

# Chapitre 3

## Équilibrer les droits fondamentaux sociaux et économiques au sein de l'UE : à la recherche d'une meilleure méthode

Sacha Garben

### Introduction

Les droits sociaux sont à la mode. En novembre 2017, les présidents des institutions européennes ont solennellement proclamé le Socle européen des droits sociaux (SEDS). Plusieurs actes législatifs, dont une directive relative aux conditions de travail transparentes et prévisibles et une autre concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée, ont déjà été adoptés dans le cadre de la mise en œuvre en cours du SEDS (Garben 2019a ; Sabato *et al.* 2018). Loin de se dissiper, l'élan en faveur d'une Europe des droits sociaux continue à se renforcer. Lors de son discours devant le Parlement européen, la nouvelle présidente de la Commission européenne, Ursula von der Leyen, a annoncé un « plan d'action pour donner vie à notre socle des droits sociaux », comprenant un salaire minimum, un régime de réassurance chômage, une garantie pour l'enfance et des investissements dans l'éducation (von der Leyen 2019).

Si les droits sociaux sont politiquement à la mode à Bruxelles et au-delà, ils ne sont bien sûr pas nouveaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne (UE). Il y a vingt ans, au moment de la publication de la première édition du « Bilan social de l'Union européenne » (Degryse et Pochet 2000), l'ordre juridique de l'UE comportait une Charte dotée des mêmes droits sociaux que ceux récemment réaffirmés dans le SEDS, auxquels tous les États membres avaient souscrit à l'époque : la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (ci-après « Charte communautaire<sup>1</sup> »). Tout comme le SEDS, la Charte communautaire n'était pas juridiquement contraignante et n'offrait donc, en tant que telle, aucun droit opposable aux particuliers. En lieu et place, elle constituait un plan d'action qui a mené à l'adoption d'une série de mesures législatives conférant aux travailleurs des droits sociaux concrets. Une grande partie de l'acquis social actuel résulte de la Charte communautaire et de son programme d'action : les directives sur la santé et la sécurité au travail, la déclaration écrite, le détachement des travailleurs, le temps de travail, les travailleuses enceintes et les jeunes au travail. À bien des égards, on peut considérer que le SEDS reprend la formule gagnante de la Charte communautaire dans le but de revigorer la dimension sociale de l'intégration européenne.

---

1. La Charte communautaire a été adoptée en 1989, mais initialement sans le Royaume-Uni, qui a adhéré en 1997 suite à un changement de gouvernement.

On peut s'interroger sur la nécessité d'une réaffirmation des droits sociaux pour relancer l'Europe sociale, sachant qu'avec le traité de Lisbonne, encore relativement récent, les droits sociaux avaient acquis une place encore plus importante dans la construction juridique européenne : ils font en effet partie intégrante de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (ci-après « Charte de l'UE »), qui est contraignante et possède le même statut juridique que les traités<sup>2</sup>. La période comprise entre le traité de Lisbonne et le SEDS a cependant été marquée par une grave crise économique et financière, caractérisée par de sévères mesures d'austérité ayant profondément affecté le contexte social de millions de citoyens européens. À la sortie de la crise, l'Europe se devait de reconstruire son credo social et le SEDS offre une plate-forme politique appropriée à cet effet. Mais il ne s'agit pas que de politique ; par le biais des « mesures de mise en œuvre » du SEDS telles que les nouvelles directives sociales susmentionnées, il apporte une valeur ajoutée concrète sur le plan juridique (Garben 2019a ; Clauwaert 2018).

Bien que la Charte de l'UE soit juridiquement contraignante et possède un statut de droit primaire, elle s'applique principalement aux institutions de l'UE et aux États membres uniquement lorsqu'ils agissent dans le champ d'application du droit de l'Union. Autrement dit, les droits sociaux qui y sont contenus requièrent en réalité des mesures législatives de l'UE pour être vraiment utiles aux travailleurs dans leur vie quotidienne. Le SEDS peut être considéré comme un catalyseur en faveur de l'adoption de telles mesures de « mise en œuvre » des droits sociaux énoncés dans la Charte de l'UE (et dans le SEDS lui-même).

Je considère donc que la réaffirmation des droits sociaux par le SEDS constitue un ajout utile au droit social européen quand bien même l'essentiel de son contenu figurait déjà dans la Charte communautaire et la Charte de l'UE (sans mentionner une série d'instruments internationaux, voir Garben 2018). Le SEDS ne résout pourtant pas un problème fondamental en matière de droits sociaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne : la question de savoir comment les équilibrer par rapport aux droits économiques en cas de conflit. La tension entre les libertés du marché intérieur et les droits sociaux est devenue un élément majeur de l'histoire de l'Europe sociale de la décennie écoulée : les arrêts *Viking* et *Laval* ont par exemple joui d'une notoriété dépassant largement le cadre des cercles traditionnels du droit européen. Plus récemment, la liberté d'entreprise telle que décrite dans la Charte de l'UE s'est révélée constituer un nouveau facteur de remise en question des droits sociaux.

Ce chapitre examine les conflits les plus importants entre les droits sociaux et économiques dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (section 1). Tout en étant favorable à l'argument selon lequel ces arrêts ne protègent pas suffisamment les droits sociaux, mais favorisent plutôt les intérêts économiques, le chapitre propose finalement une autre approche pour conceptualiser et équilibrer les intérêts économiques et sociaux en termes juridiques. Cette approche met davantage l'accent sur le caractère démocratique du processus décisionnel au niveau de l'UE et des

---

2. La Charte de l'Union européenne avait été adoptée à Nice en décembre 2000, mais n'avait aucun effet juridique jusqu'au traité de Lisbonne.

États membres (section 2), plutôt que sur l'imposition d'un résultat « plus social » en tant que tel. La dernière section propose des conclusions et des perspectives d'avenir.

## 1. « Points sociaux sensibles » : conflits entre droits sociaux et droits économiques

### 1.1. Le marché intérieur et les droits sociaux

Comme on le sait, au cours du processus d'intégration européenne, la CJUE a donné une interprétation très large des libertés du marché intérieur, ce qui a contribué de manière importante à son approfondissement. Elle a défini comme restriction toute règle nationale empêchant, réellement ou potentiellement, les activités économiques transfrontalières. Ces restrictions peuvent être maintenues lorsqu'elles sont considérées comme justifiées par la poursuite d'un intérêt public légitime, mais uniquement lorsqu'elles se limitent à ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. Dans ce cadre, la liberté économique est érigée en règle et tout autre intérêt public, y compris les droits sociaux fondamentaux, en exception. Plus la portée des libertés du marché intérieur s'étend, plus le conflit se déploie, car ces libertés risquent de « couvrir » toute règle nationale de protection des travailleurs. Bien entendu, les conflits ne sont pas toujours résolus en faveur de ces droits économiques très largement interprétés. De nombreuses mesures nationales poursuivant des objectifs sociaux ont été et sont toujours considérées comme justifiées. Mais les arrêts décisifs de la CJUE dans les affaires *Viking*, *Laval* et *Rüffert*<sup>3</sup> ont fondamentalement modifié l'équilibre au détriment des droits sociaux.

L'affaire *Laval* concernait une entreprise de construction lettone qui avait remporté un contrat public de rénovation d'une école en Suède, où elle affectait certains de ses travailleurs lettons. Le syndicat suédois de la construction a entamé des négociations avec la filiale suédoise de Laval pour étendre la convention collective sectorielle aux travailleurs détachés et négocier leurs salaires. Lorsque Laval a refusé, le syndicat a bloqué les chantiers de construction, entraînant la faillite de la filiale. La CJUE a estimé que la directive 96/71/CE sur le détachement de travailleurs n'autorisait pas l'imposition à un prestataire de services étranger de l'obligation de mener des négociations sur place avec les syndicats afin de déterminer les taux de rémunération. Elle n'autorisait pas non plus les syndicats à contraindre un prestataire de services étranger à accepter de meilleures conditions que la norme minimale imposée par la directive et réglementée par l'État. La Cour a fondamentalement considéré que la libre prestation de services (article 56 du TFUE) s'appliquait aux actions des syndicats. Invoquant la Charte de l'UE (qui n'était pas contraignante à l'époque), la CJUE a considéré que le droit de grève était un principe général du droit de l'Union, mais elle a également estimé que son exercice pouvait être soumis à des restrictions. Comme l'écrit Hinarejos (2008 : 717) : « Cela a amené la Cour à réaffirmer sa position antérieure sur les droits fondamentaux

---

3. Affaire C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan and Svenska Elektrikerförbundet*, ECLI:EU :C:2007:809 ; C-438/05, *International Transport Workers' Federation and Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti*, ECLI:EU:C:2007:772 ; Affaire C-346/06, *Dirk Rüffert v Land Niedersachsen*, ECLI:EU:C:2008:189.

et les libertés fondamentales de la Communauté européenne : la protection des droits fondamentaux est un intérêt légitime qui peut justifier une restriction des obligations imposées par le droit communautaire. L'exercice du droit fondamental en cause doit cependant 'être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par le traité et conformément au principe de proportionnalité'. Le droit à l'action collective a donc sa place dans le droit communautaire et peut prévoir une exception, mais elle doit être dûment justifiée ».

La Cour a toutefois précisé que la tentative syndicale de faire accepter à Laval des conditions de travail (autres que la rémunération) dépassant le minimum fixé dans la directive sur le détachement des travailleurs ne pouvait être justifiée au regard de l'objectif de protection des travailleurs, puisque la directive répondait déjà suffisamment à cet objectif. S'agissant des négociations salariales, la Cour a expliqué que si un État membre souhaitait protéger les travailleurs, il lui suffisait d'imposer un taux de rémunération minimal au moyen d'une législation ou d'une convention collective universelle. La grève était donc illégale, ce qui a entraîné le versement de dommages et intérêts par le syndicat.

L'affaire *Viking* concernait le ferry-boat Rosella opérant entre la Finlande et l'Estonie sous pavillon finlandais. Viking était propriétaire du Rosella, qui fonctionnait à perte. Le déficit était manifestement dû au fait que Viking était tenu de verser des salaires finlandais, tandis que les ferries estoniens concurrents encouraient des coûts salariaux moins élevés. Viking souhaitait renvoyer le ferry sous pavillon estonien afin de pouvoir payer des salaires inférieurs. Le syndicat finlandais des marins, dont faisait partie l'équipage du Rosella, s'est associé à la Fédération internationale des ouvriers du transport qui a publié, dans le cadre d'une action contre les pavillons de complaisance, une circulaire enjoignant à toutes ses filiales de ne pas négocier avec Viking, empêchant ainsi la société de constituer un équipage estonien. Dans sa décision, la CJUE a confirmé sa position dans l'affaire *Laval* : les dispositions relatives au marché intérieur (cette fois en matière de liberté d'établissement) peuvent être directement invoquées à l'encontre d'une entité privée, telle qu'un syndicat. Contrairement à l'arrêt *Laval*, la Cour a laissé aux juridictions nationales le soin de décider si les objectifs poursuivis par les syndicats au moyen de l'action collective « concernaient la protection des travailleurs », mais elle a également indiqué qu'une telle action ne pourrait plus être considérée comme découlant d'un objectif de protection des travailleurs s'il pouvait être démontré que les emplois ou les conditions de travail en cause n'étaient pas sérieusement menacés (par exemple, lorsque l'employeur a pris l'engagement contraignant de conserver les emplois et les conditions de travail de l'équipage actuel). En outre, les juridictions nationales devraient vérifier si le syndicat ne disposait pas d'autres moyens moins restrictifs de la liberté d'établissement et s'il avait déjà épuisé ces moyens au préalable. S'agissant de la politique de la Fédération internationale des ouvriers du transport contre les pavillons de complaisance, la CJUE a estimé qu'elle ne pouvait être justifiée, car la restriction à la liberté d'établissement était générale, dans la mesure où elle s'appliquerait même si le ferry devait être à nouveau immatriculé dans un État membre offrant de meilleures normes d'emploi à ses travailleurs.

Les arrêts *Laval* et *Viking* ont été suivis, et leurs effets renforcés, par un troisième cas historique. Dans l'affaire *Rüffert*, la Cour a estimé que le droit de l'Union empêchait les États membres d'exiger que, dans les marchés publics, les prestataires versent à leurs employés la rémunération prévue par la convention collective en vigueur sur le lieu où ces services sont rendus. Le raisonnement de la Cour était particulièrement frappant en ce qui concerne la possibilité de justification par des motifs de protection du travailleur : l'exigence d'un niveau de rémunération supérieur au taux de salaire minimum applicable en vertu de la législation nationale ne peut être nécessaire pour la protection des travailleurs — sinon, le même niveau de salaire serait nécessaire au niveau national et/ou de l'ensemble du secteur. Ces trois arrêts ont ainsi simultanément élargi la définition déjà étendue des restrictions potentielles aux dispositions relatives à la libre circulation, et donné l'impression d'adopter une perspective de marché complètement dérégulé. Cette approche revient à considérer toutes les législations nationales applicables aux sociétés étrangères (ainsi que les conventions collectives et les actions collectives menées par les travailleurs en vue d'obtenir ces conventions) comme des restrictions *prima facie*, tout en restreignant les possibilités de justification pour des motifs sociaux (Barnard 2009).

Des bibliothèques sont remplies d'analyses et de commentaires de ces jugements (Joerges et Rodl 2009 ; De Schutter 2011 ; Bücker et Warneck 2011 ; Davies 2008). La majorité s'accorde à dire que, par ces arrêts, la CJUE donne la priorité aux libertés du marché par rapport aux objectifs sociaux. Les commentateurs soulignent en effet l'application horizontale des dispositions du marché intérieur aux organisations de travailleurs, la définition extensive des restrictions à la liberté économique et la priorité accordée à cette liberté par rapport au droit de mener des actions collectives et de faire grève. Préalablement à ces arrêts, la CJUE avait déjà jugé que des normes sociales, telles que certaines règles en matière de travail, pouvaient impliquer une restriction au droit de libre circulation des entreprises. Toutefois, la Cour avait jusque-là mené un contrôle de proportionnalité relativement souple, et confirmé que la plupart des mesures étaient justifiées. De même, lorsqu'elle avait estimé que la liberté d'association pouvait restreindre le marché intérieur, elle en avait tenu les autorités nationales pour responsables, et non les manifestants — tout en laissant une marge d'appréciation à ces autorités nationales<sup>4</sup>. Les arrêts *Laval*, *Viking* et *Rüffert* ont bouleversé la situation : la CJUE a fondamentalement modifié l'équilibre entre les droits économiques et sociaux, entraînant des conséquences réelles et non négligeables.

Ces cas ont changé la donne. Les arrêts ont influencé les procédures d'infraction ultérieures introduites par la Commission, non seulement à l'encontre du pays concerné par l'arrêt, mais également à l'encontre d'autres États membres. Ils ont aussi influencé les autorités et tribunaux nationaux, qui ont adapté leurs actions en conséquence dans les domaines concernés et au-delà. Cela signifie que ce petit nombre de jugements est devenu la norme absolue pour tous les standards de rémunération dans les marchés publics en Europe, pour tous les standards de travail imposés dans la fourniture (potentielle) temporaire de services transfrontaliers et pour toutes les actions collectives engagées contre les libertés du marché dont disposent les

---

4. Affaire C-112/00, *Eugen Schmidberger v Autriche* [2003] ECR I-5659.

entreprises. Au niveau européen, ces arrêts ont modifié les termes du débat relatif à l'équilibre entre le marché et le social en conférant aux défenseurs d'une des parties un poids considérable sur l'autre, au sein des institutions de l'UE et entre celles-ci, ainsi qu'à l'égard des acteurs nationaux. Les acteurs économiques ont cherché à exploiter au maximum ce nouveau paysage juridique par l'introduction de nouvelles plaintes auprès des tribunaux nationaux, ce qui a débouché sur un renforcement de l'expansion de ces doctrines favorables au marché (Scharpf 2010).

C'est peut-être en réponse aux critiques formulées à l'encontre de cette position endurcie à l'égard des normes en matière de travail<sup>5</sup> que la CJUE a réajusté sa jurisprudence au bénéfice de l'autonomie de la régulation sociale nationale dans deux arrêts plus récents. Dans l'affaire *Elektrobudowa*<sup>6</sup>, il lui a de nouveau été demandé d'interpréter la directive sur le détachement de travailleurs. Elle concernait 186 travailleurs polonais détachés en Finlande qui estimaient ne pas avoir reçu un salaire suffisant. Ils ont confié leur plainte à un syndicat finlandais, qui a saisi un tribunal national. Ce dernier a ensuite demandé à la CJUE de lui indiquer ce que l'employeur pourrait être obligé de payer aux travailleurs en vertu des règles du pays d'accueil. La Cour s'est rangée du côté syndical, donnant une interprétation étendue de ce que les pays d'accueil pouvaient considérer comme constitutif d'un « niveau de rémunération minimal » obligatoire en vertu de l'article 3 (1) de la directive. Contrairement à l'avocat général, la Cour a estimé qu'il était possible de calculer un salaire minimum en catégorisant les travailleurs par groupes de rémunération sur la base de critères tels que les qualifications, la formation, l'expérience et le type de travail (pour autant que cela soit effectué de manière transparente), et que ce salaire pouvait inclure une indemnité journalière forfaitaire spécifique au détachement, applicable pour toute sa durée, ainsi qu'une indemnisation du temps quotidien consacré au déplacement. La Cour a également estimé que le coût du logement fourni par l'employeur et des titres-repas ne pouvait être déduit des taux de rémunération minimaux payables aux travailleurs. Ce changement important a été suivi dans la décision *Regiopost*<sup>7</sup>. Contrairement à la position de la Commission, la Cour a estimé que l'attribution de marchés publics pouvait être assujettie, en vertu de la loi, à un salaire minimum. Comme le montrent également les différences de positions entre l'avocat général et la Commission européenne, l'application intégrale des doctrines *Laval* et *Rüffert* aurait débouché sur un résultat plus dur que celui atteint par la CJUE. Bien que ces jugements ultérieurs résolvent certaines préoccupations sociales importantes concernant les marchés publics et les travailleurs détachés, ils ne modifient en rien le principe selon lequel l'action collective entreprise par les travailleurs doit respecter les droits de libre circulation des entreprises dans le marché intérieur.

---

5. Un autre facteur tient peut-être au fait que dans l'affaire *Elektrobudowa*, les travailleurs détachés ont eux-mêmes déposé la plainte, contrairement à *Laval* où la protection des travailleurs était invoquée d'une manière générale, mais pas nécessairement avec l'accord/dans l'intérêt des travailleurs détachés. Dans le cas d'*Elektrobudowa*, les travailleurs finlandais et polonais se sont montrés solidaires, ce qui a pu rendre la CJUE plus réceptive aux arguments syndicaux.

6. Affaire C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto ry v Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, ECLI:EU:C:2015:86.

7. Affaire C-115/14, *RegioPost GmbH & Co. KG v Stadt Landau*, ECLI:EU:C:2015:760.

## 1.2. *Liberté d'entreprise versus protection sociale des travailleurs*

L'article 16 de la Charte de l'UE stipule que « la liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales ». Le libellé indique que cette liberté est intrinsèquement relative et peut être limitée à la fois par des réglementations et des pratiques, ce qui laisse penser qu'il s'agit d'un des droits les plus « faibles » de la Charte de l'UE (Groussot *et al.* 2017) et qu'elle pourrait être considérée comme un principe plutôt que comme un droit (Veneziani 2019; Deakin 2019). L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA 2015 : 3) la considère comme « un des droits les moins traditionnels », qui n'est généralement pas protégé par les instruments internationaux relatifs aux droits humains, et qui n'est pas universellement présent dans le droit constitutionnel des États membres, dont beaucoup n'ont reconnu que très récemment des variantes de ce droit, et certains pas comme un droit constitutionnel (opposable)<sup>8</sup>. Lorsque le droit constitutionnel national reconnaît la liberté d'entreprise, il tend à permettre un champ de limitation relativement large dans l'intérêt général et le conçoit généralement comme un droit des individus à créer une activité économique ou exercer une profession, et non pas un droit relatif à l'exercice général des activités économiques.

L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA 2015 : 7) considère que « la liberté d'entreprise consiste à permettre l'épanouissement des aspirations et de l'expression individuelles, l'encouragement de l'esprit d'entreprise et de l'innovation et le développement social et économique » et relie dès lors cette liberté à l'agenda politique actuel en matière de croissance. En fonction de la théorie générale de la démocratie constitutionnelle (Tully 2002), on pourrait dire que la dimension constitutionnelle des droits de l'homme consiste à garantir les conditions préalables et le bon fonctionnement d'une démocratie solide (Gearty 2004), et à corriger les résultats décidés à la majorité dans les cas exceptionnels où ces résultats portent injustement atteinte à l'essence de la dignité humaine, de l'égalité et de la liberté. Cela signifie que le contenu (protégé) des droits de l'homme doit être interprété en fonction de ces finalités. La liberté d'entreprise joue un rôle dans la mise en place d'une démocratie solide dans la mesure où elle contribue à autonomiser les individus — en particulier les défavorisés — par le biais de l'activité économique, à prévenir la concentration du pouvoir (économique) et à réduire les inégalités sociales. Cela suggérerait une interprétation selon laquelle le droit vise à encourager la possibilité d'entreprendre une activité individuelle, c'est-à-dire de permettre aux citoyens de créer une activité économique ou d'accéder à un métier, dans le cadre plus large d'un progrès socio-économique et de l'égalité dans la société. Ce droit humain ne constituerait pas, dans une telle interprétation démocratique de la Constitution, une « épée » au service des entreprises dans l'exercice de leurs activités commerciales au détriment des travailleurs, des citoyens et des normes d'intérêt général. Avec le temps, la CJUE semble toutefois développer une interprétation beaucoup plus ferme de la liberté d'entreprise. Comme le note l'Agence des droits fondamentaux de

---

8. En Belgique, en Grèce, en Lettonie et aux Pays-Bas, les constitutions ne contiennent que des références générales ou vagues. À Malte, la liberté d'entreprise n'est pas un droit opposable devant les tribunaux. Le Royaume-Uni, qui n'a pas de constitution écrite, ne dispose pas de ce droit constitutionnel (pour un aperçu général, voir FRA 2015 : 27).

l'UE (FRA 2015 : 9) : « La Charte devenant juridiquement contraignante en 2009, le droit en est venu à occuper un rôle plus prédominant. Il est utilisé avec plus de vigueur pour équilibrer d'autres droits et étayer les tests de proportionnalité de diverses mesures intrusives. [...] La CJUE a même eu recours à l'article 16 pour équilibrer les droits des travailleurs ».

À cet égard, les arrêts de la CJUE dans *Alemo-Herron*<sup>9</sup> et *AGET*<sup>10</sup> constituent des évolutions cruciales. Dans l'affaire *Alemo-Herron*, la CJUE a été invitée à interpréter l'article 3 de la directive 2001/23/CE sur le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprise. Celui-ci prévoit que les droits et obligations du cédant découlant d'une relation de travail existant à la date du transfert sont transférés au cessionnaire. La directive constitue une harmonisation minimale en ce sens qu'elle n'affecte pas le droit des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables aux employés, ni de promouvoir ou d'autoriser des conventions collectives ou des accords entre partenaires sociaux également plus favorables aux travailleurs (article 8). L'affaire concernait la question de savoir si les clauses dynamiques faisant référence à des conventions collectives négociées et convenues après la date du transfert étaient opposables au cessionnaire. La Cour a reconnu que de telles clauses étaient plus favorables pour les travailleurs (par. 24), mais que la directive ne visait pas uniquement à protéger les intérêts des travailleurs, mais plutôt à assurer un juste équilibre entre leurs intérêts et ceux des employeurs (par. 25). La Cour a considéré que les clauses dynamiques ne constituaient pas un juste équilibre, car elles « limitent considérablement la marge de manœuvre nécessaire pour permettre à un cessionnaire privé d'apporter [des] ajustements et des modifications » après le transfert. La Cour a ensuite interprété largement et appliqué avec force la liberté d'entreprise au sens de l'article 16 de la Charte de l'Union européenne, en précisant qu'elle couvrait notamment la liberté de contracter, liberté qu'elle considérait sérieusement réduite par les clauses dynamiques « au point qu'une telle limitation est susceptible de porter atteinte à l'essence même de la liberté d'entreprise » (par. 35). Il en découle qu'en fonction de cette directive d'harmonisation minimale, l'article 16 de la Charte annule le droit des États membres de prendre des mesures plus favorables aux travailleurs.

L'arrêt a fait l'objet de critiques (Prassl 2013 ; Groussout *et al.* 2017). En ce qui concerne l'équilibre du social et de l'économique, la Cour « a sérieusement omis, en l'occurrence, de considérer les droits fondamentaux en lien avec leur fonction sociale » (Prassl 2013). La Cour accorde un très haut niveau de protection à la liberté d'entreprise, droit non traditionnel et supposément faible, tout en ne tenant pas correctement compte de l'intérêt social d'un niveau élevé de protection des travailleurs (Groussout *et al.* 2017). En outre, en ce qui concerne le champ d'application de l'article 16 de la Charte de l'UE, il pourrait être allégué que, dans la mesure où les règles en question n'étaient pas couvertes par la directive (il s'agissait de règles nationales fixant des niveaux de

---

9. Affaire C426/11, *Mark Alemo-Herron and Others v. Parkwood Leisure Ltd*, ECLI:EU:C:2013:521.

10. Affaire C201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) v. Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, ECLI:EU:C:2016:972.

protection des travailleurs supérieurs à ceux prévus dans l'harmonisation minimale de l'UE), elles n'entraient pas dans le champ d'application du droit de l'Union et que la Charte ne s'appliquait donc pas. Si le champ d'application du droit de l'Union considéré en l'occurrence était celui du marché intérieur, il aurait fallu établir l'existence d'une restriction *prima facie* de l'un des droits du marché intérieur, ce que la Cour n'a pas fait. Cette question soulève de profonds problèmes constitutionnels quant à la nature de l'harmonisation minimale par rapport au champ d'application du droit de l'Union et à l'applicabilité de la Charte, compte tenu notamment du principe d'attribution, qui implique que l'UE doit agir dans le cadre des pouvoirs qui lui sont conférés.

L'arrêt *AGET*, qui concerne la législation grecque relative aux licenciements collectifs est également controversé. Il stipule que les protections accordées par la Grèce face aux licenciements collectifs, qui impliquaient la nécessité d'obtenir une autorisation préalable auprès d'une autorité grecque avant l'exécution de ces licenciements, étaient contraires à la liberté d'établissement prévue à l'article 49 TFUE, interprété à la lumière de l'article 16 de la Charte. Après avoir établi une restriction *prima facie* à la liberté d'établissement, la Cour a envisagé la possibilité d'une justification objective des règles nationales en matière de protection des travailleurs et de protection de l'emploi – ce qui était en principe possible « puisque l'Union européenne [...] poursuit un objectif non seulement économique, mais aussi social » (par. 77). Elle a constaté une interférence avec l'article 16 de la Charte. Tout en reconnaissant que l'article 16 pourrait être limité et en notant que « la liberté d'entreprise peut être soumise à un large éventail d'interventions de la puissance publique susceptibles d'établir, dans l'intérêt général, des limitations à l'exercice de l'activité économique » (par. 85 et 86), la Cour a conclu que les détails du dispositif grec ne respectaient pas la proportionnalité, et enfreignaient dès lors les articles 49 TFUE et 16 de la Charte. L'autorité nationale chargée de se prononcer sur le licenciement collectif prévu disposait d'un trop grand pouvoir discrétionnaire pour interpréter la « situation de l'entreprise » et la « situation du marché du travail » comme des motifs d'opposition aux licenciements.

Ce jugement peut lui aussi être considéré comme favorisant les intérêts économiques par rapport aux intérêts sociaux. Si le ton de la Cour dans l'arrêt *AGET* se montre plus conciliant que dans *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et même *Alemo-Herron* (Markakis 2017), il n'en reste pas moins que la liberté économique des entreprises est à nouveau privilégiée par rapport à un système de protection des travailleurs contre les licenciements collectifs. La décision peut être considérée comme politiquement controversée, vu a) le contexte de crise générale en Grèce; et b) le fait que ces règles s'appliquent indistinctement aux entreprises nationales et aux entreprises européennes. S'il est vrai que la Cour indique comment un système national d'examen des licenciements collectifs pourrait être conforme au droit de l'Union<sup>11</sup>, il est difficile de voir en quoi un système conforme aux critères suggérés par la Cour pourrait s'avérer aussi protecteur que le système grec qu'elle condamne. Bien que ce résultat puisse sans doute être considéré comme

11. La Cour estime que les motifs de refus d'un licenciement collectif ne peuvent pas inclure les « intérêts de l'économie nationale » et que, même si ces motifs peuvent toucher à la « situation de l'entreprise » et aux « conditions du marché du travail », il convient de clarifier les règles indiquant aux entreprises comment ces critères seront appliqués par l'autorité en question, voir par. 96-102 de l'arrêt.

un compromis nécessaire entre les droits sociaux et économiques — le résultat d'un travail d'équilibrage —, le fondement légal de l'application de ces droits économiques à la situation donnée n'en demeure pas moins juridiquement contestable. Appliquées sans discrimination, les règles n'imposent en aucun cas un fardeau supplémentaire aux entreprises étrangères et ne désavantagent même pas les « nouveaux » opérateurs par rapport aux opérateurs établis. Il n'est donc pas certain que la liberté d'établissement prévue à l'article 49 du TFUE trouve à s'appliquer. Deuxièmement, en ce qui concerne l'article 16 de la Charte de l'UE, bien que la Cour utilise un langage « plus doux », elle applique néanmoins une interprétation forte à un droit traditionnellement considéré comme faible. Le texte même de l'article 16 de la Charte stipule que cette liberté (et non ce droit) est subordonnée au respect du droit de l'Union et des législations et pratiques nationales : il ne s'agit donc pas d'un droit qui peut être limité par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales, mais seulement d'une liberté qui peut être reconnue dans la mesure où elle est conforme au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales. Il est donc, dans un premier temps, extrêmement discutable de déterminer s'il s'agit d'un droit qui peut faire l'objet d'une action juridique. Cela suggère, dans un second temps, que la marge d'atténuation au nom de l'intérêt public pourrait être beaucoup plus large que ne le permet la CJUE.

## **2. Vers un meilleur équilibre des droits sociaux et des droits économiques fondamentaux**

L'évaluation qui précède, ainsi que la CJUE elle-même et les commentateurs en général, a mis l'accent sur l'équilibre entre les droits sociaux et les droits économiques, entre les intérêts des travailleurs et ceux des employeurs. Ainsi, pour déterminer si un équilibre correct a été atteint, le critère utilisé consiste à évaluer si les résultats sont suffisamment « sociaux » ou si l'équilibre entre travailleurs et employeurs est suffisamment « juste ». Je soutiens que cette manière de faire doit être modifiée de deux manières importantes.

Premièrement, il faut reconnaître plus clairement que la question de fond portant sur l'équilibre adéquat entre valeurs sociales et économiques est intrinsèquement politique et subjective, contestable et controversée. Dans cette mesure, il n'appartient donc pas au pouvoir judiciaire de rechercher cet équilibre, mais au législateur. On pourrait en effet soutenir que le problème fondamental concernant *Viking* et *Laval*, ainsi que la jurisprudence de la CJUE sur le marché intérieur en général, ne réside pas dans le résultat en lui-même et dans son caractère suffisamment ou insuffisamment social, mais qu'il se situe dans le déficit démocratique qu'il implique (Garben 2017). Cette jurisprudence opère des choix politiques très sensibles sur des questions socio-économiques qui devraient être la pierre angulaire des politiques européenne et nationale, et donc faire l'objet de décisions par le biais du processus législatif. Si, dans toute démocratie constitutionnelle, le mode de décision à la majorité doit se voir circonscrit par certaines valeurs constitutionnelles telles que, en premier lieu, les droits fondamentaux à faire respecter par le pouvoir judiciaire via un contrôle juridictionnel, ce contrôle devrait toutefois être effectué avec autant de retenue que possible : il devrait seulement circonscrire la démocratie — et pas la remplacer par une législation judiciaire. Au cours des dernières décennies, les préoccupations économiques et sociales sont peut-être

devenues trop fermement ancrées dans le constitutionnalisme européen. Plutôt que de constituer le cœur du champ de bataille politico-idéologique qu'elles incarnaient jadis, elles sont devenues des « droits fondamentaux » qui ne relèvent pas du processus décisionnel démocratique, mais servent de base à un contrôle juridictionnel. Bien que ces droits sociaux et économiques soient également protégés par le droit constitutionnel de nombreux États membres, le pouvoir judiciaire tend, dans les ordres juridiques nationaux, à laisser plus de marge au processus législatif pour limiter ces droits dans l'intérêt public, en particulier lorsqu'ils doivent être équilibrés avec d'autres droits fondamentaux.

Deuxièmement, et parallèlement, dans le processus extrêmement délicat de contrôle juridictionnel, le pouvoir judiciaire devrait être guidé non seulement par une démarche de retenue, mais également par un cadre normatif clair dans lequel les valeurs fondamentales qu'il est chargé de défendre doivent être respectées et qui indique comment ces valeurs fondamentales sont liées les unes aux autres, en particulier en cas de conflit. Cela rendrait plus prévisible le processus consistant à statuer sur ces valeurs et droits (la prévisibilité constituant une pierre angulaire de l'État de droit) et fournirait un cadre plus légitime à l'équilibrage que celui guidé par ce qui ne pourra jamais être autre chose qu'une vision subjective de la justice socio-économique. En d'autres termes, un méta-cadre idéologique est nécessaire pour un contrôle constitutionnel au sein de l'ordre juridique de l'UE. Cette idéologie ne devrait toutefois pas relever de l'économie politique, mais de la démocratie constitutionnelle. Dans l'idéal, la CJUE, en tant que cour constitutionnelle de l'Union européenne, pourrait développer une telle théorie, même de manière implicite, comme l'a fait par exemple la Cour constitutionnelle allemande. Le droit primaire de l'UE contient suffisamment de méta-valeurs pour ancrer une telle démarche (voir Garben 2019b).

Certains principes pourraient être élaborés sur la base de la théorie de la démocratie constitutionnelle pour nous éclairer sur la manière dont le pouvoir judiciaire devrait interpréter les normes minimales pour les droits économiques et sociaux en question lors de l'examen des législations nationale et européenne. L'idée centrale est que les droits fondamentaux visent principalement à garantir les conditions nécessaires à une démocratie solide et durable, garantissant ainsi l'égalité (par la mobilité sociale, l'inclusion et l'émancipation, ainsi que la non-discrimination et la correction des asymétries de pouvoir), et à corriger les cas graves d'injustice découlant de décisions prises par une majorité, garantissant ainsi la dignité et la liberté individuelles. En recourant à un tel cadre, il nous est possible de développer plus concrètement la manière dont chaque droit fondamental devrait être interprété, dont il se rapporte à d'autres droits fondamentaux et dans quelle mesure il devrait être appliqué par le pouvoir judiciaire.

Les points suivants constituent une première tentative préliminaire à cet égard, destinée à susciter un débat plus poussé dans ce sens (voir plus loin Garben 2019b).

a) Comme indiqué ci-dessus, la liberté d'entreprise a un rôle à jouer pour assurer une démocratie solide, dans la mesure où elle contribue à autonomiser les individus — en particulier ceux qui sont défavorisés — par le biais de l'activité économique, qu'elle

prévient la concentration des pouvoirs (économiques) et réduit les asymétries sociétales. En tant que droit humain, elle ne devrait pas, selon une interprétation démocratique constitutionnelle, servir d'« épée » aux entreprises à l'encontre des travailleurs, des citoyens et des normes d'intérêt général : cela serait contre-productif.

b) Dans cette perspective démocratique constitutionnelle, les droits du marché intérieur servent, à compenser les manquements des démocraties nationales à tenir dûment compte de l'impact de leurs décisions au-delà des frontières, ou leur volonté délibérée d'avoir un impact négatif sur les autres juridictions à leur propre avantage, et devraient donc être interprétés comme visant spécifiquement à examiner les discriminations directes et indirectes claires — et non à la liberté économique générale des entreprises. Dans cet examen, un conflit entre les « droits à l'égalité transnationale » découlant du marché intérieur, d'une part, et les droits sociaux fondamentaux, d'autre part, doit être analysé dans le respect du processus démocratique tant au niveau national qu'au niveau de l'UE.

c) C'est le processus démocratique qui doit donner corps aux droits ou intérêts des travailleurs, tels que le droit d'être protégé contre le licenciement collectif et les conséquences négatives d'une restructuration et il semblerait qu'en l'occurrence il soit possible de les contrebalancer de manière significative par d'autres droits et intérêts tels que ceux des employeurs ou de l'économie. De manière générale, une protection solide devrait être assurée contre le licenciement injuste, car l'absence de cette protection compromet l'application de tout autre droit dans le contexte de l'emploi et enracine une asymétrie de pouvoir entre l'employeur et le travailleur, à la fois inacceptable et injustifiable dans une société démocratique. Les possibilités de licenciement (collectif) pour des raisons économiques ne doivent toutefois pas être déterminées *a priori* par le pouvoir judiciaire ou la constitution, mais constituent plutôt un champ de bataille essentiel pour le processus politique.

d) Les droits de grève et de négociation collective ont un rôle important à jouer dans la création et le maintien des conditions d'une démocratie solide. Ce sont des droits « procéduraux » plutôt que des droits établissant certains résultats socio-économiques. Comme l'a dit le Rapporteur spécial des Nations Unies : « La protection du droit de grève ne consiste pas simplement à permettre aux États de s'acquitter de leurs obligations juridiques. Il s'agit également de créer des sociétés démocratiques, équitables et durables à long terme. La concentration du pouvoir dans un secteur — que ce soit entre les mains du gouvernement ou des entreprises — conduit inévitablement à l'érosion de la démocratie et à une augmentation des inégalités et de la marginalisation, avec toutes les conséquences qui en découlent. Le droit de grève est un frein à cette concentration de pouvoir » (Kiai 2017). Ce droit devrait donc, en principe, être vigoureusement protégé par le pouvoir judiciaire.

Il devrait être clair que l'approche actuelle du droit de l'Union ne correspond pas à la méthode d'interprétation proposée, faite d'équilibre et de mise en œuvre des droits fondamentaux. Pour en revenir aux quatre cas abordés dans ce chapitre, nombreux sont ceux qui conviendront que dans les affaires *Viking* et *Laval*, les droits économiques fondamentaux ont été poussés trop loin. Les principes énoncés ci-dessus soutiendraient

cette critique, en soulignant que le droit de grève devrait faire l'objet d'une interprétation large, tandis que les dispositions du marché intérieur devraient viser à lutter contre la discrimination injustifiée (indirecte), qui ne semble pas avoir caractérisé les cas *Viking* et *Laval*. Certes, l'intérêt social en jeu dans les affaires *Alemo-Herron* et *AGET* devrait, selon les principes d'interprétation susmentionnés, être ouvert à un contrepoids (économique) important. Mais c'est le processus politique qui aurait dû en décider dans cette affaire, car l'intérêt antagoniste qu'est la « liberté d'entreprise » devrait également constituer un droit plus faible, ouvert à un contrepoids (social) important. Dans les directives en cause, le législateur européen n'a pas décidé de cet équilibre en ce qui concerne les cas d'espèce, ceux-ci n'entrant pas dans le champ d'application des directives. Cette décision aurait donc dû être laissée au processus démocratique national : les règles britanniques et grecques auraient dû être respectées jusqu'à ce que le législateur européen ait agi pour établir un équilibre différent au niveau de l'UE sur ces questions spécifiques. En lieu et place, le pouvoir judiciaire européen a interprété de manière trop énergique la liberté d'entreprise, constitutionnalisant ainsi un certain point de vue quant au juste équilibre socio-économique, qu'il n'était pas nécessaire d'établir pour une société démocratique.

## Conclusion et perspectives

Au cours des vingt dernières années, l'équilibre entre « le marché » et « le social » dans l'ordre juridique et politique de l'UE est devenu une question de plus en plus controversée tant sur le plan politique que juridique. Ce chapitre a défendu l'idée que la manière dont le pouvoir judiciaire établissait un équilibre entre les droits sociaux et les droits économiques fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE constitue un élément clé de la détermination de cet équilibre. Le chapitre a toutefois également fait valoir qu'il était nécessaire de sortir du cadre restreint consistant à analyser l'UE en fonction du caractère « suffisant » de son équilibre, du caractère adéquatement ou excessivement « social » ou « économique » de ses résultats politiques et de sa configuration constitutionnelle : la réponse est inévitablement fonction de la vision de l'analyste et se montre dès lors trop politique et subjective pour avoir un sens en termes analytiques. Au contraire, la communauté juridique européenne devrait entamer un processus de réflexion plus approfondi, allant au-delà de la « bataille des droits fondamentaux » actuellement menée afin d'examiner de manière critique ce que devraient être, de manière plus générale, les positions des droits et du système juridique — en particulier dans leurs liens avec la démocratie. Il est important de noter que cela pourrait fournir à la CJUE un cadre plus légitime pour trancher les situations inévitablement épineuses dans lesquelles les droits sociaux et les droits économiques fondamentaux semblent entrer en contradiction, sans donner la priorité ni à l'économique ni au social.

S'il peut être tentant pour les spécialistes et les praticiens du droit social européen de consacrer actuellement leur temps et leurs réflexions aux nouvelles évolutions passionnantes en matière de droits sociaux dans le sillage du SEDS, il reste néanmoins également un important travail de fondation à effectuer. Les nouvelles mesures juridiques donnant corps aux droits sociaux adoptés dans la mise en œuvre du Socle devront inévitablement être interprétées par la CJUE à un moment donné, et de

nouvelles situations de conflit entre les droits et les intérêts sociaux et économiques apparaîtront certainement. Pour aller de l'avant, il nous faut une meilleure boussole et une feuille de route pour nous guider. Dans un premier temps, cela devrait être défini par le biais de réflexions et de débats universitaires et publics. *Quel est le rôle des droits sociaux dans l'UE? Quel est le rôle des droits économiques? Dans quelle mesure sont-ils et devraient-ils être «fondamentaux», et quels sont les rôles respectifs du pouvoir judiciaire et du législateur dans la détermination de leur contenu, de leur mise en œuvre et de leur interaction?* Quand bien même on ne trouverait jamais de réponses concluantes à ces questions constitutionnelles qui font également l'objet de discussions vivaces au niveau national, il est important de définir au moins les termes du débat.

## Références

- Barnard C. (2009) Restricting Restrictions: Lessons for the EU from the US? *Cambridge Law Journal*, 68 (3), 574–606.
- Bücker A. et Warneck W. (2011) Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert, Baden-Baden, Nomos.
- Clauwaert S. (2018) Un nouveau programme législatif pour l'UE : du concret malgré tout? in Vanhercke B., Ghailani D. et Sebastiano S. (dir.) Bilan social de l'Union européenne 2018, Bruxelles, ETUI et OSE, 73-96.
- Davies A. (2008) One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ, *Industrial Law Journal*, 37 (2), 126-148.
- Deakin S. (2019) In Search of the EU's Social Constitution: Using the Charter to Recalibrate Social and Economic Rights, in Dorsemont F., Lörcher K., Clauwaert S. et Schmitt M. (dir.) *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Oxford, Hart Publishing.
- Degryse C. et Pochet P. (dir.) (2000) Bilan social de l'Union européenne 1999, Bruxelles, ETUI et OSE.
- De Schutter O. (2011) Transborder provision of Services and 'Social dumping': Rights-Based Mutual Trust in the Establishment of the Internal Market, in Lianos I. et Odudun O. (dir.) *Regulating Trade in Services in the EU and the WTO. Trust Distrust and Economic Integration*, Cambridge, Cambridge University Press, 346-380.
- FRA (2015) Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Luxembourg, Office des publications de l'Union européenne.
- Garben S. (2017) The Constitutional (Im)balance between 'the Market' and 'the Social' in the European Union, *European Constitutional Law Review*, 13 (1), 23-61.
- Garben S. (2018) The Problematic Interaction between EU and International Law in the Area of Social Rights, *Cambridge International Law Journal*, 7 (1), 77-98.
- Garben S. (2019a) The European Pillar of Social Rights: An Assessment of its Meaning and Significance, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Garben S. (2019b) The Principle of Legality and the EU's Legitimacy as a Constitutional Democracy: A Research Agenda, in Garben S., Govaere I. et Nemitz P. (dir.), *The Future of Constitutional Democracy in the EU: a Legal Assessment*, Oxford, Hart Publishing.
- Gearty C. (2004) *Principles of Human Rights Adjudication*, Oxford, Oxford University Press.

- Grousot X., Pétursson G. et Pierce J. (2017) Weak right, strong Court – The freedom to conduct business and the EU charter of fundamental rights, in Douglas-Scott S. et Hatzis N. (dir.) *Research Handbook on EU Law and Human Rights*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.
- Hinarejos A. (2008) Laval and Viking: The Right to Collective Action versus EU Fundamental Freedoms, *Human Rights Law Review*, 8 (4), 714-729.
- Joerges C. et Rodl F. (2009) Informal Politics, Formalised Law and the 'Social Deficit' of European integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in Viking and Laval, *European Law Journal*, 15 (1), 1-19.
- Kiai M. (2017) Statement of the UN Special Rapporteur on the rights to freedom of peaceful assembly and of association, 9 mars 2017. <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21328>
- Markakis M. (2017) Can Governments Control Mass Layoffs by Employers? Economic Freedoms vs Labour Rights, in Case C., 201/15 AGET Iraklis, *European Constitutional Law Review*, 13 (4), 724-743.
- Prassl J. (2013) Freedom of contract as a general principle of EU law? Transfers of undertakings and the protection rights in EU labour law, *Industrial Law Journal*, 42 (4), 440-446.
- Sabato S., Ghailani D., Peña-Casas R., Spasova S., Corti F. et Vanhercke B. (2018) *Implementing the European Pillar of Social Rights: what is needed to guarantee a positive social impact*, Bruxelles, Comité économique et social européen. <https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/files/qe-01-18-612-en-n.pdf>
- Scharpf F. (2010) The Socio-Economic Asymmetries of European Integration or Why the EU cannot be a 'Social Market Economy', 1, Stockholm, SIEPS.
- Tully J. (2002) The Unfreedom of the Moderns in Comparison to Their Ideals of Constitutional Democracy, *Modern Law Review*, 65 (2), 204-228.
- Veneziani B. (2019) Article 16 – Freedom to Conduct a Business, in Dorssemont F., Lörcher K., Clauwaert S. et Schmitt M. (dir.) *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Oxford, Hart Publishing.
- von der Leyen U. (2019) Opening Statement in the European Parliament Plenary Session, Strasbourg, 16 juillet 2019. [https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/opening-statement-plenary-session\\_en\\_2.pdf](https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/opening-statement-plenary-session_en_2.pdf)

Tous les liens ont été vérifiés le 24 novembre 2019.