d'évolution des législations sociales dans les différents Etats membres, l'article 119 a pour fonction d'éviter que, dans la compétition intracommunautaire, les entreprises établies dans des Etats qui ont effectivement réalisé le principe de l'égalité de rémunération, ne subissent un désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises situées dans des Etats qui n'ont pas encore éliminé la discrimination salariale au détriment de la main-d'œuvre féminine » (21). En même temps, la Cour relève que, « d'autre part, cette disposition relève des objectifs sociaux de la Communauté, celle-ci ne se limitant pas à une union économique, mais devant assurer en même temps, par une action commune, les progrès et poursuivre l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi des peuples européens » (point 10), de manière telle que, « de cette double finalité, économique et sociale, il résulte que le principe d'égalité de rémunération fait partie des fondements de la Communauté » (point 12). La Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (22), avait déjà ouvert la brèche quelques semaines seulement plus tôt (23) : cette directive fonde le recours à la clause relative aux pouvoirs implicites (l'article 235 CEE, devenu article 308 CE), qui lui fournit sa base juridique, sur l'idée que « l'égalité de traitement entre les travailleurs masculins et féminins constitue un des objets de la Communauté, dans la mesure où il s'agit notamment de promouvoir l'égalisation dans le progrès des conditions de vie et de travail de la main-d'oeuvre ».

(20) Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (JO L 45, p. 19).

(21) C.J.C.E., 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena*, 43/75, *Rec.* p. 455 (point 9).

(22) JO L 39, p. 40. Cette directive a été modifiée par la Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 (JO n° L 269 du 5 octobre 2002, p. 15).

(23) Dans le prolongement de la Directive 76/207/CEE, sera adoptée la Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en oeuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (JO n° L 6 du 10 janvier 1979, p. 24), également sur la base juridique de l'article 235 CEE.

Ainsi, par touches successives, les objectifs sociaux du traité en arrivent à être situés sur le même plan que ses objectifs liés à l'intégration économique : dans l'arrêt *Schröder* du 10 février 2000, tirant les conséquences de la reconnaissance du droit de ne pas être discriminé en raison de son sexe parmi les droits fondamentaux de la personne humaine, dont la Cour est tenue d'assurer le respect (24), la Cour en viendra à considérer que « la finalité économique poursuivie par l'article 119 du traité et consistant en l'élimination des distorsions de concurrence entre les entreprises établies dans différents Etats membres revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine » (25). Cet arrêt illustre bien comment la progressive renégociation, à la fin des années 1970, de l'équilibre entre les objectifs économiques et les objectifs sociaux du Traité de Rome, a été encouragée et rendue possible par la prise en compte, dans la jurisprudence de la Cour, des droits fondamentaux, reconnus en tant que principes généraux du droit communautaire afin de rencontrer les craintes émises par certaines juridictions constitutionnelles nationales que l'affirmation de la primauté du droit communautaire, acquise dès 1964, risquait de porter atteinte aux droits de l'homme figurant dans les constitutions nationales des Etats membres.

Parallèlement à la renégociation dont il vient d'être question, l'action de la Communauté se déploie dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail. En 1975, reposant toujours sur la clause du Traité CEE relative aux pouvoirs implicites, le Conseil crée la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (26). La mission de la fondation, qui est assistée dans ses tâches par un comité d'experts, est de « contribuer à la conception et à l'établissement de meilleures conditions de vie et de travail par une action visant à développer et à diffuser les connaissances propres à aider cette évolution » (27) : il s'agit en fait de fournir à la

(24) C.J.C.E., 15 juin 1978, *Defrenne III*, 149/77, *Rec.*, p. 1365, points 26 et 27; C.J.C.E., 20 mars 1984, *Razzouk et Beydoun c. Commission*, 75/82 et 117/82, *Rec.*, p. 1509, point 16, et du 30 avril 1996, *P. c. S.*, C-13/94, *Rec.*, p. I-2143, point 19.

(25) C.J.C.E., 10 février 2000, *Schröder*, C-50/96, *Rec.*, p. I-743, point 57.

(26) Règlement (CEE) n° 1365/75 du Conseil, du 26 mai 1975, concernant la création d'une Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (JO n° L 139 du 30 mai 1975, p. 1).

(27) Art. 2 § 1^{er} du Règlement (CEE) n° 1365/75 du Conseil, précité.

Communauté un instrument lui permettant de bénéficier d'analyses, d'études et de réflexions permettant une approche scientifique systématique des problèmes que pose l'amélioration des conditions de vie et de travail. En 1978 et en 1984, sont adoptés les premiers programmes d'action en matière de santé et de sécurité. La première directive cadre en matière de santé et de sécurité au travail est adoptée en 1980; elle concerne la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à des agents chimiques, physiques et biologiques pendant le travail (28). Plusieurs directives «particulières», dites «directives soeurs», viendront la compléter (29).

Deux soucis paraissent expliquer ces avancées. Premièrement, il s'agit de définir, à l'échelle communautaire, certains seuils minima de protection des conditions de travail, afin d'éviter que les Etats membres soient dissuadés de garantir cette protection à un niveau élevé, par crainte de porter atteinte à la compétitivité des entreprises situées sur leur territoire. Deuxièmement, il s'agit d'identifier les solutions les plus adéquates à des problèmes de nature scientifique, qui appellent à la fois une expertise forte et une comparaison des solutions qui ont été définies au plan de chaque Etat. Ceci justifie que les questions relatives à la santé et la sécurité au travail soient résolues au plan communautaire, plutôt qu'au niveau de chaque Etat: plus l'expertise requise est spécialisée, plus les études à effectuer, par exemple sur le danger que peut représenter la présence de certaines substances chimiques dans l'environnement de travail, exigent des ressources importantes, et plus le fait de confier de telles études à une agence européenne telle que la Fondation de Dublin représente des économies d'échelle pour l'ensemble des Etats.

La Charte sociale européenne ne figure pas parmi les instruments de référence au départ desquels ces instruments sont élaborés. Bien que citée parfois à l'appui de recommandations que la Commission adresse aux Etats, de manière à contribuer à la mise en oeuvre uni-

(28) Directive 80/1107/CEE du Conseil, du 27 novembre 1980, concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à des agents chimiques, physiques et biologiques pendant le travail (JO n° L 327 du 3 décembre 1980, p. 8).

(29) Par exemple, en ce qui concerne l'exposition à l'amiante: Directive 83/477/CEE du Conseil du 19 septembre 1983 concernant la protection des travailleurs contre les risques liés à une exposition à l'amiant pendant le travail (deuxième directive particulière au sens de l'article 8 de la directive 80/1107/CEE) (JO n° L 263 du 24 septembre 1983, p. 25), amendée ensuite par la Directive 91/382/CEE du Conseil du 25 juin 1991 (JO n° L 206 du 29 juillet 1991, p. 16).

forme du droit communautaire dans les Etats membres (30), la Charte semble par contre peu ou prou ignorée des Etats membres, réunis au sein du Conseil, qui adoptent les instruments précités.

III. - La troisième phase (1985-1997): de l'Acte unique européen au Traité d'Amsterdam

1. - L'intégration 'négative' par l'élimination des barrières aux échanges

Une nouvelle phase de l'Europe sociale communautaire s'ouvre en 1985-1986. Après celle de la Grèce en 1981, l'arrivée en 1986 de l'Espagne et du Portugal dans la Communauté pose la question de la coexistence, au sein d'un espace économique unique, de pays aux niveaux de vie à l'époque encore très éloignés. La crainte d'un «dumping social» se fait jour (31). La nécessité de faciliter le rappro-

(30) Un exemple typique est la Recommandation de la Commission, du 7 juillet 1965, aux Etats membres concernant le logement des travailleurs et de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, JO 137 du 27 juillet 1965, p. 2293. Dans cette recommandation, la Commission relève que, bien que l'article 10 du règlement du Conseil n° 38/64/CEE du 25 mars 1964 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté impose le principe de l'égalité de traitement entre travailleurs nationaux et travailleurs ressortissant d'un autre Etat membre, notamment pour tout ce qui concerne l'accès au logement, des difficultés peuvent surgir dans la mise en oeuvre de ce règlement compte tenu des comportements des autorités administratives. Elle ajoute cependant (au para. 9 de la recommandation) que «sur le plan international le problème du logement des travailleurs migrants a déjà fait l'objet de divers instruments, tels que [...] la Charte sociale européenne: dans son article 19 relatif aux droits des travailleurs migrants et de leur famille à la protection et à l'assistance, les parties contractantes s'engagent, entre autres, à garantir à ces travailleurs [...] le logement...». La Commission a invité les Etats membres à ratifier cette Charte qui est entrée en vigueur le 26 février 1965. De même, la Commission dit qu'elle «s'est également inspirée de la Charte sociale européenne, notamment en ce qui concerne la reconnaissance du droit, pour toute personne, de bénéficier de services sociaux qualifiés, et pour les migrants et leurs familles, du droit à la protection et à l'assistance», afin de préparer sa Recommandation aux Etats membres concernant l'activité des services sociaux à l'égard des travailleurs se déplaçant dans la Communauté (JO 75 du 16 août 1962, p. 2118). De même encore, la référence à la Charte sociale européenne dans la Recommandation (66/484/CEE) de la Commission aux Etats membres tendant à développer l'orientation professionnelle, du 18 juillet 1966 (JO 154 du 24 août 1966, p. 2815), paraît de nature à renforcer la légitimité de cette recommandation, dès lors qu'elle se présente comme fondée sur des instruments de l'O.I.T. ainsi que sur la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe.

(31) Cette notion est en réalité d'une définition beaucoup plus complexe que ce que paraît suggérer l'usage spontané dont elle fait l'objet. Le *Livre vert sur la politique sociale européenne* de 1993 définit le «dumping social» comme l'avantage compétitif déloyal au sein de la Communauté grâce à des normes sociales inacceptables (Commission des Communautés européennes 1993: p. 7). Voy également le *Livre blanc sur la politique sociale*, COM (94)333 final, 27 juillet 1994, para. 19 (qui préconise ainsi un cadre minimum de standards communs en matière sociale comme rempart à la tentation de la dérégulation compétitive en matière sociale) et la Résolution du Conseil du 6 décembre 1994 sur certains aspects de la politique sociale de l'Union européenne: une contribution à la convergence économique et sociale dans l'Union, JO n° C 368, 1994, p. 4.

chement des législations nationales dans certains domaines, notamment en matière sociale, apparaît d'autant plus clairement que la jurisprudence favorise l'intégration économique « négative », par la mise en cause progressive des réglementations nationales qui constituent des entraves aux échanges, mettant ainsi en concurrence directe les régimes réglementaires des différents Etats membres. Par son arrêt *Cassis de Dijon* du 12 février 1979 (32), la Cour de justice des Communautés européennes pose le principe de la reconnaissance mutuelle en matière de libre circulation des marchandises. L'arrêt constate que l'Allemagne ne peut opposer à l'importation sur son territoire de boissons alcoolisées, « à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des Etats membres » (point 14), les exigences d'une réglementation nationale relative à la commercialisation des boissons spiritueuses fixant un degré alcoolométrique minimum pour diverses catégories de produits alcoolisés : les obstacles à la circulation intracommunautaire résultant des disparités des législations nationales relatives à la commercialisation des produits en cause ne doivent être considérées comme compatibles avec l'interdiction de mesures d'effet équivalent aux restrictives quantitatives à l'importation, selon la Cour, que « dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs » (point 8). Le gouvernement allemand mettait en avant que l'exigence de reconnaissance mutuelle conduirait à ce que les réglementations les moins protectrices des consommateurs en viendraient progressivement à s'imposer à l'ensemble de la Communauté, entraînant une spirale négative — une forme de dérégulation compétitive, aucun Etat ne souhaitant imposer des

para. 10. Cette définition fait clairement apercevoir que telle ou telle politique réglementaire adoptée par un Etat ne peut être considérée comme une forme de « dumping social » en soi, sinon par référence à une norme supposée commune dont la violation confère à la concurrence que livre l'Etat concerné son caractère jugé déloyal. Une définition plus strictement économique, empruntée directement à la pratique commerciale du dumping qui consiste à vendre sur un marché déterminé un produit en-dessous de son coût de production afin d'en chasser les concurrents, peut également être utilisée : le dumping social s'entend alors comme une pratique salariale qui consiste à rémunérer les travailleurs en-deça de leur productivité réelle, ou à ne pas aligner le niveau des salaires sur les gains de productivité, de manière à maintenir un avantage compétitif sur des concurrents.

(32) C.J.C.E., 20 février 1979, *Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 120/78, *Rec.*, p. 649.

standards plus exigeants que ceux en vigueur dans les Etats voisins — (33). En rejetant cet argument, tout en n'excluant pas que l'imposition de certaines réglementations nationales, bien que créant des entraves à la libre circulation des marchandises, puissent être nécessaires afin de satisfaire à des exigences impératives d'intérêt général, la Cour ne nie pas cette difficulté, mais elle semble estimer que c'est là la conséquence inévitable, quoiqu'à certains égards regrettable, de la libre circulation voulue par le traité.

Dans l'affaire *Webb* (34), la Cour de justice était confrontée à la question de la compatibilité avec la libre prestation des services garantie par le traité, d'une réglementation nationale imposant une autorisation administrative pour l'activité de services consistant à mettre à disposition de la main-d'œuvre. En décidant dans son arrêt du 17 décembre 1981 que pareille réglementation sensible du qu'elle intervient dans un domaine « particulièrement sensible du point de vue professionnel et social » (point 18), doit être en principe admise (35), tout en relevant que « cette mesure dépasserait le but poursuivi au cas où les exigences auxquelles la délivrance d'une autorisation se trouve subordonnée feraient double emploi avec les justifications et garanties exigées dans l'Etat d'établissement » (point 20), la Cour étend en réalité les enseignements de son arrêt *Cassis de Dijon* à la matière des services : des entraves à la libre prestation des services résultant de l'application de la loi du pays d'accueil ne sont admissibles que dans la mesure où les réglementa-

(33) Voy. le point 12 de l'arrêt, qui répercute ces arguments : selon le gouvernement allemand, « l'abaissement du titre alcoolométrique assurerait un avantage concurrentiel par rapport aux boissons de titre plus élevé, étant donné que l'alcool constitue, dans la composition des boissons, l'élément de loin le plus coûteux en raison de la charge fiscale considérable à laquelle il est soumis » ; au surplus, « le fait d'admettre la libre circulation des produits alcoolisés dès lors que ceux-ci correspondent, en ce qui concerne leur teneur en alcool, aux normes du pays de production, aurait pour effet d'imposer, dans la Communauté, comme standard commun la teneur alcoolométrique la plus faible admise dans l'un quelconque des Etats membres, voire même de rendre inopérantes toutes prescriptions en la matière alors que la réglementation de plusieurs Etats membres ne connaîtrait aucune limite inférieure de ce genre ».

(34) C.J.C.E., 17 décembre 1981, *Webb*, 279/80, *Rec.*, p. 3305.
(35) « Il est loisible aux Etats membres, et constitue pour eux un choix politique légitime effectué dans l'intérêt général, de soumettre la mise à disposition de main-d'œuvre sur leur territoire à un régime d'autorisation afin de pouvoir en refuser l'octroi dès lors qu'il y a des raisons de craindre que cette activité ne porte préjudice aux bonnes relations sur le marché de l'emploi, ou que les intérêts des travailleurs dont il s'agit ne soient pas suffisamment garantis. Compte tenu, d'une part, des différences qui peuvent exister entre les conditions des marchés du travail d'un Etat membre à l'autre et, d'autre part, de la diversité des critères d'appréciation applicables à l'exercice de ce genre d'activités, on ne saurait contester à l'Etat membre destinataire de la prestation le droit d'exiger une autorisation délivrée selon les mêmes critères que pour ses propres ressortissants » (point 19).

tions du pays d'origine ne suffisent pas à assurer une protection équivalente. De la même manière, la Cour considère quelques mois plus tard que constitue une entrave non justifiée à la libre prestation des services – car discriminatoire à l'encontre des prestataires de services établis dans un autre Etat membre, dans le cadre d'une prestation de services transnationale –, une réglementation nationale qui étend aux employeurs établis dans un autre Etat membre une obligation de payer la part patronale des cotisations de sécurité sociale imposée aux prestataires établis sur le territoire national, alors que ces employeurs sont déjà redevables de cotisations comparables du chef des mêmes travailleurs et pour les mêmes périodes d'activité, en vertu de la législation de l'Etat où ils sont établis (36). En précisant dans cet arrêt qu'une telle obligation ne serait pas davantage justifiée même si elle avait pour objet de « compenser les avantages économiques que l'employeur aurait pu tirer de l'inobservation de la réglementation en matière de salaire social minimal de l'Etat où s'effectue la prestation », la Cour admet implicitement le risque de dumping social que peut entraîner l'obligation de reconnaissance mutuelle. Mais, comme l'illustre bien l'adoption, quelques années plus tard, de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (37), qui constitue une réponse directe à l'arrêt *Rush Portuguesa Limitada* du 27 mars 1990 (38) et aux craintes qu'avait pu raviver cet arrêt d'une concurrence déloyale en provenance d'Etats membres moins protecteurs des droits des travailleurs dans le cadre de prestations de services, c'est là sans doute la meilleure façon d'encourager les Etats à progresser sur la voie de l'harmonisation sociale.

Quels risques présentent, du point de vue des droits sociaux garantis par les Etats membres, les progrès de l'intégration « négative », à travers une jurisprudence de la Cour de justice qui a parfois été perçue comme particulièrement activiste en faveur d'une protection des libertés économiques ? La Cour a démontré, dans plu-

(36) C.J.C.E., 3 février 1982, *Société anonyme de droit français Soco et Société anonyme de droit français Desquenne & Giral contre Etablissement d'assurance contre la vieillesse et l'invalidité*, aff. Jtes 62 et 63/81, *Rec.*, p. 223 (point 9).

(37) JO n° L 18 du 21 janvier 1997, p. 1.

(38) C.J.C.E., 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Limitada c. Office national d'immigration*, C-113/89, *Rec.*, p. I-1417.

sieurs arrêts, son souci d'autoriser les Etats membres à préserver les droits sociaux fondamentaux, y compris là où le respect de ceux-ci, tels qu'ils sont définis au niveau de chaque Etat membre, exige que des restrictions soient apportées aux libertés économiques de circulation que reconnaît le Traité de Rome, ou aux règles en matière de concurrence (39). Déjà dans l'ancienne affaire *Oebel*, contemporaine de l'affaire *Webb* précitée, la Cour avait conclu à la compatibilité avec les articles du traité CEE relatifs à la libre circulation des marchandises d'une législation allemande interdisant le travail de nuit dans les boulangeries, considérant que « l'interdiction de fabrication avant quatre heures du matin dans le secteur de la boulangerie et de la pâtisserie [constitue] un choix de politique économique et sociale légitime, conforme aux objectifs d'intérêt général poursuivis par le traité. En effet, cette interdiction vise à améliorer les conditions de travail dans un secteur notoirement sensible qui est caractérisé, du point de vue du processus de production, par des particularités tenant tant à la qualité des produits qu'aux habitudes des consommateurs » (40).

Il apparaît des conclusions de l'Avocat général F. Capotorti dans cette affaire que la Cour a été influencée, en particulier, par l'existence d'une convention de l'Organisation internationale du travail sur cette question, dont l'on pouvait déduire qu'était bien établi « le lien entre l'interdiction du travail de nuit dans les boulangeries et la protection de la santé et du bien-être des travailleurs » (41). Dans d'autres arrêts, la Cour a reconnu que des restrictions à la libre circulation des marchandises pouvaient être justifiées par le souci d'éviter des atteintes graves à l'équilibre financier du système de sécurité sociale d'un Etat membre, le risque de telles atteintes pouvant constituer « une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier pareille entrave » à la liberté de circulation des marchandises (42). Elle a statué en un sens identique en matière de libre prestation des services, en raison que, pourvu que les entraves soient non discriminatoires et qu'elles respectent l'exigence de proportionnalité, le souci de protéger l'équilibre financier des systèmes

(39) En ce sens, R. NIELSEN et E. SZYSZCZAK, *The Social Dimension of the European Union*, Copenhagen Business School Press, 3^{ème} éd. 1997, pp. 223-225.

(40) C.J.C.E., 14 juillet 1981, *Procédure relative à des amendes contre S. Oebel*, 155/80, *Rec.*, p. 1993, point 12.

(41) Voy. le point 5 des conclusions rendues le 27 mai 1981, *Rec.*, pp. 2017-2018.

(42) C.J.C.E., 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, *Rec.*, p. I-1831, points 39 et 40.

de sécurité sociale (43) ou le souci de protection des travailleurs (44) pouvait justifier que des restrictions soient apportées aux règles du traité.

Si le souci des Etats membres de protéger certains intérêts sociaux semble ainsi pouvoir justifier certaines entraves apportées à la libre prestation des services ou à la libre circulation des marchandises, d'autres dispositions du droit communautaire peuvent constituer une menace pour les politiques sociales de l'Etat providence. En particulier, l'interdiction des ententes entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et aboutissent à fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, ainsi que les restrictions que le traité de Rome impose au maintien des monopoles publics, conduisent à s'interroger sur la compatibilité, avec ces exigences du droit communautaire, du monopole de gestion confié à certaines institutions de protection sociale à des fins de solidarité. En matière de concurrence, elle a accepté d'exclure de la notion d'entreprise, qui s'entend en principe de toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son fonctionnement» (45), les organismes chargés de la gestion de certains régimes obligatoires de sécurité sociale – garantissant ce qu'on peut appeler la protection sociale de base –, dès lors que ces régimes sont fondés sur le principe de la solidarité (46). Elle a également considéré que certaines «entreprises», au sens du droit communautaire de la concurrence, pouvaient se voir reconnaître par les pouvoirs publics certains droits exclusifs, conformément à l'article 86 CE (ex article 90 du traité CE), dans la mesure où elles «se caractérisent par un degré élevé de solidarité»: tel est le cas, selon l'arrêt

(43) C.J.C.E., 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96, *Rec.*, p. I-1931, point 41. Voy. aussi, plus récemment, C.J.C.E., 12 avril 2005, *Keller*, C-145/03, *Rec.*, p. I-2529.

(44) C.J.C.E., 3 février 1982, *Seco et Desquenne & Giral*, aff. jtes 62/81 et 63/81, *Rec.*, p. 223, point 14; C.J.C.E., 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, *Rec.*, p. I-1417, point 17; C.J.C.E., 28 mars 1996, *Guilot*, C-272/94, *Rec.*, p. I-1905, point 16; C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, *Rec.*

(45) C.J.C.E., 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, C-41/90, *Rec.*, p. I-1979, pt. 21.

(46) C.J.C.E., 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91, *Rec.*, p. I-637. La Cour a distingué les organismes fonctionnant sur la base de ce principe des organismes gérant des régimes facultatifs, offrant des garanties complémentaires à l'assuré, appliquant le principe de la capitalisation et calculant le montant des prestations dues sur la base du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que sur les résultats financiers obtenus par les investissements de l'organisme gestionnaire: voy. C.J.C.E., 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e.a.*, C-244/94, *Rec.*, p. I-4013; C.J.C.E., 16 mars 2004, *AOK-Bundesverband e.a.*, aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *Rec.*, p. I-2493.

Albany du 21 septembre 1999, d'un fonds chargé de gérer le régime de pension complémentaire de l'ensemble des travailleurs d'un secteur déterminé, dès lors que, notamment, les cotisations exigées sont indépendantes du risque couru par les assurés, que le fonds est tenu d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, et que la pension continue de se constituer même lorsque les cotisations ne sont plus versées à la suite d'une incapacité de travail (47). Derrière cette volonté de préservation des frontières nationales des systèmes de protection sociale gît sans doute, au moins de manière implicite, le souci de protection des droits économiques et sociaux fondamentaux – droit à la santé, droit à la sécurité sociale, droit des personnes âgées à une protection sociale – (48).

Cette jurisprudence ne suffit cependant pas à placer totalement les droits sociaux fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans la Charte sociale européenne, à l'abri de la pression qu'exercent les libertés économiques que reconnaît le Traité de Rome. Cela tient, d'abord, au fait que la Charte sociale européenne n'a jamais figuré explicitement – à l'instar de la Convention européenne des droits de l'homme – parmi les sources d'inspiration de la Cour de justice au moment d'identifier les droits fondamentaux figurant parmi les principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect. A l'heure actuelle, le contraste entre les droits civils et politiques, d'une part, et les droits sociaux, d'autre part, demeure ainsi frappant: si la Cour de justice n'hésite pas à faire figurer ceux-là parmi les principes généraux du droit communautaire dont elle assure le respect – en accordant une «signification particulière», dans cette appropriation, à la Convention européenne des droits de l'homme (49) –, en revanche elle n'a jamais élevé les droits sociaux au même statut (50); et si la Charte sociale européenne du 18 octo-

(47) C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, point 109.

(48) Pour une synthèse, voy. O. De Schutter, «Les droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», in: J.-Y. Carlier et O. De Schutter (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 117-148.

(49) C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst AG*, 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2859 (pt. 13).

(50) Certes, la Cour de justice des Communautés européennes a fait figurer parmi les principes généraux du droit communautaire le droit à la liberté d'association syndicale (C.J.C.E., 28 octobre 1975, *R. Rutli*, 36/75, *Rec.*, p. 1219 (pt. 32)), le libre exercice de l'activité professionnelle (C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold*, 4/73, *Rec.*, p. 491) ou, sous diverses formes, l'interdiction de la discrimination (voy., parmi beaucoup d'autres, C.J.C.E., 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall City Council*, C-13/94, *Rec.*, p. I-2143). Mais ces droits se situent à l'intersection des droits civils et politiques et des droits sociaux, dans les rangements classiquement effectués. Ils imposent des interdictions, et non des obligations de prestation.

bre 1961 a parfois servi de guide à l'interprétation du droit communautaire, elle n'a pas à être prise en compte par la Cour de justice des Communautés européennes au même titre que la Convention européenne des droits de l'homme, car la «structure» de la Charte sociale européenne serait telle «que les droits dont elle fait mention représentent plus des objectifs politiques que des droits contraignants, et les États signataires ne sont tenus que de choisir, parmi ceux énoncés, les droits qu'ils décident de protéger» (51). Ce n'est pas à dire que le juge communautaire soit indifférent aux droits sociaux. Mais ceux-ci apparaissent dans la jurisprudence, plutôt que comme des prérogatives attachées à l'individu, comme des objectifs qu'il est légitime pour les États membres de l'Union européenne de vouloir poursuivre (52).

L'on ne peut exclure que cette situation évolue, sous l'influence de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dont un ensemble de dispositions sont inspirées des Chartes sociales européennes de 1961 et de 1996. Ainsi, dans un arrêt rendu le 26 octobre 2006 par le Tribunal de la fonction publique européenne, où se posait la question de savoir si la Fondation européenne pour la formation pouvait se voir reprocher le fait d'avoir licencié sans motivation un agent temporaire à son service, le Tribunal dit devoir prendre en considération dans son appréciation «l'existence de standards internationaux visant à indiquer les conditions minimales nécessaires dans un État de droit pour éviter des licenciements abusifs de travailleurs. Ainsi, aux termes de l'article 4 de la convention n° 158 de l'Organisation internationale du travail (...) concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, adoptée le 22 juin 1982, [un] travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou

à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service'. De même, l'article 24, sous a), de la Charte sociale européenne révisée du Conseil de l'Europe (n° 163), adoptée le 3 mai 1996, lequel, selon le rapport explicatif de celle-ci, s'inspire de la convention n° 158 de l'OIT, garantit le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service» (53). La référence à la Charte sociale européenne révisée est justifiée par la source d'inspiration qu'elle a constituée pour la rédaction de l'article 30 de la Charte des droits fondamentaux (54), dont le Tribunal rappelle qu'elle peut être prise en compte en tant que réaffirmation de l'acquis de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux (55). La Charte sociale européenne peut dans cette mesure être prise en compte pour l'interprétation du statut des fonctionnaires des Communautés européennes. Ceci n'implique nullement que la Charte sociale européenne révisée comme telle constitue pour le juge communautaire une source d'inspiration, dans l'identification progressive qu'il opère des droits fondamentaux. Un tel alignement du statut de la Charte sociale européenne révisée sur la Convention européenne des droits de l'homme, ou sur d'autres instruments tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou la Convention des droits de l'enfant, paraît exclu dans la mesure où la Charte sociale européenne révisée n'est pas en vigueur à l'égard de l'ensemble des États membres de l'Union européenne (56).

(53) T.F.P. (plén.), *Pia Langdren c. Fondation européenne pour la formation*, 26 octobre 2006, F-1/05, *Rec.*, p. FP-I-A-I-123, II-A-I-459, point 69.
(54) *Id.*, point 70.
(55) C.J.C.E., 27 juin 2006, *Parlement c. Conseil*, C-540/03, *Rec.*, p. I-5769, point 38.

(56) Dans l'arrêt *Parlement c. Conseil* cité à la note précédente, la Cour, après avoir rappelé la «signification particulière» qu'elle reconnaît à la Convention européenne des droits de l'homme, ajoute qu'elle a également fait figurer le Pacte international relatif aux droits civils et politiques parmi les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme dont elle s'inspire pour le développement des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne, et que «Tel est également le cas de la convention relative aux droits de l'enfant susvisée qui, tout comme le pacte précité, lie chacun des États membres» (point 37). En ce qui concerne les Chartes sociales du Conseil de l'Europe, la Cour note simplement, «en ce qui concerne les États membres liés par ces instruments», que la directive relative au regroupement familial dont le Parlement européen recherchait l'annulation (directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial (JO L 251, p. 12)) «prévoit, en son article 3, paragraphe 4, qu'elle ne porte pas atteinte aux dispositions plus favorables de la charte sociale européenne du 18 octobre 1961 [et, notamment,] de la charte sociale européenne modifiée du 3 mai 1987 (...)»

(51) Concl. de l'avocat général M.F.G. Jacobs préc. C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany International BV*, C-67/96, *Rec.*, p. I-5751.

(52) Ainsi que l'ont noté E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, cette hiérarchisation est clairement affirmée dans le Traité sur l'Union européenne, dont l'article 6 §2 mentionne la Convention européenne des droits de l'homme, alors que fait défaut toute référence à la Charte sociale européenne - qu'il avait été initialement prévu de faire figurer sur le même plan - Voy. E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, «La consolidation de l'Etat de droit européen», in M. TELLO et P. MAGNETTE (éd.), *De Maastricht à Amsterdam : L'Europe et son nouveau traité*, Bruxelles, Institut d'études européennes, 1998, pp. 69 et s., ici p. 83. Voy. aussi B. DE WITTE, «The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union», in G. DE BURCA et B. DE WITTE (éd.), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, 2005, pp. 153-168 (notant la différenciation entre les droits sociaux fondamentaux et les droits civils et politiques dans la structure constitutionnelle de l'Union européenne).

Plus fondamentalement, il ne paraît pas suffisant que les Etats membres soient autorisés à maintenir en vigueur certaines dispositions de leur droit national qui constituent des entraves aux libertés économiques que reconnaît le traité de Rome, mais qui peuvent être justifiées comme relevant de leur souci légitime de respecter les droits sociaux fondamentaux. En effet, dans chaque cas où elle sert à justifier une restriction apportée à une liberté fondamentale de circulation ou à la liberté de concurrence, la protection du droit social est construite comme une *exception* au principe de la liberté économique, et n'est dès lors admise qu'à des conditions restrictives. Par exemple, si la «protection sociale des travailleurs» peut constituer une «raison impérieuse d'intérêt général» de nature à justifier une restriction apportée à la libre prestation des services, encore faut-il pour que cette restriction soit admissible qu'elle soit «nécessaire pour protéger effectivement et par les moyens appropriés» cet objectif de nature sociale (57); si la sauvegarde de l'équilibre financier d'un système de sécurité sociale constitue une exigence digne de protection en droit communautaire, dès lors que pareil équilibre constitue la condition du maintien d'un service médical et hospitalier accessible à tous, il n'en demeure pas moins que cet objectif ne pourra justifier une entrave à la libre circulation des marchandises ou à la libre prestation des services que dans la mesure strictement nécessaire à éviter un «risque d'atteinte grave» à cet équilibre financier : l'atteinte à cet équilibre financier qui n'est pas «significative» ne mérite pas le même degré d'attention (58).

(point 107). Outre que cet attendu reproduit, de manière étonnante, l'erreur de date qui figure – de manière tout aussi surprenante – dans le texte même de la directive, justifier par ce critère le refus d'aligner le statut de la Charte sociale européenne de 1961 sur celui de la Convention européenne des droits de l'homme et des autres instruments dont s'inspire le juge communautaire, n'est pas convaincant : dès lors que l'ensemble des Etats membres de l'Union européenne sont parties soit à la Charte de 1961, soit à la Charte de 1996, la Charte sociale européenne de 1961 constitue bien un socle minimum de garanties acceptées par l'ensemble des Etats membres. Quant au fait que tous les Etats n'aient pas accepté l'ensemble des dispositions de la Charte, il ne devrait pas se voir accorder davantage de poids que le fait que certains Etats aient émis des réserves au moment de ratifier la Convention européenne des droits de l'homme ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'on peut enfin relever que, compte tenu du critère évoqué au point 37 de l'arrêt du 27 juin 2006, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, devrait constituer une source d'inspiration du développement des droits fondamentaux reconnus dans le droit de l'Union européenne.

(57) C.J.C.E., 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, pt. 60.

(58) C.J.C.E., 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, précité, point 39; C.J.C.E., 28 avril 1998, *Kohll*, C-158/96, précité, points 41 et 42.

Une illustration particulièrement spectaculaire des conséquences qui peuvent en résulter figure dans le passage de l'arrêt *Albany* du 21 septembre 1999 dans lequel la Cour de justice choisit d'exempter de l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE (article 81 CE), les accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, non pas en raison de ce que ferait obstacle à cette applicabilité un «droit fondamental à la négociation collective» – droit que, pour sa part, l'Avocat général Jacobs avait refusé d'apercevoir parmi les principes généraux du droit communautaire –, mais en raison de ce que la négociation collective est encouragée par plusieurs dispositions de droit communautaire, et qu'ainsi, il serait contraire à une interprétation du traité de Rome dans son ensemble d'exiger de tels accords collectifs qu'ils respectent entièrement le droit de la concurrence.

Le prix à payer pour une telle exemption est en effet que l'accord collectif porte uniquement sur des objets qu'il est légitime de le voir aborder : c'est uniquement «en raison de leur nature et de leur objet», énonce la Cour, que les accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs doivent être exemptés des exigences du droit de la concurrence (59). Dans l'affaire *Albany*, il était satisfait à cette condition : l'installation d'un régime de pension complémentaire auquel l'affiliation peut être rendue obligatoire «vise, dans son ensemble, à garantir un certain niveau de pension à tous les travailleurs de ce secteur et contribue dès lors directement à l'amélioration de l'une des conditions de travail des travailleurs, à savoir leur rémunération» (60). Par son objet, un tel accord collectif mérite bien l'exemption qui lui est accordée. En revanche, si l'on devait confier aux partenaires sociaux le soin d'aborder d'autres questions que celles «qui sont de l'essence même des négociations collectives, telles que les salaires et les autres conditions de travail» – selon la lecture qu'en fait l'Avocat général Jacobs dans ses conclusions (61) –, l'exemption de l'article 85, paragraphe 1, ne se justifierait plus. Plus récemment, l'arrêt rendu par la Cour de justice dans l'affaire *Viking Line* relève d'une même

(59) C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, pts. 59-60.

(60) *Id.*, point 63.

(61) L'Avocat général poursuit en concluant : «Les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux portant sur les salaires et les conditions de travail doivent donc être automatiquement exonérées du droit de la concurrence» (conclusions précitées du 28 janvier 1999, *Rec.*, p. I-5797).

logique (62) : la Cour constate dans cet arrêt une atteinte à la liberté d'établissement en considérant qu'il ne saurait être « inhérent à l'exercice même de la liberté syndicale et du droit de mener une action collective [le fait] de porter une certaine atteinte » aux libertés économiques fondamentales du traité, notamment la liberté d'établissement (point 43).

Dès lors qu'ils sont construits en tant qu'exceptions aux libertés fondamentales de circulation et de concurrence qui définissent un marché intérieur au sein duquel la concurrence n'est pas faussée, les droits sociaux fondamentaux dont la garantie est confiée aux Etats membres voient leurs possibilités de réalisation progressive nettement restreintes. Ces droits peuvent continuer d'être préservés au niveau étatique : leur développement, au-delà de l'extension qu'ils ont déjà prise, sera par contre envisagée avec plus de suspicion, de même que sera suspecte toute interprétation de ces droits qui semble un peu trop généreuse, si l'on prétend, à travers cette interprétation, justifier une entrave à la libre circulation des marchandises, à la libre prestation des services, ou au droit communautaire de la concurrence. Seule l'intégration positive – les progrès dans l'harmonisation des droits sociaux au plan de la Communauté européenne – serait de nature à véritablement pallier ce risque. Mais les compétences de la Communauté européenne à l'effet de réaliser les droits sociaux demeurent relativement limitées. L'on sait en outre que l'intégration négative, par l'interprétation des libertés économiques figurant dans le Traité de Rome, est plus aisée à réaliser, par les acteurs supranationaux que sont la Commission européenne et la Cour de justice, que l'intégration positive (63). L'Acte unique européen et les réformes successives des traités qui ont suivi n'ont pas remédié à ce déséquilibre fondamental.

2. – L'Acte unique européen

Lorsqu'en 1985, Jacques Delors arrive à la présidence de la Commission européenne, les circonstances sont donc réunies pour un

(62) C.J.C.E. (gde ch.), 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP, C-438/05*. L'arrêt *Laval* du 18 décembre 2007 est généralement associé à l'arrêt *Viking*, mais les circonstances étaient assez fondamentalement différentes : voy. C.J.C.E. (gde ch.), 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd, C-341/05*.

(63) F. SCHARPF, *Gouverner l'Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, chap. 2. Egalement M. POIARES MADURO, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, Hart Publ., 1998.

nouveau saut qualitatif dans la construction européenne. L'adoption de l'Acte unique européen, négocié en 1985-1986 et entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987, est le produit combiné de l'empressement du Royaume-Uni à progresser dans l'achèvement du marché intérieur, pour lequel la date symbolique du 31 décembre 1992 est fixée, et le souci d'autres Etats, notamment la France, d'accompagner ce projet d'une nouvelle avancée en matière sociale. Le programme de travail de la Commission pour 1985 était déjà très explicite sur la nécessité de ce couplage : « les effets positifs qu'apporterait [le] grand marché viendraient à disparaître si certains Etats cherchaient à prendre sur les autres un avantage concurrentiel au prix d'un recul social. L'existence d'un espace social européen devrait donc empêcher le recours à des pratiques de dumping social, dommageable pour l'emploi global » (64). Le Préambule de l'Acte unique européen de 1986 fait référence, pour la première fois dans un texte de droit primaire, à la Charte sociale européenne : les Chefs d'Etat et de gouvernement des douze Etats signataires se déclarent

Décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les Constitutions et les lois des Etats membres, dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale (65).

L'article 8A introduit dans le traité CEE par l'Acte unique européen définit le marché intérieur comme comportant « un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité » ; la Communauté doit arrêter « les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992 ». Le nouvel article 100A du traité CEE (devenu, après modification, l'article 95 CE) facilite la réalisation de cet objectif en prévoyant la possibilité pour le Conseil d'adopter de telles mesures à la majorité qualifiée, sauf en ce qui concerne les dispositions fiscales, les dispositions relatives à la libre circulation des personnes et celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés (66). Mais, parallèlement, l'Acte unique insère pour la première fois dans le Traité de Rome des dis-

(64) Programme de travail de la Commission 1985, *Bull. CE*, Suppl. 4/85, para. 56.

(65) JO L 169 du 29 juin 1987, p. 2.

(66) Article 100 A §2 CEE, inséré par l'article 18 de l'Acte unique européen.

positions qui attribuent explicitement à la Communauté un rôle en matière sociale : le nouvel article 118A CEE prévoit que le Conseil peut adopter à la majorité qualifiée des directives imposant des prescriptions minimales aux États membres afin de promouvoir « l'amélioration, notamment du milieu de travail, pour protéger la sécurité et la santé des travailleurs » ; l'article 118B CEE fait pour la première fois référence à l'instauration d'un dialogue social au niveau communautaire (67). Enfin, l'Acte unique européen vise à renforcer la cohésion économique et sociale au sein de la Communauté, à laquelle un nouveau titre est consacré dans le Traité de Rome : l'action des fonds structurels (Fonds social européen, Fonds européen d'orientation et de développement agricole, et Fonds européen de développement régional) est orientée vers l'objection de la réduction des écarts entre les régions et le retard des régions les moins favorisées (68).

L'article 100 A CEE a permis l'adoption par le Conseil, à la majorité qualifiée, de plusieurs directives dont le lien avec l'établissement du marché intérieur a paru suffisamment étroit pour justifier l'utilisation de cette base juridique (69). Ainsi que la Cour de justice a eu l'occasion de le confirmer par la suite, le simple fait qu'une directive ait pour objectif, non seulement l'établissement du marché intérieur, mais également un objectif de nature sociale, n'exclut pas que l'on prenne appui sur cette disposition (70). Ainsi la Directive 89/686/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux équi-

(67) Cette disposition dit que « La Commission s'efforce de développer le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles ».

(68) Article 23 de l'Acte unique européen, introduisant le titre V dans la troisième partie du traité CEE (article 130 A à 130 E).

(69) L'article 100 CEE (devenu l'article 94 CE, après modification) constitue une base juridique moins commode d'utilisation, puisqu'exigeant l'unanimité. Il a néanmoins permis l'adoption au cours de cette période, par exemple, de la Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs (JO n° L 225 du 12 août 1998, p. 16).

(70) C.J.C.E., 10 décembre 2002, *The Queen et Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco Company*, C-491/01 (renvoi préjudiciel en interprétation et en validité de la directive 2001/37/CE du Parlement européen et du Conseil, du 5 juin 2001, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac (JO L 194, p. 26)). Comp., sur les limites de l'utilisation de l'article 95 CE (correspondant à l'article 100 A CEE, après modification), C.J.C.E., 5 octobre 2000, *Allemagne c. Parlement européen et Conseil*, C-376/98, *Rec.*, p. I-8419.

ments de protection individuelle (71), peut-elle justifier sa contribution à l'établissement du marché intérieur par le constat que les dispositions nationales relatives aux équipements de protection individuelle, souvent très détaillées, diffèrent sensiblement d'un État membre à l'autre, et sont « susceptibles de constituer ainsi une entrave aux échanges qui se répercute immédiatement sur l'établissement et le fonctionnement du marché commun ».

3. - L'adoption de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs

L'adoption, par le Conseil européen de Strasbourg des 8-9 décembre 1989, de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, constitue peut-être la manifestation la plus claire de cette volonté de doter la construction du marché intérieur d'une dimension sociale (72). Cependant, la Charte constitue une déclaration politique solennelle, adoptée par onze États membres sur douze, le Royaume-Uni ayant choisi de ne pas y adhérer ; elle n'a aucune valeur juridique contraignante. Elle n'investit la Communauté d'aucune compétence supplémentaire en matière sociale, l'article 27 précisant même que la mise en oeuvre de la Charte incombe, au premier chef, aux États membres. Enfin, elle est modeste dans ses ambitions, puisqu'elle ne concerne que les droits sociaux fondamentaux des travailleurs - et non, comme proposé initialement par la Commission européenne dans ses projets de mai et septembre 1989 (73), l'ensemble des droits sociaux fondamentaux. Elle ne poursuit, de toute manière, pas d'autre objectif que d'inciter les États membres comme la Communauté européenne, dans les limites de leurs compétences respectives, à oeuvrer à la reconnaissance de certains droits sociaux fondamentaux : son mérite princi-

(71) JO n° L 399 du 30 décembre 1989, p. 18.

(72) Brian BERCUSON, « Fundamental Social and Economic Rights in the European Community », in CASSESE, A., CLAPHAM, A., et WEILER, J.H.H. (éd.), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, pp. 195-295 ; Brian BERCUSON, *European Labour Law*, London-Charlottesville-Dublin-Durban-Edinburgh-Kuala Lumpur-Singapore-Sydney-Toronto, Butterworths, 1996, pp. 575-598 ; Lanny BETTEN, « Towards a Community Charter of Fundamental Social Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1989, pp. 77-97 ; Bob HEFFLE, « The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights », *Modern Law Review*, 1990, pp. 643-654 ; Eliane VOCEL-POLSKY et Jean VOCEL, *L'Europe sociale 1993 : illusion, alibi ou réalité ?*, Bruxelles, éd. de l'ULB, 1991, pp. 173-180.

(73) COM(89)248, du 31 mai 1989, et COM(89)471.

pal est d'avoir encouragé la Commission à faire au Conseil des propositions en matière sociale, dans les domaines relevant de la compétence communautaire.

C'est au cours de la préparation du texte qui allait devenir la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs – contexte particulièrement favorable donc, caractérisé par la volonté de doter le marché intérieur d'une dimension sociale renforcée et par la référence explicite à la Charte sociale européenne (74) – qu'a été posée à nouveau la question de l'adhésion de la Communauté européenne à la Charte sociale européenne. En 1984, cette adhésion avait été préconisée par le projet dit «Spinelli» de Traité instituant l'Union européenne (75). En avril 1989, lors d'un colloque organisé à Utrecht sur l'avenir de la politique sociale en Europe, l'idée avait été suggérée que les institutions des Communautés européennes affirment solennellement leur attachement à la Charte sociale européenne, par une déclaration solennelle unilatérale (76), au lieu de poursuivre le projet d'une Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux propre, et distincte de celle du Conseil de l'Europe. En mai 1989, quelques mois donc avant l'adoption au Conseil européen de Strasbourg de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe appelait les institutions de la Communauté à adopter une telle déclaration commune, comparable à la Déclaration du 5 avril 1977 sur les droits fondamentaux (77), «tendant à faire de la Charte sociale européenne une source incontestée de droits et de principes fondamentaux dans la

(74) Voy. également pour une description de ce contexte Bob HEPPLE, «The Implementation of the Community Charter of Fundamental Social Rights», *op. cit.*; Eliane VOGEL-POLSKY et Jean VOGEL, *L'Europe sociale 1993 : illusion, alibi ou réalité?*, *op. cit.*, pp. 204-218; Lammy BERTEN, «Prospects for a Social Policy of the European Community and Its Impact on the Functioning of the European Social Charter», in Lammy BERTEN (ed.), *The Future of European Social Policy*, Kluwer, Dordrecht, 1989, p. 101; également Jeff KENNER, *EU Employment Law. From Rome to Amsterdam and beyond*, Hart Publ., Oxford and Portland, 2003, pp. 110-115.

(75) Voy. l'article 4 §2 du projet de traité sur l'Union européenne du 14 février 1984.

(76) Mais le projet d'une telle déclaration solennelle, tel que présenté par le professeur P. Van Dijk dans un mémorandum annexé (annexe D) au Rapport sur la Charte sociale du Conseil de l'Europe et l'éventuelle adhésion de la Communauté européenne (rapp. M. Foschi) (Doc. 6138, 31 octobre 1989), contenait un alinéa final dans lequel le Parlement européen, le Conseil et la Commission auraient exprimé «leur volonté d'entamer un dialogue avec le Conseil de l'Europe en vue d'examiner les possibilités et les moyens d'adapter certaines clauses de procédure et de fond de la Charte sociale européenne (...) ainsi que les modalités d'adhésion des Communautés européennes à la Charte». Sur ce point, la déclaration proposée allait au-delà de l'exemple fourni par la déclaration commune du 5 avril 1977 relative aux droits fondamentaux.

(77) JO C 103 du 27 avril 1977, p. 1.

Communauté européenne» (78). Elle invitait également la Commission des Communautés européennes à participer activement à la relance de la Charte sociale européenne et notamment à la révision de celle-ci : cette participation devait porter notamment, selon l'Assemblée, sur «la représentation de la Commission et du Parlement européen et la prise en compte de l'ordre juridique de la Communauté dans ses procédures futures de rapport et de contrôle». La Recommandation 1107 (1989) qui accompagnait cette Résolution demandait au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de faire figurer «l'avenir de la Charte sociale du Conseil de l'Europe en liaison avec la protection des droits sociaux fondamentaux dans le cadre des Communautés» à l'ordre du jour de la coopération entre les deux organisations. Au sein du Parlement européen également, des voix se faisaient jour en faveur d'un ancrage plus clair de la politique sociale de la Communauté européenne dans la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe (79). Dans un avis du 22 février 1989, le Comité économique et social européen avait exprimé sa préférence pour substituer, à une Charte des droits sociaux fondamentaux spécifique à la Communauté européenne, une meilleure prise en compte dans l'ordre juridique communautaire des «garanties sociales fondamentales» inscrites dans les instruments de l'Organisation internationale du travail ainsi que dans la Charte sociale européenne. Le Comité économique et social notait :

A différents niveaux internationaux, les partenaires sociaux et les gouvernements ont pu se mettre d'accord sur la définition de droits sociaux fondamentaux, qu'il s'agisse des Nations Unies, de l'Organisation internationale du travail, du Conseil de l'Europe et de l'OCDE. Il est d'autant plus urgent que, dans un espace de marché unique, certains droits sociaux soient ancrés dans les Etats membres afin de constituer un ensemble cohérent et interdépendant faisant partie du patrimoine commun des Etats membres. Il ne s'agit donc pas d'inventer des règles, mais premièrement de tenir compte de celles déjà établies et acceptées à d'autres

(78) Résolution 915 (1989) relative au rôle futur de la Charte sociale européenne, texte adopté le 9 mai 1989 sur rapport de la commission des questions sociales, de la santé et de la famille (doc. 6031, rapp. M. Foschi). Dans le même sens, voy. le texte de la question approuvée par la commission des questions sociales de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe à sa réunion à Strasbourg du 25 septembre 1989, adressée au président de la Commission des Communautés européennes, J. Delors (figurant dans l'annexe C du Rapport sur la Charte sociale du Conseil de l'Europe et l'éventuelle adhésion de la Communauté européenne (rapp. M. Foschi), Doc. 6138, 31 octobre 1989).

(79) Voy. la question orale de MM. Chanterle, Brok, F. Pisoni, de M^{me} Oomen-Ruijten et de M. Klepsch au nom du groupe du parti populaire européen à la Commission : Déclaration solennelle sur la Charte sociale européenne lors de la réunion du Conseil européen qui se tiendra en décembre à Strasbourg (doc. PÉ B3-436/89) (JO C 323 du 27 décembre 1989, p. 23).

niveaux et, deuxièmement, de les définir par des droits tenant compte des besoins nouveaux résultant de la mise en œuvre du marché intérieur et susceptibles de permettre un fonctionnement harmonieux (80).

Cette voie n'a pas été suivie. Cela tient sans doute à plusieurs facteurs. La Charte sociale européenne manque alors de visibilité : elle attend sa relance (81). Les engagements des Etats membres sont variables : en 1989, ni la Grèce, ni même la Belgique et le Luxembourg – alors que ces deux derniers Etats figurent parmi les pays fondateurs de la Communauté –, ne sont encore parties à la Charte du Conseil de l'Europe, de manière telle qu'instituer cet instrument en référence de la politique sociale de la Communauté européenne aurait pu paraître contestable. Enfin, sans doute la volonté de la Communauté européenne de rendre visible son engagement en matière sociale – la Commission particulièrement, soucieuse de mettre en œuvre ses programmes d'action en la matière, qu'elle présente au Conseil européen de Strasbourg – a-t-elle pu jouer un rôle : paradoxalement, c'est ce souci de montrer son souci d'équilibre entre l'économique et le social (et de le montrer malgré l'opposition du Royaume-Uni), à travers l'adoption d'une Charte spécifique, c'est-à-dire de manière plus spectaculaire que par une référence à la Charte sociale européenne, qui a pu conduire la Communauté, à ce moment, à se détourner de l'instrument de référence du Conseil de l'Europe.

Le choix de ne pas assurer une protection des droits sociaux fondamentaux dans l'Union européenne par une intégration de la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, mais plutôt par des modifications apportées au droit primaire et dérivé de l'Union européenne en fonction des nécessités, a été confirmé quelques années plus tard. Lorsque les travaux conduits au sein du Comité pour la relance de la Charte sociale européenne ont abouti à une proposition de Charte sociale européenne révisée, la version propo-

(80) Comité économique et social. Avis sur les droits sociaux fondamentaux communautaires, Doc. CES 270/89, du 22 février 1989. Le C.E.S. suggérerait également « d'adopter la procédure nécessaire afin que l'interprétation du contenu et de l'étendue de ces principes et droits fondamentaux [communautaires] se fasse en respectant les normes déjà reconnues dans les instruments du droit social international ».

(81) La relance de la Charte sociale européenne, entamée en 1990 et qui a eu les effets spectaculaires que l'on connaît, a certainement été encouragée par la crainte de marginalisation de cet instrument du Conseil de l'Europe, dans un contexte où la Communauté européenne paraissait vouloir développer ses propres programmes d'action en matière sociale sans s'y référer. En ce sens, le fait que le Conseil européen de Strasbourg ne se soit pas borné à renvoyer à la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe n'a pas eu que des conséquences négatives.

sée en octobre 1994 contenait une disposition prévoyant que le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe pourrait inviter la Communauté européenne à adhérer à la Charte sociale européenne (82). Cette clause fut écartée lors de la discussion du texte du nouveau traité au sein du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Il est vrai que, dans l'intervalle, l'Europe sociale communautaire n'avait guère progressé, ne parvenant toujours pas à réunir autour d'elle un consensus des douze Etats membres.

4. – *Le Traité de Maastricht sur l'Union européenne*

Le Traité de Maastricht sur l'Union européenne, signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, ne constitue en effet pas le saut qualitatif que l'on aurait pu espérer en matière sociale. Conclu, là encore, par onze Etats sur douze Etats membres, l'Accord sur la politique sociale auquel renvoie le Protocole sur la politique sociale annexé au traité de Maastricht vient préciser les modalités selon lesquelles les Etats parties à l'Accord peuvent établir des coopérations renforcées en matière sociale, puisque le Protocole les autorise à « faire recours aux institutions, procédures et mécanismes du traité aux fins de prendre entre eux et d'appliquer, dans la mesure où ils sont concernés, les actes et décisions nécessaires à la mise en œuvre de l'accord » (point 1 du Protocole) (83). Mais l'union économique et monétaire, assurément un des grands enjeux du nouveau traité et l'enjeu principal de sa dimension communautaire, relance, par défaut, la question sociale dans l'Union. Tels que déduits de l'article 121 §1^{er} CE, les critères de convergence établis à Maastricht à l'intention des Etats membres souhaitant participer à la troisième phase de l'union économique et monétaire et rejoindre la monnaie unique imposent notamment à ces Etats de contrôler leur taux d'inflation (lequel, en principe, ne doit pas dépasser de plus de 1.5 % celui des trois Etats membres présentant les meilleurs résultats en matière de stabilité des prix sur l'année précédant l'examen de la situation de l'Etat membre concerné). Ils imposent également un rapport entre le déficit public annuel et le produit

(82) Charte/Rel (84)23, 14 octobre 1994 (voy. l'article L du projet).

(83) Ph. WATSON, « Social Policy After Maastricht », *C.M.L. Rev.*, vol. 30, 1993, p. 480 ; A. WHITEFORD, « Social Policy After Maastricht », *E.L. Rev.*, vol. 18, 1993, p. 202.

intérieur brut (PIB) qui ne dépasse pas 3 % à la fin du précédent exercice budgétaire et un rapport entre la dette publique brute et le PIB qui ne dépasse 60 % à la fin du précédent exercice budgétaire. Les politiques déflationnistes que ces critères incitent à adopter, même si c'est au détriment de la croissance et de l'emploi dans le court terme, vont amener par la suite des réactions. Le Livre blanc présenté par la Commission en 1993 sur la croissance, la compétitivité, et l'emploi, dont les conclusions seront approuvées par le Conseil européen le 11 décembre 1993 (84), constitue la première trace de cette prise de conscience. Mais, compte tenu du peu d'enthousiasme des Etats membres à suivre l'ensemble des propositions du Livre blanc, il faudra attendre le Conseil européen extraordinaire de Luxembourg, des 20-21 novembre 1997 – le premier jamais consacré entièrement à l'emploi – pour que soit clairement reconnue la nécessité d'une meilleure coordination des politiques d'emploi des Etats membres. L'acquis majeur de ce Conseil européen – outre la visibilité que prend alors l'emploi sur la scène politique européenne – est d'anticiper sur l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, signé en 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, qui insère un nouveau titre sur l'emploi dans le traité de Rome et prévoit l'adoption par la Commission, sur proposition de la Commission, de lignes directrices sur l'emploi dont les Etats membres « tiennent compte dans leurs politiques de l'emploi » (article 128 § 2 CE). De manière significative, le recours à de telles « lignes directrices, portant à la fois sur les objectifs et sur les moyens » selon les conclusions du Conseil européen de Luxembourg (point 2), sont conçues sur le modèle des « grandes orientations des politiques économiques » des Etats membres et de la Communauté qui, depuis le Traité de Maastricht, visent à assurer une certaine convergence des politiques économiques des Etats membres dans l'union économique et monétaire : de même que l'interdépendance économique des Etats justifie que leurs politiques économiques soient définies comme une question d'intérêt commun, de même elle justifie que leurs politiques d'emploi fassent l'objet d'une approche coordonnée (85). En même temps, alignement ne signifie pas équivalence :

(84) Commission des Communautés européennes, *Croissance, compétitivité, emploi. Les défis et les pistes pour entrer dans le 21^{ème} siècle*, COM (93) 700 final, 5 janvier 1993.

(85) Ainsi que l'énoncent les conclusions du Conseil européen de Luxembourg des 20 et 21 novembre 1997 : « Il s'agit, tout en respectant les différences qui existent entre les deux domai-

l'article 128 § 2 CE précise que les lignes directrices adoptées en matière d'emploi « sont compatibles avec » les grandes grandes orientations de politiques économiques – c'est-à-dire qu'elles leur demeurent subordonnées.

IV. – La quatrième phase (depuis 1997) : après le Traité d'Amsterdam

1. – *Les méthodes ouvertes de coordination*

Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 a essentiellement réintégré au sein du traité C.E. l'Accord sur la politique sociale de 1992, ce qu'avait rendu possible le changement de majorité politique intervenu entretemps au Royaume-Uni. Le résultat demeure dans l'ensemble peu satisfaisant (86). Le chapitre du traité C.E. qui contient à présent les « dispositions sociales » ne reconnaît pas formellement les droits sociaux fondamentaux. Bien que la Communauté et les Etats membres agissent en matière sociale « conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 » (art. 136 CE), l'article 137 CE prévoit modestement que la Communauté « soutient et complète l'action des Etats membres » dans un certain nombre de domaines (santé et sécurité des travailleurs, conditions de travail, information et consultation des travailleurs, intégration des personnes exclues du marché du travail, égalité entre hommes et femmes) par l'adoption de directives, lesquelles doivent contenir « des prescriptions minimales applicables progressivement » ; le Conseil peut également adopter à l'unanimité des mesures en matière de sécurité sociale et de protection sociale des travailleurs, de protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail, de représentation et de défense collective des travailleurs et des employeurs, de détermination des conditions

nes et entre les situations de chaque Etat membre, de créer, pour l'emploi, comme pour la politique économique, la même volonté de convergence vers des objectifs décidés en commun, vérifiables et régulièrement mis à jour ».

(86) Lammy BERTIN, « The Amsterdam Treaty : Some General Comments on the new Social Dimension », *International J. of Comp. Labour Law and Indus. Relations*, vol. 13, 1997, p. 188 ; S. ROBIN-OLIVIER, « La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Dr. soc.*, 1999, p. 609.

d'emploi des ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans la Communauté. Demeurent exclus de toute forme d'harmonisation les rémunérations, le droit d'association et d'action collective (grève ou *lock-out*). Le Traité de Nice, sur lequel un accord politique a été obtenu en décembre 2000, mais qui est entré en vigueur seulement le 1^{er} février 2003, réécrit ensuite l'article 137 CE, tout en n'y apportant qu'une modification importante (87) : la méthode ouverte de coordination, qui était envisagée, sous le Traité d'Amsterdam, uniquement en matière de lutte contre l'exclusion sociale, à présent se trouve généralisée à l'ensemble des domaines couverts par l'article 137 CE. L'article 137 § 2 a) prévoit à présent que le Conseil

peut adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre États membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres.

C'est au Conseil européen de Lisbonne des 23-24 mars 2000 que la méthode ouverte de coordination est véritablement entrée en scène, en tant qu'alternative à part entière aussi bien à l'intergouvernementalisme pur et à la concurrence régulatoire entre les États, d'une part, et au transfert de compétences supplémentaires à la Communauté et l'harmonisation accrue, d'autre part. Mais l'incitant immédiat à innover sur le plan des méthodes de gouvernance résultait du souci de combiner, dans un cadre équilibré, l'amélioration de la compétitivité de l'économie des États membres dans le contexte de la mondialisation économique, et la cohésion sociale. Tel qu'exprimé par les conclusions du Conseil, l'objectif de la stratégie de Lisbonne était de préparer la transition vers une société et une économie de la connaissance, de « moderniser le modèle social européen en investissant dans les ressources humaines et en luttant contre l'exclusion sociale », et de favoriser la croissance économique. Aux fins de conduire une stratégie globale de nature à réaliser ces objectifs, une nouvelle méthode ouverte de coordination est intro-

(87) Par ailleurs, le Traité de Nice écarte la référence que faisait l'article 137 CE dans sa version du Traité d'Amsterdam à la possibilité pour le Conseil statuant à l'unanimité de prendre des mesures portant sur « les contributions financières visant la promotion de l'emploi et la création d'emplois (...) » (voy. l'article 137 § 3, al. 5, CE, dans sa version antérieure). En outre, la version modifiée par le Traité de Nice précise que les dispositions prises en vertu de l'article 137 CE « ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux États membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier », précision que ne comportait pas la version adoptée à Amsterdam.

duite, « permettant de diffuser les meilleures pratiques et d'assurer une plus grande convergence au regard des principaux objectifs de l'UE » (point 37 des conclusions du Conseil européen de Lisbonne).

La méthode ouverte de coordination est d'abord un nouveau mode de gouvernance, prenant appui sur l'adoption de lignes directrices au niveau de l'Union devant se traduire dans des politiques nationales et régionales, sur la définition d'indicateurs communs favorisant les comparaisons, et sur l'évaluation par les pairs. L'ambition est de combiner une approche décentralisée et ouverte aux syndicats et aux organisations de la société civile avec une coordination assurée au travers de l'évaluation des plans d'action nationaux en matière d'emploi et d'inclusion sociale (88). C'est cette dimension qui a notamment retenu l'attention de la communauté scientifique (89). Du point de vue de son apport à la définition de l'équilibre, au sein de l'Union, entre les objectifs économiques et les objectifs sociaux, son apport est mitigé. Dans certains cas, les gouvernements nationaux ont pu se saisir des lignes directrices et des recommandations adoptées dans le cadre de la stratégie européenne d'emploi, ou des objectifs communs arrêtés en matière de lutte contre l'exclusion sociale, pour faire accepter à leurs opinions publiques ou à leurs parlements nationaux des réformes impopulaires qui, sans cette légitimation, n'auraient sans doute pas pu être entreprises (90). Cette dépolitisation des politiques sociales et d'emploi conduites au plan national, combinée à l'instrumentalisation par les États membres des bonnes pratiques recommandées au plan européen, a favorisé dans l'ensemble l'adoption de réformes tendant à l'activation des prestations sociales, et visant à encourager des personnes inactives à s'insérer dans le marché de l'emploi, notamment pour faire face au défi que lance à l'avenir de nos systèmes de sécurité sociale l'évolution de nos courbes démographiques. Plus fonda-

(88) Sur la genèse de la méthode, on consultera avec intérêt les essais des membres du groupe d'experts réunis sous la présidence portugaise de l'Union du premier semestre 2000, coordonné par Maria Joao Rodrigues (RODRIGUES, 2004).

(89) Joanne SCOTT et David M. TRUBER, « Mind the Gap : Law and New Approaches to Governance in the European Union », *European Law Journal*, vol. 8, n° 1, mars 2002, pp. 1-18 ; Jonathan ZEITLIN, Philippe POCHET et Lars MAGNUSSEN (éd.), *The Open Method of Co-ordination in Action. The European Employment and Social Inclusion Strategies*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles-Berlin-Frankfurt am Main-New York-Oxford-Wien, 2005.

(90) Joëlle VISSER, « The OMC as Selective Amplifier for National Strategies of Reform. What the Netherlands Want to Learn from Europe », in Jonathan ZEITLIN, Philippe POCHET et Lars MAGNUSSEN (éd.), *The Open Method of Co-ordination in Action. The European Employment and Social Inclusion Strategies*, op. cit., chap. 5, pp. 173-215.

mentalement, à aucun moment l'objectif d'un renforcement de la cohésion sociale, qui s'est traduit par l'adoption des plans nationaux d'action d'inclusion sociale, n'a paru s'émanciper véritablement de l'objectif d'augmenter le taux d'emploi et de garantir ainsi le respect des équilibres macro-économiques : la décision du Conseil européen du printemps 2005, au terme d'une évaluation à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne, de relancer cette stratégie en l'axant de manière plus explicite sur la croissance et l'emploi, ce qui se traduit dorénavant par l'adoption par le Conseil de lignes directrices intégrées constituées à la fois des grandes orientations des politiques économiques et des lignes directrices pour l'emploi, ne fait que rendre ceci explicite (91).

Les méthodes ouvertes de coordination en matière d'emploi (processus de Luxembourg) et en matière de lutte contre l'exclusion (dans le cadre plus large de la stratégie de Lisbonne) se traduisent non pas par l'adoption de nouvelles obligations contraignantes pour les Etats membres, mais par la définition d'objectifs communs combinée à l'organisation d'un partage des expériences nationales favorisant un apprentissage collectif entre les Etats membres. Elles ont dès lors conduit l'ensemble des acteurs impliqués dans ces développements à progressivement s'approprier un vocabulaire commun, qui traduit une perception partagée des défis à rencontrer et des moyens par lesquels aller vers l'objectif défini au Conseil européen de Lisbonne de mars 2000 (92). L'idée centrale qui traverse ces évolutions est bien exprimée par le Comité de la protection sociale dans le rapport soumis au Conseil Emploi, politique sociale, santé et consommateurs de décembre 2002, qui a révisé les objectifs communs de la méthode ouverte de coordination en matière de lutte contre l'exclusion sociale, initialement arrêtés au Conseil européen de Nice de décembre 2000 : « L'emploi est la meilleure protection contre

(91) Les conclusions du Conseil européen de Bruxelles des 22 et 23 mars 2005 (doc. Conseil 7619/1/05, REV. 1) indiquent du reste : « En tant qu'instrument général de coordination des politiques économiques, les GOPE devraient continuer d'englober tout l'éventail des politiques macroéconomiques et microéconomiques, ainsi que les politiques en matière d'emploi, pour autant qu'il y ait interaction avec les premières ; les GOPE assureront la cohérence économique générale des trois dimensions [économique, sociale et environnementale] de la stratégie » (point 38). Le 12 avril 2005, la Commission a présenté ses lignes directrices intégrées pour la croissance et l'emploi couvrant la période 2005-2008. Ce document a servi de base aux plans d'action nationaux que les Etats membres ont dû présenter à l'automne 2005.

(92) Voy. notamment l'Agenda pour la politique sociale (2000-2005) (Commission des Communautés européennes, 2000), approuvé par le Conseil européen de Nice des 7, 8 et 9 décembre 2000 ; et Commission des Communautés européennes, 2004.

l'exclusion sociale. Afin de développer un emploi de qualité, il convient de développer la capacité d'insertion professionnelle, en particulier grâce à l'acquisition des compétences et à la formation tout au long de la vie. La mise en œuvre des objectifs dont s'est dotée l'Union européenne dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi contribue ainsi de manière déterminante à la lutte contre l'exclusion. La croissance économique et la cohésion sociale se renforcent mutuellement. Une société avec plus de cohésion sociale et moins d'exclusion est le gage d'une économie plus performante. Les systèmes de protection sociale jouent également un rôle stratégique. A cet égard, les systèmes nationaux d'assistance sociale et les systèmes garantissant des ressources suffisantes sont d'importants instruments de la politique de protection sociale. Il importe, dans le cadre d'un État social actif, de promouvoir des systèmes de protection sociale modernes, favorisant l'accès à l'emploi. Les pensions de retraite et l'accès aux soins de santé jouent également un rôle important dans la lutte contre l'exclusion sociale» (93).

Cette approche générale a été renforcée à la suite de la révision à mi-parcours de la stratégie de Lisbonne 2000-2010. Le rapport du Groupe d'experts de haut niveau présidé par l'ancien premier ministre néerlandais W. Kok de novembre 2004 (94), approuvé aussitôt par la Commission européenne (95) et par le Conseil de l'Union, a notamment relevé que la stratégie de Lisbonne n'avait pas donné les résultats attendus, en raison en particulier d'une dispersion des objectifs et d'un défaut de lisibilité, et d'une mobilisation insuffisante au sein des Etats membres. Le recentrage sur la croissance et l'emploi vise à agir par priorité sur l'un des trois axes – économique, social et environnemental – définis jusqu'à présent dans la stratégie de Lisbonne, telle que revue par le Conseil européen de Göteborg de juillet 2001 (96). La cohésion sociale est définie dans des termes qui

(93) Lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale : objectifs communs pour la deuxième série de plans d'action nationaux, 25 novembre 2002 (doc. Conseil 14164/1/02 REV 1).

(94) *Relever le défi – la stratégie de Lisbonne pour la croissance et l'emploi* (novembre 2004).

(95) Commission des Communautés européennes, Communication au Conseil européen de printemps, *Travaillons ensemble pour la croissance et l'emploi – Un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne*, COM(2005)24 du 2.2.2005.

(96) Dans la Communication qui a précédé le Conseil européen de printemps ayant entériné les modalités de la relance de la stratégie de Lisbonne, la Commission propose de « recentrer l'agenda de Lisbonne sur des actions promouvant la croissance et l'emploi en pleine cohérence avec l'objectif de développement durable. Les actions menées dans le cadre de cette stratégie devraient renforcer la capacité de l'Union à réaliser et développer encore nos objectifs environnementaux et sociaux. Mais il importe de définir à présent une stratégie qui soit axée sur les

la présentent comme devant résulter de l'amélioration des performances des Etats membres en matière d'emploi. Elle continue de figurer parmi les objectifs à poursuivre. Mais les efforts de réforme porteront, moins sur la lutte contre l'exclusion sociale en tant que telle, que sur les incitations à l'emploi et le développement de dispositifs qui, assurant une combinaison de la flexibilité et de la sécurité de l'emploi, aboutissent à encourager une mobilité des parcours professionnels et à fonder la sécurité de l'emploi davantage sur la capacité de reconversion et l'amélioration des compétences, ainsi que sur la facilitation des créations d'entreprises, plutôt que sur le droit acquis à conserver son emploi.

2. - *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*

Au même moment où la stratégie de Lisbonne est conçue puis mise en oeuvre, les Etats membres, appuyés en cela par la Commission et le Parlement européen, décident de doter l'Union européenne d'un catalogue de droits fondamentaux. Ce travail se développe sur près d'un an, entre octobre 1999 et septembre 2000. L'entreprise poursuit plusieurs objectifs. Il s'agit de renforcer la légitimité de l'Union aux yeux du citoyen européen, en donnant davantage de visibilité à l'acquis de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux, tel qu'il découle notamment de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, de certaines dispositions du Traité de Rome - notamment ceux relatifs à la citoyenneté de l'Union -, et de l'adoption d'un ensemble d'instruments de droit dérivé. Il s'agit aussi d'envoyer un signal fort aux nouveaux Etats membres, appelés à rejoindre l'Union au 1er mai 2004, et dont les traditions démocratiques et de respect des libertés civiles ne sont pas aussi solidement ancrées que dans les anciens Etats membres. Il s'agit également de compenser, par l'adoption d'un catalogue de droits, l'extension des pouvoirs de l'Union européenne en matière de justice et d'affaires intérieures, particulière-

domaines dans lesquels les performances de l'Europe sont insuffisantes (par exemple, croissance stagnante et création insuffisante d'emplois)» (Commission des Communautés européennes, Communication au Conseil européen de printemps, Travaillons ensemble pour la croissance et l'emploi - Un nouvel élan pour la *stratégie de Lisbonne*, COM(2005)24 du 2.2.2005, p. 13). La Commission ne sera suivie que partiellement par les Etats membres réunis au sein du Conseil, qui a réaffirmé explicitement les composantes sociale et environnementale de la stratégie de Lisbonne.

ment sensibles du point de vue des libertés fondamentales. Enfin, il s'agit de favoriser la poursuite de l'intégration européenne, en lui donnant un cadre qui soit de nature à rassurer non seulement les opinions publiques, mais également les juridictions nationales - particulièrement la Cour constitutionnelle fédérale allemande -, quant à la compatibilité de l'approfondissement de ce processus avec les garanties relatives aux droits fondamentaux figurant dans les constitutions nationales des Etats membres.

Comme les débats ayant précédé l'adoption, en 1989, de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, les débats ayant conduit à l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne au Sommet de Nice de décembre 2000 ont illustré également, à leur manière, la tendance à la relégation de la Charte sociale européenne parmi les instruments destinés à demeurer extérieurs à l'ordre juridique de l'Union lui-même, tandis que celle-ci poursuivra un trajet autonome afin d'assurer en son sein la protection des droits sociaux fondamentaux. Le sort de la Charte sociale européenne est notablement différent de celui de la Convention européenne des droits de l'homme, qui fait quant à elle l'objet d'une véritable réception matérielle dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Le contraste entre les deux instruments du Conseil de l'Europe ne peut être ignoré. Sans doute, la Charte sociale européenne (révisée) ait inspiré la formulation de plusieurs dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Mais, d'une part, celle-ci a omis d'en inclure plusieurs des garanties, alors que la totalité des droits et libertés de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles additionnels ont été repris; d'autre part, tandis qu'il est prévu que les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui correspondent à des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme seront lues en fonction de l'interprétation de ces dernières dispositions par la Cour européenne des droits de l'homme (97), aucune clause semblable ne vise à encourager une lecture des articles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union

(97) Voy. l'article 52 §3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, figurant dans la disposition relative à la «Portée des droits garantis» dans la Charte : «Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne [des droits de l'homme], leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue».

européenne en fonction de l'évolution de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux.

V. – Un diagnostic

Le parcours des sections précédentes appelle deux réflexions. Une première réflexion concerne la dialectique entre l'économie et le social dans la construction de la Communauté européenne (V.1.). Il faut ensuite en tirer les conséquences, du point de vue de la nécessité de tenir compte davantage, dans le développement des législations et des politiques de la Communauté européenne, de la Charte sociale européenne. Les propositions quant à la manière d'effectuer cette liaison distinguent les deux niveaux auxquels est posée, aujourd'hui, la question de l'impact du marché intérieur et de l'union économique et monétaire sur la capacité des Etats membres de s'acquitter des obligations que leur impose la Charte sociale européenne (V.2.).

1. – L'équilibre entre l'économie et le social dans la Communauté européenne

La dynamique d'ensemble que nous avons parcourue fait passer d'une absence de prise en compte de la dimension sociale de la construction du marché commun à un progrès important de l'harmonisation sociale au cours des années 1970 et 1980, jusqu'à un ralentissement à la fin des années 1990. Aussi bien l'ambition fixée par l'Acte unique européen de 1986 – l'achèvement d'un marché intérieur au 31 décembre 1992 – que celle définie dans le Traité de Maastricht de 1992 – l'union économique et monétaire et la création de la monnaie unique entre les Etats de la zone euro en 1999 – ont conduit à vouloir accompagner ces progrès de l'intégration économique et monétaire d'avancées en matière sociale. Mais les techniques suivies ont été très différentes : adoption d'initiatives réglementaires dans un premier temps, coordination ouverte entre les Etats membres en matière de politiques d'emploi et de lutte contre l'exclusion sociale au cours de la phase la plus récente. Une rhétorique des droits fondamentaux a accompagné chacun de ces mouvements : à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 a succédé, comme pointe visible

de cette rhétorique, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée au Sommet de Nice de décembre 2000 (98). Mais l'impact concret de ces textes demeure limité en matière sociale, non pas tant parce que leur fait défaut le statut d'être juridiquement obligatoire, que parce que ces chartes ne modifient pas la répartition des compétences entre les Etats membres et la Communauté européenne. La Charte des droits fondamentaux en particulier peut contribuer à renforcer la prise en compte des droits sociaux fondamentaux dans l'élaboration des législations et politiques communautaires, et elle peut influencer la définition par la Cour de justice des Communautés européennes de l'équilibre entre les libertés économiques de circulation et le droit de la concurrence, d'une part, et les droits sociaux, de l'autre (99). Mais elle ne suffit naturellement pas à modifier le déséquilibre plus fondamental qui résulte de ce que les règles relatives au marché intérieur sont définies dans le traité de Rome et dans le droit dérivé, alors que le droit du travail et la protection sociale sont encore, principalement, fixés au niveau des Etats membres (100). A l'avenir, l'Europe sociale semble devoir éprouver d'autant plus de difficultés à émerger que l'élargissement de l'Union à 27 Etats membres rend la prise de décision dans ces matières, compte tenu notamment des différences d'approche entre les Etats membres, particulièrement lourde.

Les méthodes ouvertes de coordination inaugurées en matière d'emploi et en matière de lutte contre l'exclusion sociale, mais également en matière de réforme des pensions et de soins de santé, visent à prendre en compte l'interdépendance des Etats membres dans un espace économique et monétaire intégré, en vue de leur imposer une discipline commune et d'éviter que l'absence de réformes économiques dans un Etat – ou l'adoption de réformes mal conçues – ne créent un impact négatif sur les autres Etats de cet

(98) Silvana SCARPA, « La dimension sociale. La constitutionnalisation de l'Europe sociale, entre droits sociaux fondamentaux et soft law », in Olivier DE SCHUTTER et Paul NIHOUL (éd.), *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union européenne*, Larier, Bruxelles, 2004, chap. 2, pp. 171-194.

(99) Olivier DE SCHUTTER, « Les droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in : Jean-Yves CARLIER et Olivier DE SCHUTTER (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 117-148 ; et Tamara HERVEY et Jeff KENNER (éd.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Oxford, Hart Publ., 2003.

(100) Olivier DE SCHUTTER, « La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire », *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 12, septembre 2000, n° 1-2, pp. 33-47.

espace. Ces coordinations n'ont pas pour principal objectif d'endiguer les risques d'une dérégulation compétitive entre les Etats membres, qui risquerait de s'exercer au détriment de la protection des droits sociaux fondamentaux. D'une certaine manière, elles ont l'effet exactement inverse : sous la pression d'une évaluation régulière par les pairs, elles incitent les Etats à entamer des réformes éventuellement douloureuses pour la population, au détriment, au moins dans le court terme, de la cohésion sociale ; elles font échapper ces réformes économiques, nécessaires à l'amélioration des performances économiques des Etats membres, aux contingences électorales, et introduisent de la continuité entre différentes équipes gouvernementales. Le risque tant agité de « dérégulations compétitives », ou d'un dumping social en provenance des pays d'Europe centrale et orientale afin d'attirer chez eux les investisseurs (101) est perçu comme moins réel que le risque que certains Etats ne jouent pas le jeu des réformes économiques nécessaires à permettre à l'Union de devenir « l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale », selon le nouvel objectif stratégique défini au Conseil européen de Lisbonne des 23-24 mars 2000 (point 5).

Il est donc fondamental que le processus de réformes économiques, y compris la réforme des marchés du travail et la modernisation des systèmes de protection sociale en vue de rendre le travail rentable, soit encadré par une référence aux droits fondamentaux (102). Le Groupe de haut niveau sur l'avenir de la politique sociale dans l'Union européenne élargie estime devoir relativiser les craintes de dumping social, compte tenu, d'une part, de ce que les différences de coûts salariaux entre les nouveaux Etats membres

(101) Pour des vues contrastées de ce risque, comp. David VAUGHAN-WHITEHEAD, *EU Enlargement versus Social Europe? The Uncertain Future of the European Social Model*, Edward Elgar, Cheltenham, 2003 ; Commission des Communautés européennes, DG Emploi et Affaires sociales, Report of the High Level Group on the future of social policy in an enlarged European Union, mai 2004.

(102) Stijn SMEMANS, « How to Be Fundamental with Soft Procedures ? The Open Method of Coordination and Fundamental Social Rights », in Grégoire DE BURCA et Bruno DE WITTE (éd.), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, 2005, pp. 217-240 ; Antonio LOFARO et Alberto ANDRONICO, « Defining Problems : the Open Method of Coordination, Fundamental Rights and the Theory of Governance », in Olivier DE SCHUTTER et Simon DEAKIN (éd.), *Social Rights and Market Forces. Is the open coordination of employment and social policies the future of Social Europe?*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 41-98.

(particulièrement les huit pays d'Europe centrale et orientale) et les anciens Etats membres correspondent à des réelles différences de productivité, et sont amenées à s'ajuster avec le temps, et compte tenu, d'autre part, des engagements internationaux communs de tous les Etats membres de l'Union européenne, au sein de l'Organisation internationale du travail comme au sein du Conseil de l'Europe (103). Ce dernier argument était déjà avancé dans le rapport Ohlin en 1956. Mais il ne tient pas compte de ce que, par delà l'identité apparente des engagements internationaux, l'étendue de ces engagements comme les modalités de mise en œuvre diffèrent fortement d'Etat membre à Etat membre. Il serait donc justifié d'introduire, au sein même de l'Union européenne, un mécanisme de surveillance du respect par les Etats membres des droits sociaux fondamentaux, afin de limiter le risque de différences trop importantes d'Etat à Etat et de renforcer le modèle social européen (104).

Même si le risque de dérégulations compétitives demeure limité y compris dans l'Union européenne élargie, l'élargissement – compte tenu des différences qui subsistent entre les différents Etats membres – aura en tout cas pour effet d'accélérer le processus de restructuration des entreprises, forcées de s'adapter aux exigences d'une concurrence accrue au sein de l'espace économique européen. Ces restructurations ne sont pas en soi une anomalie : au contraire, elles s'inscrivent dans la stratégie de Lisbonne elle-même, qui les conçoit comme de nature à renforcer la compétitivité de l'Union européenne dans un cadre mondialisé. Mais dans les secteurs industriels les plus exposés, les impacts sociaux seront potentiellement considérables. Ceci conduit à insister sur l'urgence d'une solidarité non seulement entre les « anciens » Etats membres et les « nouveaux » Etats membres, de manière à favoriser le rattrapage de ces derniers Etats – le rôle des fonds structurels en vue de garantir la cohésion économique et sociale est à cet égard évidemment décisif –, mais également, au sein de chaque Etat, entre les secteurs menacés par ces restructurations et d'autres secteurs plus à l'abri.

(103) Commission des Communautés européennes, DG Emploi et Affaires sociales, Report of the High Level Group on the future of social policy in an enlarged European Union, mai 2004, p. 13.

(104) Olivier DE SCHUTTER, « The Implementation of Fundamental Rights through the Open Method of Coordination », in Olivier DE SCHUTTER et Simon DEAKIN (éd.), *Social Rights and Market Forces*, précité, pp. 279-343.

Or, la question qui est ouverte aujourd'hui est celle de savoir si les Etats membres ne se sont pas privés de la capacité d'assurer une protection suffisante des secteurs les plus fragilisés (105). D'un côté, ils sont tenus à la discipline budgétaire qui leur est imposée dans le cadre de l'union économique et monétaire, et que traduit le pacte de stabilité et de croissance (106). De l'autre, il leur est très difficile d'accroître le niveau de taxation, afin de financer des programmes sociaux qui ne peuvent plus être financés par des déficits publics. Plus précisément, les réformes fiscales qui peuvent être envisagées aujourd'hui tendent systématiquement à privilégier les entreprises sur les ménages, et au sein même des impôts sur les revenus des particuliers, les tranches les plus riches de la population sur les tranches les plus pauvres. La mécanique est simple : ce sont les facteurs les plus mobiles (les entreprises et les particuliers ayant les revenus les plus élevés, qui bénéficient le plus de la mobilité au sein de l'Union européenne) que les Etats ont tendance à épargner le plus, puisque des niveaux de fiscalité trop élevés sur ces facteurs risqueraient de les inciter à s'établir ailleurs. Il importe peu que, parmi les facteurs conduisant les entreprises au choix du lieu de l'investissement, le niveau de charges fiscales ne joue qu'un rôle relativement secondaire – et moins important en tout cas que la qualité des infrastructures, la proximité des débouchés, ou le niveau de qualification de la main d'œuvre disponible. Que la crainte des délocalisations d'entreprises existe, ou celle de l'expatriation des particuliers les plus aisés, et ceci suffit le plus souvent à orienter la direction des réformes. Ce phénomène de la concurrence fiscale en matière d'impôts sur les sociétés (107) s'est accentué nettement avec

(105) Elspeth Guild, «How Can Social Protection Survive EMU? A United Kingdom Perspective», *European Law Review*, vol. 24, 1999, pp. 22-37.

(106) Initialement, la procédure pour déficits publics excessifs prévue par l'article 104 CE était fixée par le règlement (CE) no 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques (JO L 209 du 2 août 1997, p. 1). La révision de la procédure en juin 2005 (Règlement (CE) n° 1056/2005 du Conseil du 27 juin 2005 modifiant le règlement (CE) n° 1467/97 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs (JO n° L 174 du 7 juillet 2005, p. 5)) constitue une amélioration significative, puisqu'elle permet de tenir compte mieux de données qualitatives – c'est-à-dire de l'origine des déficits excessifs – et de l'hétérogénéité des situations économiques des Etats membres.

(107) Ne sont pas affectés par le même phénomène les taxes sur la valeur ajoutée (TVA), sur lesquelles une coordination existe entre les Etats membres, ni la fiscalité de l'épargne, sur laquelle un accord a été trouvé entre les Etats membres en juin 2003. En revanche, une certaine concurrence existe en matière d'impôt sur les revenus des particuliers, surtout en ce qui concerne les tranches supérieures. Voy. G. Moatti, «Face à la concurrence fiscale», *Le Monde*, 18 octobre 2005, p. IV.

l'élargissement, puisque plusieurs Etats membres à présent s'inscrivent dans une stratégie que l'Irlande (dont le taux d'imposition sur les sociétés est de 12,5 %) a inaugurée avec succès il y a nombreuses années déjà. Le taux d'imposition sur les bénéfices réinvestis est de 0 % en Estonie, contre 19 % en Pologne et en Slovaquie et 33,3 % en France. En Allemagne, il a été ramené de 40 à 25 % sous la coalition rouge-verte du chancelier Schröder. Ainsi, «le taux nominal moyen de l'IS dans l'Union à quinze est passé de 48 % en 1982 à environ 32 % en 2002. Et les accélérations les plus sensibles de cette baisse se sont produites dans les moments où l'intégration économique progressait : au début des années 1990 (achèvement du grand marché) et au début des années 2000 (entrée en scène de l'euro)» (108). La Cour de justice a récemment confirmé que la liberté d'établissement des sociétés constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, comprend le droit d'exercer leur activité dans l'Etat membre concerné par l'intermédiaire d'une filiale, d'une succursale ou d'une agence, y compris en vue de bénéficier dans l'Etat d'accueil d'un traitement fiscal plus favorable : bien que les Etats puissent réagir à des pratiques abusives (109), «l'existence d'un avantage résultant de la fiscalité peu élevée à laquelle est soumise une filiale établie dans un Etat membre autre que celui dans lequel a été constituée la société mère n'autorise pas, par elle-même, ce dernier Etat membre à compenser cet avantage par un traitement fiscal moins favorable de la société mère» (110).

Nous en sommes là. Depuis les débuts de la Communauté européenne, les tentatives de rééquilibrer l'économie par le social ont toujours buté sur une limite, celle du refus des Etats membres de céder une part trop importante de leurs compétences en matière de protection sociale et en matière fiscale. A ce premier obstacle s'en ajoute à présent un second : les formes de la transaction entre l'éco-

(108) Ces données sont fournies par G. Moatti, «Face à la concurrence fiscale», *Le Monde*, 18 octobre 2005, p. IV. Ces craintes de «dumping fiscal» ont été étudiées plus particulièrement par Stefan Sinn, «The Taming of Leviathan. Competition Among Governments», *Constitutional Political Economy*, vol. 3 (1993), pp. 177-221 ; et par Sven Steinmo, «The End of Redistribution? International Pressures and Domestic Policy Choices», *Challenge*, vol. 37(6) (1994), pp. 9-17.

(109) Notamment la création d'une société «boîte aux lettres», pratiquement fictive, sans lien économique réel avec l'Etat d'accueil : voy. C.J.C.E., 2 mai 2006, *Eurofood IFSC*, C-341/04, non encore publié au Rec., points 34 et 35.

(110) C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes plc*, C-196/04, point 49.

nomique et le social, qui doivent définir le modèle social européen dans sa spécificité, apparaissent de plus en plus dictées par l'évolution de la mondialisation économique, et par le souci de l'Union de demeurer compétitive face à ses grands concurrents – à commencer par les Etats-Unis. La stratégie de Lisbonne visait autant, sinon davantage, à préparer l'Union européenne à mieux affronter le choc de l'internationalisation des économies qu'à assurer une gestion des rapports entre les Etats membres, afin de limiter les tentatives de la part des Etats membres de recourir à des stratégies de « cavalier seul » au sein d'un espace économique intégré. Mais sans un renforcement des mécanismes de solidarité entre les Etats et au sein de chaque Etat, le risque est bien que le social, éternel second, demeure subordonné à l'orthodoxie macro-économique et aux impératifs de la globalisation en marche. Plus que jamais, c'est à condition d'accepter d'en confier certaines modalités d'exercice par un transfert accru de compétences à l'Union que les Etats membres pourront reconquérir une souveraineté que les marchés leur disputent.

2. – *La prise en compte de la Charte sociale européenne*

Une meilleure prise en compte de la Charte sociale européenne dans le droit et les politiques de la Communauté européenne – et des Etats membres qui agissent dans le domaine d'application du droit de l'Union européenne – serait de nature à rencontrer, au moins en partie, les difficultés qui ont été identifiées. Ces difficultés se présentent cependant à deux niveaux très différents. Il faut clairement les distinguer afin d'examiner les solutions qu'elles peuvent appeler.

a) *Difficultés d'ordre structurel liées à l'établissement d'un espace sans frontières et à l'union économique et monétaire*

Une première série de difficultés tient à la liberté d'action restreinte dont disposent les Etats membres de l'Union européenne, dans la conduite de leurs politiques sociales. Ensermés dans les contraintes de l'union économique et monétaire, qui fait obstacle à l'adoption par les Etats membres prenant part à la monnaie unique de plans de relance de nature keynésienne, ces Etats pourraient être

amenés à sacrifier certains objectifs de nature sociale, notamment dans les domaines de la santé ou de l'éducation, afin de se conformer à la discipline budgétaire qu'impose le pacte de stabilité et de croissance. En outre, ils peuvent être amenés à flexibiliser le marché du travail, y compris notamment les mécanismes de fixation des salaires, afin de limiter les risques d'inflation, incompatibles avec leur participation à la monnaie unique. Ces contraintes d'ordre macro-économique peuvent avoir un impact négatif sur la capacité des Etats à respecter les obligations que leur fixe la Charte sociale européenne. En outre, la liberté d'établissement qui est reconnue à toute entreprise domiciliée dans un Etat membre de l'Union, ainsi que la libre prestation des services, dans l'ensemble de la Communauté, à partir de tout Etat membre, mettent en concurrence les législations étatiques, y compris lorsque ces législations visent à la protection de certains droits sociaux. La liberté d'établissement des entreprises introduit enfin une concurrence fiscale entre les Etats membres, notamment en ce qui concerne l'impôt sur les sociétés, compte tenu de la mobilité des entreprises.

Ces difficultés de nature structurelle paraissent devoir être rencontrées d'abord au niveau de chaque Etat membre. C'est à lui qu'il revient d'arbitrer entre les contraintes qu'entraîne son appartenance à l'Union européenne (ou sa participation à la troisième phase de l'union économique et monétaire), d'une part, ses autres obligations internationales, notamment celles découlant de la Charte sociale européenne, d'autre part. Une étude d'impact de l'union économique et monétaire sur la capacité des Etats à respecter leurs engagements dans le cadre de la Charte sociale européenne, élaboré au départ de la jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, serait à cet égard particulièrement utile. Ceci exigerait cependant d'isoler l'impact de l'union économique et monétaire et des pressions exercées par la concurrence réglementaire au sein du marché intérieur sur les orientations prises par les Etats membres; et il faudrait tenir compte, non seulement des contraintes que leur appartenance à la Communauté européenne ou leur participation à l'union économique et monétaire impose aux Etats, mais également des marges que permet de dégager, pour la conduite de politiques publiques, les gains de croissance rendus possibles par le marché intérieur.

b) *Difficultés d'ordre constitutionnel liées à la protection des libertés économiques de circulation et de la liberté de concurrence*

La garantie par les Etats membres de l'Union européenne de certains droits sociaux, ou la poursuite par ces Etats de certains objectifs de nature sociale, peuvent déboucher sur des entraves à certaines libertés économiques fondamentales du Traité de Rome, notamment de circulation des marchandises ou de prestation des services, ou constituer des restrictions aux dispositions du Traité en matière de concurrence ou d'aides d'Etat – en particulier, dans ce dernier cas, en ce qui concerne le financement de certains services publics. Les règles du Traité CE ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes autorisent les Etats, dans une large mesure, à apporter des restrictions à ces obligations aux fins de poursuivre des objectifs de nature sociale, en particulier lorsqu'il s'agit de la protection des droits fondamentaux des travailleurs. Cependant, la référence à la Charte sociale européenne n'est pas explicite dans la définition des exigences impératives d'intérêt général ou des fins sociales que les Etats peuvent prétendre vouloir poursuivre, afin de justifier par là pareilles restrictions.

Cette difficulté pourrait être rencontrée par une indexation plus systématique de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, avec l'interprétation qu'en fait le Comité européen des droits sociaux. Le statut de la Charte sociale européenne serait ainsi aligné sur celui de la Convention européenne des droits de l'homme, tel que le définit l'article 52 §3 de la Charte des droits fondamentaux. A défaut d'une modification opérée dans le texte même de la Charte des droits fondamentaux, comme cela aurait pu être fait au moment de l'intégration de la Charte dans le Traité sur l'Union européenne lors de la conclusion du Traité de Lisbonne, l'on pourrait détailler les références aux droits reconnus dans la Charte sociale européenne dans les lignes directrices orientant les études d'impact approfondies dont la Commission européenne accompagne ses propositions législatives, et qui, depuis 2005, ont

explicitement inclu des références à la Charte des droits fondamentaux (111).

Pour souhaitable qu'il soit, l'établissement d'un lien plus étroit entre la Charte des droits fondamentaux de l'Union par l'un des deux procédés mentionnés ci-dessus n'est, pour autant, pas entièrement satisfaisant. Car ces procédés aboutissent à ne faire référence à la Charte sociale européenne – comme le juge communautaire semble en manifester l'intention – que dans la mesure où ses dispositions ont été reprises dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Une référence plus complète à la Charte sociale européenne serait pourtant concevable. Cet objectif pourrait être réalisé par une déclaration solennelle des institutions, calquée sur la déclaration du 5 avril 1977, dans laquelle le Conseil, le Parlement européen et la Commission affirmaient leur attachement à la Charte sociale européenne en tant qu'instrument de référence en matière de droits sociaux sur le continent européen, et prendraient l'engagement de la respecter dans l'élaboration des lois européennes. A terme, il faut mettre à l'étude la question de l'adhésion de l'Union à la Charte sociale européenne révisée. La disparité des engagements des Etats membres de l'Union européenne dans le cadre de la Charte sociale européenne – certains Etats membres n'ont pas ratifié la Charte sociale européenne révisée de 1996; les Etats ont accepté un nombre plus ou moins important de paragraphes numérotés de l'instrument auquel ils sont parties – ne fait pas obstacle à pareille adhésion. Pareille adhésion supposerait, certes, une modification de la Charte sociale européenne révisée – lors de la négociation de laquelle, on l'a vu, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a rejeté une proposition consistant à inscrire dans cet instrument une disposition autorisant l'adhésion de la Communauté européenne –. Et elle pose des problèmes délicats au regard du droit de l'Union européenne, notamment en ce qui concerne la compétence internationale de la Communauté ou de l'Union européenne. Mais on a tenté de montrer ailleurs qu'aucun de ces obstacles n'est véritable-

(111) SEC(2005)791, 15 juin 2005. La pratique des études d'impact est systématique dans les propositions législatives de la Commission découlant de son programme annuel de travail, depuis 2002 : voy. COM(2002)276, du 5 juin 2002. La révision des lignes directrices orientant les études d'impact a été précédée d'une étude portant sur les moyens de faire figurer dans les études d'impact une référence plus systématique aux droits fondamentaux : voy. EPEC (European Policy Evaluation Consortium), *The Consideration of Fundamental Rights in Impact Assessment. Final Report*, décembre 2004, 61 pages.

ment insurmontable (112). Après avoir évoqué l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, l'annexe à la déclaration finale adoptée lors du Sommet des chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe tenu à Varsovie les 16 et 17 mai 2005 (113), contenant les Lignes directrices sur les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, note que « compte tenu des compétences de la Communauté européenne, l'adhésion à d'autres conventions du Conseil de l'Europe et la participation à des mécanismes du Conseil de l'Europe devraient être envisagées sur la base d'un examen détaillé ».

Une des décisions prises lors de ce sommet fut de confier à Jean-Claude Juncker, Premier Ministre du Luxembourg, la préparation à titre personnel d'un rapport sur les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne (114). Ce rapport a été présenté le 11 avril 2006 (115). Il conclut, à moyen terme, sur la nécessité d'une adhésion de l'Union européenne au Conseil de l'Europe d'ici 2010. A court terme, il recommande qu'au sein des instances de l'Union européenne, « l'esprit de l'article 6.2 du Traité sur l'Union européenne, sur lequel est fondé la coopération avec le Conseil de l'Europe, se concrétise par une règle de travail stipulant que les arrêts, rapports, conclusions, recommandations et avis issus des mécanismes de suivi précités : 1. soient systématiquement considérés comme la première référence continentale en matière de droits de l'Homme; 2. soient explicitement cités comme référence dans les documents produits par ces instances de l'Union européenne ».

La systématisation des références à la Charte sociale européenne dans le développement du droit et des politiques de l'Union européenne serait une manière de progresser dans cette direction. Elle est d'autant plus souhaitable que la méfiance des opinions publiques à l'égard des orientations de l'Union semble tenir, à titre principal, à l'impression – fondée ou non – d'un déséquilibre entre les dimensions économique et sociale de la construction européenne.

(112) Voy. O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Charte sociale européenne », *EUI Working Paper LAW* n° 2004/11, 42 pages; O. DE SCHUTTER, « Anchoring the European Union to the European Social Charter: The Case for Accession », in G. DE BÚRCA and B. DE WITTE (eds), *Social Rights in Europe*, Oxford Univ. Press, 2005, pp. 111-152.

(113) CM(2005)80 final 17 mai 2005.

(114) Déclaration finale, para. 10.

(115) *Conseil de l'Europe – Union européenne : Une même ambition pour le continent européen*, rapport de Jean-Claude Juncker, Premier Ministre du Grand-duché de Luxembourg, aux Chefs d'Etat et de gouvernement des Etats membres du Conseil de l'Europe, 11 avril 2006.