

Titre VII

Les cahiers du Conseil constitutionnel

DOSSIER

N° 2 - avril 2019

Vers une « constitution sociale » européenne ? La constitutionnalisation du droit du travail et le droit de l'Union européenne

Écrit par

Luke MASON



Professeur de droit du travail, Birmingham City University, Royaume-Uni (*)

RÉSUMÉ

Parler de la « constitutionnalisation » du droit du travail est devenu extrêmement à la mode ces dernières années parmi les juristes spécialisés en droit du travail. Une grande partie de cette discussion a eu lieu au niveau du système juridique national, le « foyer » traditionnel de la pensée constitutionnelle. Cependant, un ensemble similaire de processus et de discours s'est également développé dans le contexte du droit de l'Union européenne. En raison de la nature et de l'histoire *sui generis* de l'Union européenne, la question de la constitutionnalisation du droit du travail au niveau européen est extrêmement complexe, mais pas pour autant moins importante. Cet article analyse les différents processus de « constitutionnalisation » du droit du travail dans le contexte du droit de l'Union européenne, en fournissant une taxonomie critique des manières dont les normes et les structures constitutionnelles interagissent avec le droit du travail. L'article affirme que, bien qu'il y ait eu plusieurs processus importants de constitutionnalisation « existentielle » et « épistémique » du droit du travail dans l'Union européenne, il n'y a pas eu de constitutionnalisation « ontologique » des institutions nécessaires à une véritable constitution sociale européenne. À bien des égards, la constitutionnalisation du droit du travail dans l'Union européenne reste symbolique.

1. Introduction : de quoi parle-t-on quand on parle de constitutionnalisation (du droit du travail) ?

Au cours des dernières décennies, nous avons assisté à une série de tentatives de « rééquilibrer » les aspects « sociaux » et « économiques » du règlement constitutionnel de l'Union européenne (UE) en partie par le biais de la « constitutionnalisation » du droit du travail dans l'ordre juridique européen. La centralité initiale des droits et des objectifs économiques dans le traité de Rome s'est révélée problématique pour de nombreuses raisons et les objectifs et les valeurs de l'Union se sont ensuite élargis. Cela se traduit par un élargissement des compétences en matière « sociale », l'énumération des droits sociaux et l'application des principes généraux du droit de l'Union et des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice. Cependant, la place « constitutionnelle » du droit du travail dans l'Union européenne reste problématique pour de nombreuses

raisons. Une étude critique de l'idée de « constitutionnalisation » du droit du travail dans le contexte européen peut apporter des éclaircissements à ce sujet.

Parler de la « constitutionnalisation » du droit du travail est devenu extrêmement à la mode ces dernières années parmi les juristes spécialisés en droit du travail⁽¹⁾. Cela reflète des tendances législatives et judiciaires qui peuvent être utilement caractérisées en ces termes, ainsi qu'une série importante de développements intellectuels et scientifiques dans le droit du travail qui ont réinterprété divers aspects du droit du travail en tant qu'épistémiquement ou moralement liés avec des idées ou des théories de droit constitutionnel⁽²⁾. [Une grande partie de cette discussion a eu lieu au niveau du système juridique national, le « foyer » traditionnel de la pensée constitutionnelle.] La constitutionnalisation du droit du travail a donc généralement été examinée dans le contexte des traditions constitutionnelles nationales et une importante littérature comparative s'est développée pour explorer ces tendances parallèles. Cependant, un ensemble similaire de processus et de discours s'est également développé dans le contexte du droit de l'Union européenne. En raison de la nature et de l'histoire *sui generis* de l'Union européenne et de la place « prépondérante » du droit du travail dans le cadre constitutionnel de l'Union, la question de la constitutionnalisation du droit du travail au niveau européen est extrêmement complexe, mais pas pour autant moins importante. La nature particulière des normes constitutionnelles au sein du droit de l'Union européenne et la *fonction constitutionnelle* du droit de l'UE, en raison de son statut supranational, signifient que les questions de constitutionnalisation du droit du travail impliquent une dynamique unique au niveau européen et interagissent de manière complexe avec les cadres constitutionnels et le droit du travail au niveau national⁽³⁾. Cet article analyse donc ces différents processus de « constitutionnalisation » du droit du travail dans le contexte du droit de l'Union européenne. Une telle étude permet une réflexion plus approfondie sur les concepts qui se chevauchent mais qui sont caractérisés par le terme générique de « constitutionnalisation ». De cette manière, cet article tente de fournir une taxonomie critique sur la manière dont les normes et les structures constitutionnelles interagissent avec le droit du travail dans tous les systèmes juridiques, en nous permettant également de mieux comprendre les processus complexes de constitutionnalisation dans l'UE.

La « constitutionnalisation » a plusieurs significations distinctes, même si elles se chevauchent souvent⁽⁴⁾. Il existe une constitutionnalisation législative, souvent « existentielle », consistant à inscrire certaines normes, droits ou valeurs dans les textes « constitutionnels » d'un système juridique. Deuxièmement, il existe une forme de constitutionnalisation « épistémique » assez distincte : un processus judiciaire (ré-)interprétatif dans lequel des branches spécialisées du droit, en particulier le droit privé, sont souvent « réinventées » grâce à l'utilisation des normes constitutionnelles omniprésentes. Troisièmement, il existe l'application de normes constitutionnelles pour vérifier la « constitutionnalité » des mesures du droit du travail (ou leur absence). Quatrièmement, il existe une forme « ontologique » de constitutionnalisation dans laquelle le droit est utilisé pour construire pour *constituer*, de nouveaux cadres juridiques qui réorganisent les interactions économiques et sociales. Dans de nombreux travaux sur la constitutionnalisation du droit, et en particulier sur la constitutionnalisation du droit du travail, ces modèles distincts de constitutionnalisation ont tendance à être confondus, alors que certains sont, malheureusement, souvent exclus ou négligés.

Comme le montre cet article, on peut constater d'importants processus de « constitutionnalisation » dans les trois premières catégories, qui ont, à des moments différents, renforcé ou affaibli la place du droit du travail et de ses objectifs au sein de l'Union européenne. Cependant, la quatrième forme « ontologique » de constitutionnalisation a connu une évolution plutôt anémique ; le droit de l'UE n'a pas réussi à construire la *constitution sociale* sur laquelle reposent les objectifs du droit du travail inscrits dans les textes constitutionnels de l'Union européenne. Cela contraste vivement avec la construction efficace de la fameuse « constitution économique » que le « projet » européen a réussi à réaliser. Cet article affirme que, si des formes existentielles et épistémiques de « constitutionnalisation » du droit du travail sont apparues au niveau européen, leur portée est intrinsèquement limitée en raison du règlement constitutionnel original de l'Union européenne dans lequel les questions « sociales » étaient reléguées sur le plan national. Alors que les modèles sociaux des États membres ont été soumis à des pressions par des réalités économiques et juridiques, la tentative de « constitutionnaliser » le droit du travail au niveau européen a rencontré des difficultés en raison du manque de *structuration juridique profonde* qui ne résulte que de la construction des institutions sur lesquelles le droit du travail est *fondé*, notamment le contrat de travail et les structures adéquates de négociation collective.

2. La constitutionnalisation existentielle : l'enchâssement législatif du droit du travail

La forme la plus ancienne, et peut-être la plus typique, de « constitutionnalisation » consiste à inclure les normes, les objectifs, les institutions et les compétences du droit du travail dans les textes constitutionnels du système juridique⁽⁵⁾. L'impact précis d'un tel processus dépend du contenu de ces dispositions constitutionnelles, de leur justiciabilité et de leur interprétation⁽⁶⁾. Si les conséquences d'un tel « enchâssement » dépendent des caractéristiques du système juridique en question, toutes ces formes de « constitutionnalisation » ont en commun leur nature « existentielle » : l'enracinement de valeurs, de normes et d'objectifs dans la constitution exprime certaines valeurs fondamentales concernant l'identité de la communauté politique en question. L'Union européenne a de plus en plus tendance à « constitutionnaliser » le droit du travail de cette manière, ce qui contraste nettement avec les « choix constitutionnels » initiaux qui avaient été faits lors de la création de l'Union européenne.

Bien entendu, il n'existe pas de « Constitution » formelle de l'Union européenne et il semblerait qu'aucun document de ce type ne pourrait être envisagé dans un proche avenir, à la suite du rejet du traité établissant une constitution pour l'Europe par référendum en France et aux Pays-Bas en 2005. Toutefois, les traités de l'Union européenne ont une fonction constitutionnelle claire dans l'ordre juridique autonome de l'UE et ont ainsi été mentionnés par la Cour de justice ⁽⁷⁾. La constellation de documents « constitutionnels » s'est évoluée pour devenir un règlement qui ressemble maintenant à une constitution nationale dans la tradition du constitutionnalisme libéral, avec une énumération de droits fondamentaux de natures diverses. La place du droit du travail dans ce cadre constitutionnel a toujours été complexe et a considérablement évolué au cours des sept décennies écoulées depuis la création de la Communauté économique européenne (CEE).

Le contenu du traité de Rome, le document constitutionnel fondateur de la CEE, reflétait dans une large mesure les conclusions du rapport Spaak ⁽⁸⁾, rejetant une harmonisation générale des dispositions sociales sur le marché nouvellement intégré. La CEE reposerait plutôt sur une division des compétences entre les États membres et la Communauté, la seconde traitant de l'intégration économique, tandis que les premiers continuaient de s'occuper des droits des salariés, de la réglementation de l'emploi et des questions générales de « justice sociale ». Les craintes que des différences entre de telles conditions sociales puissent créer des distorsions de concurrence entre les États membres ont été largement rejetées, de même que des préoccupations similaires quant à la pression à la baisse sur les normes sociales qui pouvait résulter d'une telle répartition des compétences. En conséquence, le droit du travail a été exclu presque complètement des textes « constitutionnels » de la CEE. Les exceptions à cette situation étaient extrêmement limitées. D'un côté, il y avait les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs (que l'on peut comprendre comme partie d'un vaste « droit du marché du travail ») et le principe central de non-discrimination sur la base de la nationalité. D'autre part, il existait le principe de l'égalité de salaire entre hommes et femmes, qui avait été repris principalement sur l'insistance de la France, qui craignait un désavantage concurrentiel par rapport aux États membres qui ne disposaient pas de ce principe dans le droit national. Au cours des soixante années suivantes environ, cette division entre compétences économiques et compétences sociales s'est progressivement estompée. Au fur et à mesure que le projet d'intégration complète du marché gagnait du terrain, on se rendait compte qu'une action coordonnée était nécessaire pour atteindre les objectifs sociaux des États membres, à savoir éviter un « nivellement vers le bas » en termes de normes sociales, ainsi que donner une certaine légitimité au projet européen en mettant un accent sur les questions sociales. Alors que la CEE traversait ses différentes étapes de développement pour devenir l'Union européenne, le droit du travail occupait une place de plus en plus importante dans les traités de l'Union, avec la production de nombreux catalogues de droits, y compris les droits du travail, de nouvelles compétences et de nouvelles structures législatives, qui collectivement, pourrait être qualifiée de « constitutionnalisation existentielle » du droit du travail dans l'UE : le droit du travail est devenu partie intégrante de l'identité déclarée de l'Union, de ses valeurs et de ses objectifs. Les raisons en sont complexes et ont répondu à des exigences politiques particulières à des moments différents. Cependant, il est possible d'esquisser une généalogie des dispositions constitutionnelles actuelles à cet égard. La réalisation progressive du marché intérieur, et en particulier la croissance de la mobilité des capitaux et des biens, ont fait craindre, tant au regard de l'espace économique européen que de l'économie mondiale, le manque d'harmonisation concertée des normes du travail, du moins dans certaines régions, conduirait à une situation dans laquelle les États membres réagiraient face à une menace de fuite des capitaux, ou chercherait à attirer des investissements étrangers supplémentaires, en réduisant les protections du droit du travail, ce qui obligerait les autres États membres à s'effacer progressivement les uns des autres, ce qui amoindrirait à son tour les normes sociales que la promesse d'une augmentation de la richesse globale était censée garantir à travers le marché intérieur européen. Les compétences de l'Union européenne et les objectifs de l'Union elle-même se sont donc progressivement élargis pour inclure des droits des travailleurs, du moins de certains types, bien que des questions essentielles telles que la rémunération et les négociations collectives restent des questions pour les États membres. Les traités de Maastricht et d'Amsterdam, en particulier, ont radicalement élargi les compétences au sein desquelles l'Union pouvait légiférer dans le domaine social, « constitutionnalisant » ainsi le droit du travail dans l'ordre juridique européen.

Cependant, ces développements ont aussi périodiquement pris une forme plus symbolique, avec l'adoption de documents « existentiels » d'apparence constitutionnelle, qui proclament l'importance de tels objectifs ou droits, cherchant à situer l'Europe en tant que protectrice de ces droits plutôt qu'une menace pour le modèle national de protection sociale. Une expression cruciale de cette tendance réside dans les objectifs déclarés de l'Union, qui se trouvent désormais dans l'article 3 du traité sur l'Union européenne, qui stipule que l'Union a comme objectif la création d'« une économie sociale de marché hautement compétitive » qui « combat l'exclusion sociale et les discriminations, et promeut la justice et la protection sociales, l'égalité entre les femmes et les hommes [et] la solidarité entre les générations ». Cependant, de telles proclamations existentielles sont parfois venues sous la forme de documents de type « Charte » qui énumèrent des droits, y compris des droits sociaux, tels que [la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989], la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000, qui dispose dès 2007 de la même valeur juridique que les traités, et le Socle européen des droits sociaux de 2017. En analysant les documents qui ont une fonction ou une apparence « constitutionnelle » dans l'UE, on constate donc une remarquable prévalence des protections, des valeurs et des droits du travail, en particulier comparés aux nombreux textes constitutionnels nationaux, où les droits des travailleurs ont tendance à être plus marginalisés. Cependant, néanmoins la visibilité de tels droits dans l'ordre juridique de l'UE, la justiciabilité et l'impact de bon nombre de ces droits sont extrêmement limités, comme l'illustrera la section suivante. Alors que l'élargissement des compétences et l'enchâssement des droits du travail au niveau constitutionnel ont cherché à servir de processus de légitimation du projet européen, l'« acquis social » reste extrêmement centré sur un nombre limité de questions

importantes, comme la discrimination et l'égalité de salaire entre hommes et femmes, et la politique sociale européenne a eu tendance à se développer par le biais de politiques de flexibilisation du marché du travail. À bien des égards, cela reflète une tension entre les objectifs « constitutionnels » de l'Union et les réalités des politiques économiques et sociales qui ont été poursuivies. Ceci est la version européenne de la faiblesse inhérente de la nature symbolique de la constitutionnalisation « existentielle » des questions sociales.

3. La constitutionnalisation épistémique : l'application des valeurs constitutionnelles au droit du travail

Bien que la focalisation actuelle sur la constitutionnalisation du droit du travail concerne divers types d'interactions entre le droit constitutionnel et le droit du travail, le phénomène le plus couramment décrit par ce terme est l'utilisation de normes constitutionnelles dans l'interprétation du droit du travail ou dans la résolution de contentieux entre privés, ce que l'on appelle l'application « horizontale » des normes constitutionnelles ou la « constitutionnalisation du droit privé »⁽⁹⁾. C'est un processus qu'on constate dans de nombreux ordres juridiques et qui a beaucoup retenu l'attention des spécialistes en droit du travail⁽¹⁰⁾. Cela a été en partie le catalyseur, mais également le résultat, d'un changement de cadre idéologique et épistémique de la littérature scientifique en matière de droit du travail ces dernières années, qui a évolué vers une vision du droit du travail en tant qu'application des droits de l'homme plus généraux, offrant ainsi un fondement constitutionnel clair au droit du travail à un moment où ses justifications traditionnelles semblent menacées pour diverses raisons politiques, économiques et technologiques⁽¹¹⁾. Ce phénomène est apparu dans la jurisprudence de la Cour de justice, quoiqu'avec des caractéristiques assez différentes de celles développées dans les contextes juridiques nationaux.

Le premier et peut-être le plus important exemple de « constitutionnalisation » du droit du travail de ce type dans la jurisprudence de la Cour de justice est sa reconnaissance des objectifs sociaux parallèles de l'Union dans l'affaire *Defrenne*⁽¹²⁾ et sa conclusion cruciale que le droit à l'égalité de salaire entre hommes et femmes est d'effet direct (malgré l'apparence d'absence de « droit individuel » dans le texte de l'article du traité), y compris dans des contextes « horizontaux ». Cette jurisprudence a créé le cadre pour l'application de certaines protections fondamentales des salariés lorsque les États membres ne les ont pas pleinement mises en œuvre. L'impact de cette forme de constitutionnalisation a cependant été relativement limité, hormis quelques exceptions notables. Dans l'affaire *Mangold*⁽¹³⁾, la Cour de justice a estimé que le principe fondamental de l'égalité de traitement en fonction de l'âge permettait à un salarié allemand de se prévaloir de l'effet direct des dispositions de la directive relative à l'égalité de traitement, qui n'avait pas encore été transposée en droit allemand. Cependant, en règle générale, les nombreux valeurs, objectifs et droits contenus dans les documents constitutionnels examinés dans la section précédente ne sont pas directement applicables, ce qui signifie qu'ils ne peuvent pas être directement appliqués au rapport de travail par le biais de la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, dans l'affaire *AMS*⁽¹⁴⁾, la Cour a refusé de suivre son approche dans *Mangold* et d'appliquer directement le droit fondamental à l'information et à la consultation énoncé à l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, même si ce droit avait été accordé du contenu concret par une directive qui, en l'espèce, n'avait pas été correctement transposée en droit français. Ce refus de donner un effet direct aux droits fondamentaux, sauf dans des cas exceptionnels signifie que l'impact de la « constitutionnalisation », moteur potentiel de changements importants au niveau national, est notamment réduit, au moins pour le moment.

Une évolution plus subtile a été la reconnaissance judiciaire progressive des droits et principes du travail en tant que principes généraux du droit l'UE. Une jurisprudence célèbre de la Cour a, par exemple, reconnu la liberté d'association et le droit de grève comme des droits fondamentaux reconnus par le droit de l'Union, ce qui leur a permis de constituer potentiellement le fondement de justifications des violations du droit de l'Union. Cette question est examinée plus en détail dans la section suivante. L'effet de l'utilisation de ces droits en général a été l'effet interprétatif des droits du travail dans le raisonnement de la Cour. D'une part, cela a conduit à une compréhension plus large ou protectrice des droits sociaux de l'UE dans certains cas. On en trouve un exemple dans l'affaire *BECTU*⁽¹⁵⁾, dans laquelle la Cour s'est fondée sur le droit à la santé et à la sécurité au travail qui se trouve à l'article 19 de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 pour conclure qu'il n'était pas permis à un législateur national de limiter le droit aux congés payés aux personnes ayant travaillé chez leur employeur pendant au moins trois mois. En revanche, ce processus de « constitutionnalisation » peut avoir l'effet inverse, la Cour de justice s'appuyant sur des normes constitutionnelles pour limiter ou restreindre le champ d'application matériel des protections sociales. Dans l'affaire *Alemo-Herron*⁽¹⁶⁾, la Cour s'est fondée sur la liberté d'entreprise énoncée à l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour conclure que la Directive sur les droits acquis⁽¹⁷⁾, qui garantit le maintien des conditions essentielles du contrat l'emploi consécutif à la cession de l'entreprise à un nouveau propriétaire, ne s'étend pas aux « clauses de renvoi dynamiques » prévoyant l'amélioration future des conditions de travail contenues dans des conventions collectives lorsque le nouveau propriétaire n'a pas la possibilité de participer au processus de négociation de telles conventions collectives après le transfert de l'entreprise.

Bien qu'on constate une émergence d'une interaction entre le droit constitutionnel et le droit du travail dans la jurisprudence de la Cour de justice, son impact est plutôt limité pour diverses raisons liées à la justiciabilité des droits fondamentaux en question. En outre, si l'importance accrue des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne se reflète dans l'interprétation et la portée du droit du travail, ces droits fondamentaux

peuvent également avoir pour effet de réduire le champ de protection du droit du travail. La constitutionnalisation du droit est toujours sujette à l'interprétation idéologique dominante des dispositions de la constitution. Dans le contexte de la focalisation traditionnelle de l'Union sur les droits et les objectifs économiques, cela confère au processus de constitutionnalisation du droit du travail une dynamique quelque peu différente de celle des systèmes juridiques nationaux. Ce thème est examiné ultérieurement dans la section suivante.

4. La constitutionnalité et la déconstitutionnalisation : l'inconstitutionnalité du droit du travail dans l'Union européenne

Une partie importante de l'interaction entre le droit du travail et le droit constitutionnel concerne la légalité constitutionnelle, ou la *constitutionnalité* des dispositions du droit du travail. Cela a été un sujet de controverse dans divers systèmes juridiques nationaux, en particulier lorsque de nouveaux modèles de démocratie industrielle ou de protection sociale sont apparus en contradiction avec les principes libéraux fondamentaux de la tradition constitutionnelle⁽¹⁸⁾. L'Union européenne a également dû faire face à ce problème dans la jurisprudence dans une série d'affaires récentes. La réponse de la Cour de justice a été controversée pour plusieurs raisons. Un exemple de cette question se trouve dans l'affaire *Albany*⁽¹⁹⁾, dans laquelle la Cour de justice a examiné la conformité des conventions collectives, et leur application obligatoire, aux principes du droit de la concurrence énoncés dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La Cour a estimé que l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) n'interdit pas les accords conclus dans le cadre de négociations collectives en vue d'atteindre des objectifs de politique sociale reconnus, car le droit de la concurrence ne visait pas à affecter les conventions collectives, mais à réglementer les pratiques commerciales anticoncurrentielles. En outre, elle a estimé que de tels accords pourraient aboutir à la création d'un fonds ou d'un système ayant une position dominante au sens de l'article 102 du TFUE, mais ceci était justifié compte tenu des fondements du système dans le cadre de la solidarité sociale. Dans cette optique, la Cour crée une exception aux principes économiques généraux des traités, étant entendu que ces questions sont réservées aux États membres. Ceci est globalement conforme au cadre constitutionnel initial exploré dans la deuxième section de cet article. L'approche de la Cour dans l'affaire consiste à créer un mur de protection autour des négociations collectives pour des raisons d'ordre public européen.

Cependant, la Cour a adopté une approche assez différente dans les cas où le droit national du travail semble violer les normes du marché intérieur. Dans les affaires *Viking*⁽²⁰⁾ et *Laval*⁽²¹⁾, la Cour a estimé que les pratiques du droit du travail collectif, sur lesquelles reposent certaines traditions nationales de relations industrielles, pouvaient constituer une violation du droit de l'Union européenne si elles rendaient plus difficile ou limitaient l'exercice des libertés économiques transfrontalières du marché intérieur. Dans ces affaires, la Cour a reconnu, pour la première fois, l'existence des droits collectifs du travail en tant que droits fondamentaux au sein du système juridique de l'Union européenne, tout en affirmant que ceux-ci ne pouvaient être exercés que de manière proportionnée. Plutôt que de suivre l'approche adoptée dans l'affaire *Albany*, dans laquelle l'importance des objectifs sociaux du droit du travail a été utilisée pour créer un domaine « autonome » pour le droit du travail, protégé de l'application des principes économiques, la Cour a décidé de se livrer à un exercice de mise en balance dans lequel les droits sociaux et économiques doivent être comparés. En conséquence, les modèles traditionnels de droit du travail et de relations industrielles de plusieurs pays d'Europe du Nord qui ne sont pas basés sur des modèles réglementaires de relations industrielles ont été gravement touchés. Dans de tels contextes, la « constitutionnalisation » du droit du travail devient un acte politique complexe.

5. La constitutionnalisation « profonde » du droit du travail : l'absence d'une constitution sociale européenne ontologique

Les sections précédentes ont montré les différentes formes d'interaction entre le droit du travail et le droit constitutionnel de l'Union européenne. Chaque forme de « constitutionnalisation » a souligné la difficulté des choix constitutionnels initiaux, dans lesquels le droit du travail était largement exclu de l'ordre constitutionnel européen, à la différence des questions économiques. L'interaction complexe des objectifs et des valeurs sociales et économiques se retrouve maintenant dans les documents constitutionnels et la jurisprudence de l'Union. Cependant, il est difficile de conclure que l'Union européenne dispose d'une *constitution sociale* à la hauteur de sa fameuse « constitution économique ». Cela est dû aux limites des formes de constitutionnalisation qui sont généralement abordées en matière de droit du travail. Bien que les formes de constitutionnalisation du droit du travail existentielles et épistémiques soient des développements juridiques extrêmement importants pour de nombreuses raisons, elles reposent en dernier ressort sur l'existence de certaines relations et pratiques juridiquement construites, telles que des rapports de travail cohérents et des cadres de négociation collective appropriés. Les droits du travail ne peuvent pas exister en vase clos ni être accordés simplement par leur reconnaissance judiciaire ou par le caprice du gouvernement : ils reposent, pour l'essentiel, sur un ensemble stable d'arrangements institutionnels qui fournissent le cadre nécessaire à l'exercice des droits du travail⁽²²⁾. C'est la limite de la constitution sociale existentielle que l'on retrouve maintenant dans les traités et les diverses chartes qui énumèrent les droits fondamentaux des salariés : ces droits reposent sur des relations économiques concrètes. De même, la réinterprétation créative des relations de droit privé par le biais de la « constitutionnalisation épistémique » n'est pas en mesure, dans des circonstances ordinaires, de créer les cadres juridiques nécessaires à une véritable constitution sociale.

Ceci est significatif car ce sont précisément ces structures-là qui sont menacées dans la plupart des économies européennes, dans un processus qui crée une « crise » du droit du travail dans laquelle les relations de travail ne se déroulent plus dans les contrats de travail et où la question de la légitimité et l'efficacité des structures de négociation collective est souvent posée. La reconnaissance constitutionnelle du droit du travail dans l'Union européenne présuppose l'existence de ces institutions mais ne garantit en rien leur existence. En d'autres termes, le droit de l'Union européenne ne s'engage pas dans le processus ontologique de « constituer » les relations de travail par le biais, par exemple, d'un droit européen à un contrat de travail ou à la négociation collective d'une manière qui serait justiciable⁽²³⁾. Cela contraste vivement avec le constitutionnalisme économique de l'Union européenne, qui a porté ses fruits non pas principalement à cause de l'idéologie économique qui se dégage des traités, mais grâce à la construction juridique délibérée d'un nouvel espace économique, fondé sur les principes de la « constitution économique » trouvés dans la théorie économique ordo-libérale qui a influencé les objectifs de l'Union, et qui ont mené à la création des quatre fameuses libertés économiques⁽²⁴⁾. Une véritable « constitutionnalisation » du droit du travail dans l'Union européenne exigerait que cette forme de restructuration sociale soit mise en place de manière juridique. Une constitution n'est pas simplement le sommet d'un ordre juridique discret ; elle constitue également le lien entre les idées juridiques et la réalité sociale. Constituer par le droit, c'est construire dans un sens ontologique. La Cour de justice a bien senti cette déficience ontologique au cours des dernières années. Par exemple, elle a développé une signification autonome et européenne du concept de « travailleur », indépendamment des définitions nationales, en ce qui concerne le champ d'application personnel de certaines directives dans le domaine du droit du travail, reconnaissant ainsi la redondance des protections du travail en l'absence d'une relation économique stable à laquelle elles peuvent être appliquées⁽²⁵⁾. Toutefois, l'extension progressive du champ d'application de certaines directives sociales ne peut pas remédier à la déficience constitutionnelle plus générale du droit du travail de l'Union européenne. Étant donné que le modèle social de l'Union européenne repose explicitement sur l'importance persistante de la relation de travail et que ces objectifs sont enchâssés dans le constitutionnalisme existentiel et épistémique de l'UE, il semblerait logique que le système juridique européen tente de construire juridiquement le droit à un contrat de travail et à des structures de négociation collective, institutions sur lesquelles repose le modèle social européen et la constitutionnalisation du droit du travail.

(*) Luke Mason est professeur de droit du travail à Birmingham City University au Royaume-Uni. Il est vice-président de l'Association britannique des professeurs de droit (ALT). En 2014, il a gagné le prix national de Professeur de droit de l'année.

(1) B. Baudin, « La constitutionnalisation du droit du travail, étude d'une dynamique contemporaine », *Titre VII*, septembre 2018, vol. 1, disponible sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-constitutionnalisation-du-droit-du-travail-etude-d-une-dynamique-contemporaine> (Consulté le 3 mars 2019) ; H.W. Arthurs, *The Constitutionalization of Labour Rights*, Rochester, NY, 24 novembre 2009, disponible sur <http://papers.ssrn.com/abstract=1531326> (Consulté le 9 octobre 2013) ; R. Dukes, « Constitutionalizing Employment Relations : Sinzheimer, Kahn-Freund and the Role of Labour Law », *Journal of Law and Society*, septembre 2008, vol. 35, n° 3, pp. 341-63 ; J. Fudge, « Constitutionalizing Labour Rights in Europe », in T. Campbell, K.D. (Keith D.) Ewing et A. Tomkins (éds.), *The legal protection of human rights : sceptical essays*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 244-267.

(2) R. Dukes, *The labour constitution : the enduring idea of labour law*, Oxford monographs on labour law, Oxford, Oxford University Press, 2014.

(3) L. Mason, « Labour law, the Industrial Constitution and the EU's accession to the ECHR », in K. Dzehtsiarou *et al.* (éds.), *Human rights law in Europe : the influence, overlaps and contradictions of the EU and the ECHR.*, London, Routledge, 2014.

(4) L. Mason, « Labour Rights », in R. Wolfrum, F. Lachenmann et R. Grote (éds.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford, OUP, 2018, disponible sur <http://oxcon.ouplaw.com/abstract/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e136> (Consulté le 15 septembre 2018).

(5) F. Lecomte, « Embedding Employment Rights in Europe », *Columbia Journal of European Law*, 2010-2011, vol. 17, p. 1.

(6) H. Arthurs, « The Constitutionalization of Employment Relations : Multiple Models, Pernicious Problems », *Social & Legal Studies*, décembre 2010, vol. 19, n° 4, pp. 403-422.

(7) Parti écologiste « Les Verts » contre Parlement européen Affaire 294/83 ECLI : EU : C : 1986 : 166

(8) H. Spaak, Rapport des chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères, Bruxelles, Le Secretariat, 1956.

(9) C. Busch et H. Schulte-Nölke, *EU Compendium - Fundamental Rights and Private Law*, s.l., Walter de Gruyter, 23 décembre 2010 ; M.S. Bell, « Constitutionalization and EU Employment Law », in *The Constitutionalization of European Private Law*, Oxford, Oxford University Press, 17 avril 2014, pp. 137-169 ; M. Kumm, « Who's Afraid of the Total Constitution- Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law », *German LJ*, 2006, vol. 7, p. 341.

(10) I. Holloway, « The Constitutionalization of Employment Rights : A Comparative View », *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, 1993,

- (11) P. Alston, *Labour rights as human rights*, s.l., OUP, 2005 ; K. Kolben, « Labor rights as human rights », *Va. J. Int'l L.*, 2009, vol. 50, p. 449.
- (12) Gabrielle Defrenne v Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, affaire 43-75 ECLI : EU : C : 1976 : 56
- (13) Werner Mangold contre Rüdiger Helm, Affaire C-144/04 ECLI : ECLI : EU : C : 2005 : 709
- (14) Association de médiation sociale contre Union locale des syndicats CGT, Affaire C-176/12 ECLI : ECLI : EU : C : 2014 : 2
- (15) The Queen contre Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU), Affaire C-173/99 ECLI : EU : C : 2001 : 356
- (16) Mark Alemo-Herron e.a. contre Parkwood Leisure Ltd, Affaire C-426/11 ECLI : EU : C : 2013 : 521
- (17) Directive 2001/23/CE
- (18) Voir, par exemple, Mitbestimmung (Loi sur la codétermination) (1979) BVerfGE 50, 290 (Allemagne) ou Lochner v New York (1905) 198 US 45 (États-Unis)
- (19) Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Affaire C-67/96 ECLI : EU : C : 1999 : 430
- (20) International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP, Affaire C-438/05 ECLI : EU : C : 2007 : 772
- (21) Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Affaire C-341/05 ECLI : EU : C : 2007 : 291
- (22) L. Mason, « Le salarié-actionnaire en droit anglais : l'histoire d'un échec législatif », in E. Mazuyer (éd.), *La place des salariés dans l'entreprise*, Paris, Editions Mare et Martin, 28 mars 2019.
- (23) L. Mason, « Brexit, the end of history and the Constitution of Social Europe : critical reflections on the Social Pillar and its limits », *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, juillet 2018, vol. 8, n° 2, pp. 311-340.
- (24) V. Vanberg, « The Freiburg School : Walter Eucken and Ordoliberalism », 2004, disponible sur <http://www.econstor.eu/handle/10419/4343> ; C. Joerges, « What is left of the European Economic Constitution ? A melancholic eulogy », *European Law Review*, 2005, vol. 30, pp. 461-489 ; W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*, Heidelberg, Springer, 1950 ; F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf*, Berlin, Heymann, 1933.
- (25) Voir, par exemple, les affaires suivantes : Affaire C-428/09 Union Syndicale Solidaires Isère [2010] ECLI : EU : C : 2010 : 612 ; Affaire C-32/02 Commission v Italy [2003] ECLI : EU : C : 2003 : 555 ; Affaire C-596/12 Commission v Italy ECLI : EU : C : 2017 : 77 ; Affaire C-229/14, Balkaya v Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH ECLI : EU : C : 2015 : 455

Citer cet article

Luke MASON. « Vers une « constitution sociale » européenne ? La constitutionnalisation du droit du travail et le droit de l'Union européenne », Titre VII [en ligne], n° 2, *De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne*, avril 2019. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/vers-une-constitution-sociale-europeenne-la-constitutionnalisation-du-droit-du-travail-et-le-droit>