Les transformations des droits sociaux dans la globalisation

Jérôme Porta

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/6900>

DOI : 10.4000/revdh.6900

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Jérôme Porta, « Les transformations des droits sociaux dans la globalisation », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 16 | 2019, mis en ligne le 18 juillet 2019, consulté le 09 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/6900> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.6900>

Ce document a été généré automatiquement le 9 juillet 2020.

Tous droits réservés

Les transformations des droits sociaux dans la globalisation

Jérôme Porta

I. Introduction

- 1 L'idée d'une circulation des droits, des législations, des modèles juridiques est ancienne. Elle est un des éléments du vaste registre qui de longue date concourt à la description des phénomènes juridiques au-delà des frontières étatiques. Cette idée est demeurée, peu important que ces phénomènes aient pu être désignés sous l'étiquette de l'internationalisation, de la mondialisation, de la transnationalisation, ou plus récemment de la globalisation¹. L'idée d'une circulation, d'un transfert de droit vise alors à saisir une figure spécifique de ces phénomènes, celle du passage d'une référence normative – un énoncé, un dispositif juridique, voire un modèle de législation – d'un contexte juridique à un autre. Ce sont en réalité deux catégories de circulation qui sont ainsi décrites.
- 2 La première catégorie est probablement la plus connue. Elle concerne les voies et les modes d'influence existants entre les droits étatiques. La circulation des modèles juridiques correspond ainsi à la manière classique de thématiser ces jeux d'influence entre droits nationaux. Elle occupe une place importante dès l'émergence du droit comparé. La circulation des modèles juridiques est alors étudiée au travers de la réception des codifications, sur fond de compétition entre les codes civils français et allemand, dans des contextes nationaux divers (Turquie, Japon, etc.)². Elle vient conforter le projet de la Société de législation comparée qui à l'instar de son adage « *ius unum, lex plures* » entendait dépasser la diversité des législations nationales par la proposition d'un droit unique³. L'étude de ces transferts de droit et de leurs insuffisances se déploie dans un second temps pour éprouver le projet d'un droit mondial souhaité par la société de législation comparée. Se développent alors des travaux sur la réception⁴ ou la transplantation⁵ des modèles juridiques, soulignant l'irréductible diversité des phénomènes juridiques nationaux, thématisée notamment

comme acculturation⁶. Ces réflexions ont par la suite été mobilisées pour penser le rapprochement des droits au niveau international ou européen. On en trouve par exemple trace dans la manière dont peuvent être abordées les difficultés liées à la transposition de directives européennes dans les droits nationaux. Hors contextes institutionnels du rapprochement des droits, l'idée d'une circulation des modèles juridiques est désormais souvent décrite comme résultant de phénomènes de concurrence normative entre systèmes juridiques⁷.

- 3 Cette première appréhension de circulation ou de transfert de droit laisse toutefois dans l'ombre une autre catégorie de déplacement au sein du droit globalisé : un même énoncé juridique peut être inscrit sur une grande variété de supports : déclaration de droits, convention internationale, charte éthique, standard technique, tableau de bord, ... Ces changements de supports, qui souvent impliquent le passage d'un mode de normativité⁸ à un autre, impliquent des hybridations complexes. Le droit social international et européen est manifestement un terrain historiquement fécond pour le développement de ces hybrides normatifs. Le droit de l'Organisation internationale du travail (OIT) et les conditions de sa mise en œuvre suffisent pour s'en convaincre. Depuis sa création, l'OIT a pour mission d'adopter des conventions internationales sur le travail. Ces conventions posent des règles minimales que doivent mettre en œuvre et respecter les Etats signataires de ces conventions. Ces conventions internationales sont formulées dans un style juridique des plus classiques. On y trouve une série d'énoncés déontiques posant des droits, des obligations, des règles ou des principes devant être repris, souvent précisé par le droit national. Il s'agit, en définitive, de poser des modèles de législations⁹ pour le développement du droit du travail, tout en spécifiant les conditions de mise en œuvre de ces modèles. La Convention n° 29 sur l'interdiction du travail forcé adoptée en 1930 impose, par exemple, aux Etats d'interdire le travail forcé sur leur territoire, et de mettre en œuvre cette interdiction, en même temps qu'elle prévoit les dérogations susceptibles d'être apportées à cette interdiction. Elle précise tout un ensemble de définition, telle celle du « travail forcé »¹⁰. En principe, la mise en œuvre de cette convention suit les voies juridiques du droit international. Obligatoire pour les Etats qui l'ont ratifiée, elle leur impose de modifier leurs législations nationales pour se mettre en conformité à ce standard international. Indépendamment de la qualité de cette transposition du standard international, le droit national peut en admettre l'invocation directement devant ses propres juridictions par les travailleurs qui seraient victimes des droits et garanties que vise à leur conférer la Convention. Pourtant ces seules ressources juridiques sont souvent insuffisantes pour garantir l'application effective du standard international. Il n'est pas rare que la mise en œuvre formelle ne suffise pas à assurer le respect de la Convention. Surtout, son déploiement est conditionné à sa ratification par les Etats... Aussi à ces modalités d'application des normes de l'OIT sont venues s'adjoindre d'autres instruments de mise en œuvre en dehors du système de l'organisation du droit du travail. L'exemple de la Convention n° 29 est à cet égard particulièrement emblématique. L'interdiction du travail forcé est désormais reprise par de nombreux textes internationaux, européen qui pourtant ne concernent pas principalement ou directement la question du travail : accords commerciaux internationaux, charte éthique, standards, ... Leurs sources et leurs statuts sont variés relevant parfois de la réglementation juridique au sens étroit, parfois d'une régulation privée. Les exemples de tels emprunts sont légion. La responsabilité sociale des entreprises en est une manifestation classique. Les chartes éthiques adoptées par les entreprises transnationales font fréquemment référence à

des normes de l'OIT. Elles répondent ainsi à la promotion de ces normes dans le cadre du Pacte Mondial des Nations Unies (Global compact). Parmi les 10 principes promus par le Pacte, quatre concernent le travail (liberté d'association et droit à la négociation, interdiction du travail forcé, abolition du travail des enfants et élimination de toute discrimination en matière d'emploi et de profession). Elle propose ainsi à la « constitution » de l'entreprise transnationale une forme spécifique d'hybridation, mêlant référence aux droits de l'homme et une incitation à la communication, la « Communication sur le progrès » annuellement requise. Certains standards qui régulent la production de biens ou de services sont également devenus un support commun pour certains droits des travailleurs promus par les Conventions de l'organisation internationale du travail. Le standard RSPO (Rundtable Sustainable Palm Oil)¹¹ mêle par exemple normes relatives à la qualité du produit et à ses techniques de production avec le respect d'exigence en matière de droits de l'homme, de droit du travail et de normes environnementales. Dans le domaine des échanges commerciaux, les « clauses sociales » présentent des traits analogues. Ces clauses, insérées dans des accords de libre-échange, font de manière croissante référence à certaines normes du travail, fréquemment empruntées à l'Organisation internationale du travail. Le système de préférence généralisée (SPG) mis en place dans le cadre de l'Union européenne offre une autre illustration. Le bénéfice d'une réduction des droits de douane sur certains produits est alors conditionné au respect de certaines normes du travail. N'est-ce pas encore une hybridation analogue que l'on surprend lorsque le suivi des politiques sociales fait l'objet, comme dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi ou du semestre européen, d'une mise en équivalence de certains droits sociaux à des indicateurs ? Il n'est manifestement pas besoin de faire de grands efforts pour repérer une grande variété de références aux normes internationales du travail, au sein de supports qui ne visent pas spécifiquement à régler les relations de travail, mais plutôt, selon les cas, l'activité de l'entreprise transnationale, les échanges commerciaux, la production de biens ou de services, voire l'encadrement des politiques sociales. Ces hybridations de la réglementation internationale du travail avec d'autres formes normatives sont généralement justifiées par des défaillances de la forme juridique. Ces reprises de droits sociaux visent à compenser le manque d'efficacité de ces réglementations juridiques dans le contexte de la globalisation. Ainsi, la référence à des normes du travail dans ces dispositifs a souvent une justification instrumentale, stratégique. A défaut de trouver dans les mécanismes de l'organisation internationale du travail une garantie d'effectuation suffisante, ces hybridations prétendent offrir un renfort à l'efficacité du droit international du travail. A n'aborder ces déplacements des droits sociaux au sein de divers supports que sous cette seule perspective, le risque est toutefois grand de manquer de penser ces déplacements eux-mêmes :

- 4 Aussi faut-il se demander ce que fait à la signification et à la garantie des droits sociaux leur inscription sur un support visant non à réglementer les rapports de travail, mais à encadrer les échanges commerciaux, réguler la production de biens ou de produits ou encore coordonner des politiques publiques nationales. Ces pratiques d'inclusion des droits sociaux au sein de supports économiques, techniques ou politiques ne font pas véritablement objet d'attention pour elles-mêmes. Elles ne sont généralement comprises qu'en comparaison à la forme juridique dont elles doivent servir l'effectuation. Décrites à partir d'une sémantique empruntée au droit, ces pratiques ne peuvent être appréhendées qu'à raison de leur écart à ce mode de normativité. Pour l'essentiel, cette extension de la sémantique juridique aboutit à ne donner qu'une

analyse juridique de déplacements. Cette extension se dévoile avec évidence dans une série de questions : ces inscriptions créent-elles bien des droits ? Ces droits sont-ils objets de sanction efficace ? Sont-ils justiciables ? Leur violation peut-elle être utilement invoquée devant un juge ? En définitive, le seul registre critique véritablement mobilisé paraît trop souvent être l'efficacité au sens juridiquement étroit du terme. Sont ici repris les arguments et contre-arguments concernant le recours à la *soft Law*¹².

- 5 Ces préoccupations laissent dans l'ombre une question plus fondamentale, celle du changement qu'opère le passage d'une forme normative à une autre. A ne voir dans ces hybridations qu'un simple changement de support, l'on manque en effet une des dimensions clés de ces hybridations. Elle implique une traduction, mieux une transformation des droits sociaux sous le mode de normativité auquel est adossé le support, la forme qui les recueille. Autrement dit, l'inclusion des énoncés juridiques de droits sociaux au sein de ces diverses formes implique l'adoption d'un mode de normativité différent. Ce sont ces transformations dont nous voudrions rendre compte afin de saisir ce que fait l'hybridation aux droits sociaux. Là est notre hypothèse de travail : ce changement de forme implique une acclimatation des droits sociaux au contexte de régulation. En fonction de la forme recueillant les droits sociaux, ceux-ci ne signifient pas les mêmes normes. Pour mettre à l'épreuve cette proposition, il faut en vérifier la pertinence et l'aptitude à décrire différents cas d'hybridation pour suggérer une mise en comparaison. Afin de s'assurer de la comparabilité de ces cas, une sélection s'impose d'évidence au sein de ces hybridations. Elles sont en effet susceptibles d'intervenir dans de nombreux domaines. Certaines visent à influencer les Etats, d'autres concernent davantage des acteurs de droit privé (entreprise transnationale, ONG, ...). Afin de s'assurer de la comparabilité de notre examen, sans préjudice de travaux ultérieurs, nous nous sommes concentrés sur les pratiques impliquant l'inclusion de droits sociaux sous des supports visant la régulation des rapports marchands (les clauses sociales), la promotion de politiques sociales (la Charte sociale européenne) et la coordination des politiques nationales (le socle européen des droits sociaux). Chacun de ces supports a pour objet de peser sur les droits nationaux et les politiques menées par les Etats. La comparaison de ces cas permettra de penser la nature des transformations que requiert une telle « circulation » des droits.

II. Les clauses sociales

- 6 La conditionnalité sociale offre un premier terrain privilégié pour tenter de saisir les phénomènes de transformation des droits sociaux. Elle est un des mécanismes classiques par lesquels a été tenté de rendre efficace les droits sociaux par leur inclusion dans des instruments classiques du libre-échange. Le terme de conditionnalité est emprunté au vocabulaire du droit international public. Dans ce contexte, la conditionnalité désigne une technique consistant à soumettre le bénéfice d'un droit ou d'un avantage au respect par l'Etat bénéficiaire d'une condition. Elle est d'usage répandue notamment en matière d'investissement, de commerce international ou encore d'aide au développement. Cette technique a des répercussions sur la souveraineté des Etats. En effet, la condition implique généralement une intrusion dans la législation interne de l'Etat : engagement de réformes, garantie de la mise en place ou du maintien de certaines législations, ... Cette technique trouve désormais une

application importante dans le domaine des droits de l'homme et plus spécifiquement des droits sociaux fondamentaux. Elle y est présentée comme un moyen permettant de rendre efficace les droits fondamentaux. Elle fait ainsi partie de l'instrumentation mise en œuvre par l'Union européenne dans ses rapports avec les Etats tiers.

- 7 S'agissant plus spécifiquement de la conditionnalité sociale, celle-ci se déploie dans plusieurs domaines de la régulation internationale et européenne : les accords de libre-échange, le système de préférence généralisé, les accords d'investissement¹³. Nous nous attacherons essentiellement au premier de ces instruments.

A. Origine d'un divorce

- 8 La place qu'occupe désormais la conditionnalité sociale dans les accords de libre-échange trouve son origine dans la manière dont s'est posée au niveau international la question de la « clause sociale ». La clause sociale est dans le domaine du droit du travail international le terme qui a longtemps prévalu pour désigner la conditionnalité sociale dans les accords de libre-échange. Pour comprendre la signification du déplacement qu'elle impose aux droits sociaux, il est utile de présenter la genèse de la partition entre le social et l'économique au niveau international. Ce rapport entre le social et économique ou plus exactement entre le travail et l'économique – puisque la question du social va ici être exclusivement abordée sous l'angle du travail – se noue à la fin la deuxième guerre mondiale.
- 9 A l'origine, une telle partition des champs de la régulation juridique ne paraissait pas s'imposer au niveau international : dès sa création en 1919, l'Organisation internationale fut confrontée à la question du lien entre commerce international et travail. Le premier projet de Constitution de l'Organisation prévoyait ainsi le prononcé d'une sanction contre les Etats qui se rendraient coupables de concurrence déloyale fondée sur les conditions de travail oppressives¹⁴. Cette formulation contraignante fut finalement écartée par les pères fondateurs pour une formulation atténuée. La conception d'un lien entre les droits des travailleurs et le commerce international s'affermir néanmoins dans l'après deuxième guerre. Dans l'élan du discours des quatre libertés du président Roosevelt de 1941 et l'affirmation du lien entre justice sociale et démocratie a été adoptée la Déclaration du Philadelphie du 10 mai 1944, annexée à la Constitution de l'Organisation internationale du travail. Ce second texte fondateur de l'organisation redit l'accord sur la Justice sociale, dont l'Organisation se veut la gardienne au niveau international. Tout en affirmant un ensemble de principes tel celui selon lequel « *le travail n'est pas une marchandise* », la déclaration renoue avec le souci de concevoir le travail et le commerce de manière liée. L'organisation s'y déclarait ainsi « *convaincue qu'une utilisation plus complète et plus large des ressources productives du monde, nécessaire à l'accomplissement des objectifs énumérés dans la présente Déclaration, peut être assurée par une action efficace sur le plan international et national, et notamment par des mesures tendant à promouvoir (...) un commerce international de volume élevé et constant* », elle promettait sa coopération avec les organisations internationales.
- 10 Du côté du commerce international, la Charte de la Havane, rédigée lors de la conférence des 21 novembre 1947 au 24 mars 1948, symbolise cette tentative de concilier la promotion du libre-échange avec les idéaux de justice sociale. Certes la Charte visait à ouvrir l'accès au marché et à favoriser la « *réduction des tarifs douaniers et des autres entraves au commerce, ainsi que l'élimination des discriminations en matière de commerce international* »¹⁵. Toutefois, elle se

donnait clairement des objectifs en matière sociale. La prévention du chômage était ainsi déclarée « condition nécessaire » pour atteindre les objectifs de la Charte, y compris le développement du libre-échange¹⁶. Le maintien de l'emploi à l'intérieur du pays¹⁷ ou le respect de normes équitables, « particulièrement dans les secteurs de la production travaillant pour l'exportation », le non-respect de telles normes créant « des difficultés aux échanges internationaux »¹⁸.

- 11 La création d'une Organisation internationale du commerce par la Charte de la Havane a par la suite échoué en l'absence de ratification. L'échec de cette construction va marquer le divorce au niveau international entre le travail et le commerce. Fondée sur les décombres de ce premier projet, le GATT, qui aboutit à la création de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en 1994, se voit assigner des objectifs d'une toute autre nature. Le statut des normes du travail change dans ce contexte radicalement pour s'apparenter à des entraves aux échanges. C'est dans ce contexte de spécialisation que la technique de la conditionnalité sociale et le débat sur l'introduction de clause sociale dans les échanges commerciaux internationaux prennent leur signification. En quelle mesure l'obligation de respecter des normes en matière de droit du travail est-il compatible avec le système de l'OMC ? Le débat sur l'introduction d'une clause sociale dans le cadre de l'OMC témoigne de cette tension. Cette dispute permet de rendre saillantes les contraintes qui pèsent sur l'inclusion de normes sociales dans le contexte du commerce international. L'exposé de ces tensions permet de saisir les contraintes qui pèsent actuellement sur l'insertion de telles clauses dans les réglementations du commerce international. En effet, depuis les années 70, la clause sociale a été un serpent de mer au sein des négociations de l'OMC. Les Etats-Unis furent les premières à mettre en place ce type de clauses dans le cadre de leurs échanges avec leurs partenaires commerciaux. La nature de ces clauses et leur utilisation expliquent pour partie l'opposition des pays en développement contre une pratique qualifiée d'impérialiste, malmenant leur souveraineté et synonyme de protectionnisme dans le cadre des relations américaines avec leurs partenaires commerciaux. Il n'est donc pas surprenant que la proposition d'introduire une telle clause dans le cadre de l'OMC, portée conjointement par les Etats-Unis et la France, ait échoué. Les critiques à l'encontre de cette clause pointaient ses effets contreproductifs dans la lutte contre la pauvreté. Les argumentaires des pays en développement reprochaient la volonté protectionniste de ces clauses censées en définitive brider leur croissance économique tout en insistant sur l'absence de lien entre violation des droits fondamentaux et commerce international. L'échec de cette entreprise devait être patent lors de l'Uruguay round en 1994. La déclaration de Singapour du 13 décembre 1996 fait toutefois une référence explicite, mais sans lendemain, aux respects des normes du travail, renouvelant l'engagement « d'observer les normes fondamentales du travail internationalement reconnues ». Surtout, la déclaration rappelle la compétence de l'Organisation internationale du travail pour « établir ces normes et s'en occuper », confortant ainsi une spécialisation et un partage des rôles que la dispute sur la clause sociale avait paru subvertir. Ainsi, cette promotion des normes du travail doit-elle d'emblée s'articuler avec les valeurs propres au libre-échange. La Déclaration de Singapour fait « d'une augmentation des échanges commerciaux et d'une libéralisation plus poussée du commerce » le moyen de cette promotion. Surtout, elle expose les contraintes à l'inclusion des normes du travail dans la réglementation internationale du libre-échange. Concession aux pays en développement notamment, est ainsi rejeté « l'usage des normes du travail à des fins protectionnistes » et la remise en cause de « l'avantage comparatif des pays, en particulier des pays en développement à bas salaires ». Signe du faible consensus d'une telle référence, en même temps que des difficultés rencontrées par les négociations multilatérales, ces références aux normes du travail ont, par la suite disparu, des déclarations ministérielles. Seule la Déclaration

de Doha de 2001 fit sommairement mention de la complémentarité avec les exigences de l'OMC des travaux en cours au sein de l'OIT sur la dimension sociale de la mondialisation, par lesquelles l'organisation opérait un rapprochement, suggérant une spécification des « normes internationalement reconnues ». Entre temps, l'OIT avait adopté la Déclaration relative aux principes et droits fondamentaux au travail et son suivi¹⁹, qui était explicitement présentée comme prolongeant la déclaration de Singapour. Cette déclaration a par la suite servi de modèle aux clauses sociales insérées dans les accords bilatéraux. Aussi est-elle révélatrice des contraintes qu'imposent les exigences propres au libre-échange à l'inclusion des normes internationales du travail. Les accords de libre-échange tirent en dernière instance leur légitimité des gains que sont supposés offrir à chaque Etat leurs avantages comparatifs respectifs. Le faible coût du travail dans les pays en développement en fait partie. Aussi, l'importation des normes du travail ne peut – sauf à être qualifiée de protectionniste dans le contexte international ou européen du libre-échange et donc entrer en contradiction avec la justification propre aux accords de libre-échange – renchérir le coût du travail. Ces contraintes requièrent en quelque sorte de n'imposer les normes du travail que pour écarter le dumping social lorsqu'il est jugé illégitime.

- 12 Tel est le premier aspect de la *transformation* qu'implique l'inscription des droits sociaux sur un support propre au libre-échange. Le passage d'un support à l'autre implique *a minima* une sélection. En quelque sorte, l'ensemble des droits et normes issus de la réglementation internationale du travail ne sont pas transformables dans le contexte libre échangiste.

B. Une sélection

- 13 Quelles sont, dans ce contexte, « les normes du travail internationalement reconnues » au sens de la Déclaration de Singapour, autrement dit les normes sélectionnées pour leur compatibilité ? La sélection opérée par l'OIT dans sa Déclaration de 1998 vise manifestement à répondre à ces contraintes. La déclaration sur les principes et droits fondamentaux du travail opère en effet une sélection drastique au sein des conventions adoptées au sein de l'OIT.
- 14 Seules 8 conventions sont retenues et doivent être considérées comme obligatoires pour tout Etat ayant adhéré à l'OIT. Il s'agit en quelque sorte d'un socle de droits fondamentaux au travail dont la spécificité est d'être compatible avec la rationalité des accords de libre-échange. Les conventions concernent quatre thèmes : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective²⁰ ; l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire²¹ ; l'abolition effective du travail des enfants²² ; l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession²³.
- 15 Signe de la pertinence de cette sélection dans le contexte du commerce international, la Déclaration de 1998 a accompagné l'essor des accords de libre-échange régionaux ou bilatéraux après l'échec des négociations multilatérales au sein de l'OMC. Le nombre d'accords commerciaux intégrant une clause sociale est passé de quatre en 1995 à 58 en 2013 sur les 248 accords commerciaux en vigueur et notifiés à l'OMC²⁴. Ces clauses sociales ont largement adopté la référence à la Déclaration, soit en faisant référence de manière générale aux « principes fondamentaux du droit du travail »²⁵, soit en visant plus précisément les droits garantis par la Déclaration²⁶.

- 16 La réception de la Déclaration s'explique par leur compatibilité avec la rationalité propre aux négociations des accords de libre-échange et aux contraintes que fait peser sur les réglementations sociales la notion d'« avantage comparatif »²⁷. Dans ce contexte, l'obligation de respecter une réglementation ne doit pas priver un Etat du bénéfice d'un avantage légitime dans le cadre de la concurrence. Seuls les avantages illégitimes rendent la concurrence déloyale et doivent être écartés.
- 17 Historiquement, les premières clauses sociales témoignent clairement de cette préoccupation. Au cours du XIXe siècle, les réglementations commerciales nationales ont ainsi exclu de la libre circulation les marchandises produites par le travail pénitentiaire forcé. Les biens fabriqués par les prisonniers étaient considérés comme menaçant la rentabilité des productions nationales²⁸. Dans les années 30, après l'adoption de la convention OIT sur le travail forcé, cette exclusion a été étendue au travail forcé de manière générale. L'abolition effective du travail des enfants ou l'élimination des pratiques discriminatoires relèvent de logiques analogues. L'emploi des enfants ou les discriminations en matière d'emploi sont susceptibles d'offrir à une économie nationale un avantage illégitime pour concurrencer déloyalement les entreprises d'un Etat partenaire²⁹. La reconnaissance de la liberté syndicale et de la négociation collective pourrait sembler relever d'une logique différente. Pour l'Organisation internationale du travail, il s'agit effectivement de droits fondateurs du droit du travail. Sans ces droits, il est difficile de prétendre à l'existence d'un droit du travail dans l'Etat en cause. La reconnaissance de ces droits conditionne en quelque sorte la possibilité même des autres droits des travailleurs. Mais leur affirmation peut aussi être justifiée sous les raisons du libre-échange. En définitive, ces droits ne doivent-ils pas être compris comme droits procéduraux dont la mise en œuvre est supposée permettre une mise en adéquation du prix du travail à la productivité et au niveau de développement de l'économie nationale ? *A contrario*, la référence au respect d'un salaire minimum, voire plus largement de conditions de travail minimales, semble avoir été interprétée par le compromis que dessine la Déclaration de 1998 comme s'affranchissant de la logique libre-échangiste. Les accords commerciaux conclus par les Etats-Unis font une place forte à d'autres logiques que celle du libre-échange³⁰. Ce changement de contenu est caractéristique d'un changement de logique. La possibilité d'un certain protectionnisme paraît significative d'accords concourant à la construction de marchés régionaux plus intégrés et faisant plus facilement place à une promotion plus importante des droits sociaux.
- 18 La transformation des droits des travailleurs dans la grammaire libre-échangiste des accords commerciaux n'est pas une opération neutre. Le critère de la légitimité de l'avantage comparatif impose une sélection au sein des droits des travailleurs. L'inclusion de normes sociales a un « coût » à tous les sens du terme. Les critiques dont la Déclaration de 1998 a pu faire l'objet est révélateur de son ampleur. Celles-ci ont essentiellement porté sur les lacunes de cette déclaration : la rémunération, le temps, la santé au travail n'ont pas trouvé place dans la déclaration alors même qu'il s'agit du cœur de la réglementation promue par l'Organisation. A cet égard, la Déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable³¹ qui paraît chercher à se détacher l'idée de justice sociale promue par l'OIT de la définition restrictive défendue 10 ans plus tôt est significative. Cet agenda du travail décent entend clarifier les objectifs poursuivis par l'OIT autour de quatre questions : l'emploi, la protection sociale et la protection des travailleurs, le dialogue social et le tripartisme et le respect des

principes et droits fondamentaux. Cette reformulation de l'agenda de l'OIT ouvre son action à une autre grammaire, celle des politiques sociales des Etats. Le maître mot devient alors celui de la promotion et ses contraintes spécifiques, celle de l'objectif et de sa mise en indicateurs³². Toutefois, le respect des principes et droits fondamentaux visés par l'agenda de 2008 demeure clairement sous contrainte libre-échangiste. En effet, ce dernier objectif prolongeant la Déclaration de 1998 en révèle d'ailleurs explicitement la logique, ajoutant une prévention au respect des droits fondamentaux : *« la violation des principes et droits fondamentaux au travail ne saurait être invoquée ni utilisée en tant qu'avantage comparatif légitime, et que les normes du travail ne sauraient servir à des fins commerciales protectionnistes »*.

- 19 La transformation des droits sociaux par leur inscription sur un support libre-échangiste n'implique pas seulement une sélection, mais aussi une altération de leur normativité.

C. Altération

- 20 L'inclusion de droit sociaux au sein d'instrument de libre-échange a bien une influence sur le contenu des droits susceptibles d'être pris en considération. Mais elle implique plus fondamentalement une modification de la normativité de ces droits. Les relations bilatérales de l'Union européenne avec les Etats tiers peuvent ici servir d'illustration³³.
- 21 S'agissant des accords commerciaux de libre-échange conclus par l'Union européenne, il est possible d'identifier en leur sein plusieurs générations³⁴. Une première génération concerne les accords euro-méditerranéens conclus entre 1995 et 2002. Ces accords organisent une libéralisation graduelle des échanges au sein de la zone méditerranée. Ces accords (Algérie, Maroc, Tunisie) ont abordé la question du travail au prisme de la politique migratoire. Cette attention se traduit ainsi pour l'essentiel par l'interdiction des discriminations des travailleurs en raison de la nationalité. Ce n'est que dans un deuxième temps qu'au-delà de la question migratoire a été envisagé plus largement le respect de certains droits sociaux. Cette deuxième génération d'accord (Chili, Afrique du sud) fait une référence explicite aux normes du travail internationalement reconnues. L'accord commercial UE – Afrique du Sud est révélateur de cette évolution³⁵. Il s'agissait toutefois essentiellement de promouvoir une coopération internationale. L'article 86 intitulé « Questions sociales » se borne à affirmer que *« Les parties considèrent que le développement économique doit être accompagné de progrès sociaux. Elles reconnaissent leur responsabilité quant à la garantie de droits sociaux fondamentaux, visant notamment la liberté d'association des travailleurs, le droit à la négociation collective, l'abolition du travail forcé, la fin de la discrimination en matière d'emploi et de profession et l'abolition effective du travail des enfants. Les normes appropriées de l'OIT servent de référence au développement de ces droits »*³⁶. L'accord CARIFORUM de 2008 annonce une troisième génération d'accord. Il prévoit explicitement l'obligation pour les Etats parties de faire respecter les normes fondamentales du travail par les investisseurs, renvoyant pour ce faire à la déclaration OIT de 1998³⁷. Toutefois, seul cet accord prévoit une procédure spécifique de règlement des litiges liés aux normes de travail. A cet égard, l'approche européenne est sur ce point très différente de celle des Etats-Unis en la matière. L'Union européenne privilégie des modes d'influence en la matière essentiellement politiques et promotionnels. Ainsi l'accord de libre-échange UE – Corée du Sud de 2013 contient bien une clause sociale visant la Déclaration de 1998³⁸. Toutefois, il exclut explicitement le

recours à la procédure de règlement des litiges prévus par le traité pour les questions relevant notamment des engagements en matière de droit du travail³⁹. Seule la consultation entre les pouvoirs publics et d'un groupe d'experts rendant avis et recommandations est prévue. Ce groupe d'experts saisi seulement par les parties à l'accord ne rend aucune décision exécutoire, les Etats devant seulement s'efforcer de tenir compte de ses avis et recommandations pour la mise en œuvre des engagements en matière sociale⁴⁰. Il n'y a en définitive ni sanction financière, ni suspension possible.

- 22 L'accord CETA conclu entre l'UE et le Canada fait figure d'exception tant par l'importance des droits sociaux qui y sont affirmés que par les mécanismes de contrôle mis en place. Il n'en est que plus révélateur des contraintes d'une transformation des droits sociaux sous le format du libre-échange. En effet, au sein de l'accord, CETA, la clause sociale occupe une place importante et inhabituelle comparée à la pratique européenne en matière d'accord de libre-échange. Sous certains égards, elle porte la marque de l'influence nord-américaine⁴¹. Elle dénote assurément un souci d'intégration renforcée. Celui-ci se manifeste tant s'agissant du contenu du chapitre consacré au travail que des mesures visant à en garantir l'exécution.
- 23 En premier lieu, le contenu dépasse les seules préoccupations généralement attachées aux clauses sociales dans les accords de libre-échange. Le Chapitre 23 du CETA, intitulé « *Commerce et travail* », a d'abord pour objet de maintien de la législation sociale des Etats parties. Il convient en effet d'éviter que l'accord ne serve à mettre en cause les niveaux de protection du travail qui pourraient être considérés comme des entraves au commerce entre les parties⁴². L'accord prévoit également une clause de non-régression⁴³, afin d'éviter qu'un Etat abaisse « *son droit et ses normes du travail* » pour stimuler le commerce ou l'investissement sur son territoire. Le CETA se rapproche ainsi d'un accord d'intégration économique régionale⁴⁴. L'accord reprend également les normes de l'OIT. Toutefois, toutes les conventions de l'OIT n'ont ici pas la même normativité. Les droits et principes fondamentaux au travail de la déclaration de 1998 doivent être respectés, promus et appliqués⁴⁵. Seuls les droits du travailleur compatibles avec la forme libre-échangiste bénéficient d'une telle normativité. Ainsi les droits visés par l'agenda du travail décent n'ont pas, au sein de l'accord CETA, cette impérativité. Ici, chaque Etat « *fait en sorte* » que son droit et ses pratiques en matière de travail favorisent les objectifs de l'agenda. D'impératif, les normes du travail se muent en objectif. Les dispositions de l'accord ont là davantage une vocation de promotion des droits du travail⁴⁶.
- 24 En second lieu, les procédures de contrôle du respect de ces dispositions paraissent renforcées par rapport aux dispositifs généralement prévus par les accords commerciaux pour garantir les clauses sociales. Les normes du travail font l'objet de procédures spécifiques de règlement des différends, exclusives des autres procédures prévues par le CETA, mais aussi de toutes procédures juridictionnelles. La logique propre aux clauses sociales dans les accords de libre-échange de l'Union demeure.
- 25 D'une part, ces différends impliquent exclusivement les parties à l'accord, autrement dit les Etats eux-mêmes. La transformation des droits sociaux dans le contexte du libre-échange exclut leur invocation par les travailleurs ou leurs représentants. Elle opère ainsi en quelque sorte une transformation de la titularité des droits.
- 26 D'autre part, ces procédures de règlement comprennent plusieurs étapes révélatrices d'une mise en forme spécifique de la dispute. La première est caractéristique de la logique conventionnelle inhérente à un tel accord. Est ainsi privilégié le recours à des

procédures consultations entre les parties⁴⁷. Leur objet est d'abord de favoriser l'échange d'informations entre les parties. Une partie peut ainsi demander « *la tenue d'une consultation avec une autre partie sur toute question* » relative au chapitre relatif au travail. Toutefois, ces procédures peuvent impliquer la participation de tiers, notamment de l'OIT « *qui pourrait contribuer à l'examen de la question soulevée* »⁴⁸. Cette procédure peut aussi être examinée par le comité du commerce et du développement durable qui « *s'efforce de régler la question* »⁴⁹. Le « différend » est ici transformé en « question ». Il appelle dès lors en quelque sorte une réponse unilatérale de la partie à laquelle elle est adressée. Aussi, le différend peut-il s'éteindre à cette étape de la procédure, « *chaque partie rend[ant] publique toute solution ou décision relative* » au différend. En cas de persistance du différend, son règlement s'approche de la forme juridictionnelle. Il reste toutefois là encore traité davantage comme une « question » que comme un litige : un Etat peut demander la formation d'un groupe d'experts en droit du travail. Cependant, certains aspects rapprochent ce groupe d'une juridiction. A l'instar d'un magistrat, il est prévu que les experts doivent être « *indépendants, siéger à titre personnel et ne suivre les instructions d'aucune organisation ni d'aucun gouvernement concernant la question en cause* »⁵⁰. Toutefois, le registre demeure celui de l'expertise. Le groupe d'experts peut obtenir auprès de l'OIT des informations sur les conventions OIT visées par le CETA. Ils peuvent aussi « *demande et recevoir des observations écrites ou toutes autres informations de la part de personnes possédant des informations ou des connaissances spécialisées pertinentes* ». L'intervention d'éventuels tiers (partie prenante ou membre de la société civile) paraît ainsi également relever davantage de l'expertise, de la recherche d'information ou de compétence que de la défense d'opinions, d'intérêts ou *a fortiori* d'une cause. La conflictualité du différend se trouve ainsi désamorcée par sa reformulation en tant que question d'expertise.

- 27 A défaut d'accord entre les parties sur sa mission, l'article 23.10, al. 8 donne pour mandat aux groupes d'experts de produire un rapport, « *présentant des recommandations en vue de résoudre la question* ».
- 28 En définitive, ce mode de règlement des différends doit aboutir à une solution consensuelle entre les « parties ». A la suite du rapport final du groupe d'experts concluant à la violation par l'une des parties de ses obligations, s'ouvre une dernière phase de consultation. En effet, l'article 23.10, al. 12 prévoit que les parties « *entament des discussions* » et « *s'efforcent, dans les trois mois suivant la remise du rapport final, de déterminer les mesures appropriées ou s'il y a lieu, d'établir un plan d'action mutuellement satisfaisant* ». La résolution du différend emprunte en fin de compte à deux logiques distinctes. Certes, les solutions adoptées donnent lieu à une publicité. Toutefois, *in fine* la procédure retrouve une forme de bilatéralisme propre aux accords commerciaux : la partie défenderesse et la partie requérante informent leurs « groupes consultatifs en matière de travail ou de développement durable » des mesures qu'elles sont susceptibles de prendre. A défaut de réponse, la « question » redevient un « différend », ... de nature commerciale. Cela explique les mesures réciproques des parties et le fait que la partie requérante puisse prendre des mesures à l'égard de la partie défenderesse. L'atteinte aux droits et normes du travail n'est ainsi saisie qu'en ce qu'elle cause un déséquilibre dans les échanges commerciaux entre les parties, déséquilibre auquel il convient de remédier et de compenser. L'absence de certaines « parties » dans le différend est ici révélatrice. Ni les entreprises, ni les travailleurs ou leurs organisations

professionnelles ne sont susceptibles d'être partie. Tout au plus peuvent-elles être informées.

III. La promotion de politiques sociales

- 29 Le contexte des droits européens offre un terrain propice à l'étude de l'inscription des droits sociaux sur des supports visant au gouvernement des politiques sociales. Elle permet de mettre en exergue l'existence de contraintes différentes pour la transformation des droits sociaux dans la normativité des politiques. Les occurrences de cette inscription programmatique des droits sociaux y occupent une place importante. Elle se manifeste tant au sein du droit de l'Union européenne que du droit du Conseil de l'Europe.
- 30 Dans le droit de l'Union européenne, la reconnaissance des droits sociaux fondamentaux a d'abord été une réponse à la tentative de dépassement du simple projet de construction d'un marché unique entre les Etats membres. L'émergence de la catégorie des « droits sociaux fondamentaux » a répondu à un besoin de justification face au marché et aux libertés économiques consacrées par les Traités. Consacrant des valeurs communes en matière sociale, les droits sociaux fondamentaux devaient tout à la fois justifier l'exercice par le législateur européen de ses compétences pour la mise en place d'une politique d'harmonisation en matière sociale et faciliter la justification des législations sociales des Etats membres face aux libertés économiques. Dans ce contexte, l'expression apparaît au tournant des années 1990 dans le lexique communautaire, d'abord dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux de 1989 avant de connaître un essor⁵¹ notamment dans les traités, puis hors de l'Union par l'Organisation internationale du travail et la Charte sociale révisée de 1996. Le projet d'une Europe sociale s'est appuyé sur des textes élevant les droits sociaux au rang de droits fondamentaux : Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La référence aux textes du droit du Conseil de l'Europe, que ce soit à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et surtout à la Charte sociale européenne, est venue dans le droit de l'Union et dans les décisions de la Cour de justice conforter encore cette élévation des droits sociaux au rang de la fundamentalité, à l'instar des droits civils et politiques.
- 31 Toutefois, cette consécration paraît fortement marquée par un partage entre deux registres distincts, l'un emprunte au mode normatif des droits de l'homme, le second renvoie à la normativité programmatique des politiques publiques. Ce partage entre deux registres est manifeste s'agissant du droit du Conseil de l'Europe. La reconnaissance de droits sociaux par une interprétation constructive de la Convention européenne des droits de l'homme contraste avec la forme prise par les droits sociaux au sein de la Charte sociale européenne. Le droit de l'Union européenne connaît une partition analogue. Celle-ci s'est manifestée d'abord dans les décisions de la Cour de justice. Elle y opère un partage entre deux catégories de droits sociaux. Certains sont des droits fondamentaux reconnus en tant que principes généraux du droit⁵², d'autres sont des principes de droit social de l'Union⁵³. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne n'a pas pleinement renoncé à un tel partage. Certes, elle écarte la distinction entre droit civil et politique d'une part et droits sociaux d'autre part, présente dans le droit du Conseil de l'Europe. Mais elle réintroduit une partition entre

« droits et libertés » d'une part et « principes » d'autre part. Certains droits, y compris en matière sociale⁵⁴, sont consacrés en tant que « droits et libertés » devant être *respectés*⁵⁵, tandis que d'autres ne sont que des « principes » qu'il importe d'*observer* et ne sont pas pleinement justiciables⁵⁶.

- 32 En d'autres termes, la consécration des droits sociaux au rang de droits fondamentaux atteste une concurrence entre deux modes de normativité. A côté de la normativité des droits de l'homme se déploie, sous l'intitulé de « fondamental », un second mode de normativité, plus programmatique, celui de la promotion des politiques. Ce dualisme est plus manifeste encore lorsque les droits sociaux fondamentaux sont déposés sur des supports visant à promouvoir la mise en œuvre des droits sociaux par les Etats ou les institutions européennes. Charte sociale européenne, Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs sont autant d'exemples d'une inscription des droits sociaux hors le mode de normativité des droits de l'homme.
- 33 Comment rendre compte de ce second mode de normativité dans lesquels se transforment des droits sociaux ? Bien souvent, celui-ci est en définitive disqualifié. L'analyse de ces textes est communément empreinte de juridicisme. Qu'il s'agisse de suggérer le progrès qu'ils représentent pour la garantie des droits sociaux ou de dénoncer la faiblesse des protections qu'ils offrent, le commentaire de ces textes puise ses questionnements et ses sentences dans la sémantique juridique de l'Etat providence. Seul paraît compter l'écart au modèle axiologique et subjectif des droits de l'homme que ce soit dans l'opposition entre « droit de » et « droit à », « droit-liberté » et « droit-prestation » ou dans le plaidoyer en faveur de leur justiciabilité⁵⁷. Autrement dit, ces références aux droits sociaux ne sont pensées qu'en regard de leur juridicité, préjugée comme préalable à leur relevance. Aussi, les descriptions de ces supports ne visent en définitive qu'à les ramener dans le giron du droit ou, au contraire, à les disqualifier au motif de leur inadéquation à la modalité des droits de l'homme. Ce double mouvement d'extension de la juridicité et d'application de la sémantique juridique obscurcit pour grande partie la forme normative propre de ces supports. Lire ces textes au prisme d'une telle sémantique conduit à ne prêter attention qu'à la possibilité d'une formulation axiologique de ces énoncés et à ne prendre au sérieux les mises en forme des différends auxquelles ils procèdent qu'en ce qu'ils reposent sur le modèle du procès et de leur justiciabilité, disqualifiant les autres types d'épreuves que leur référence permet. Autrement dit, pareille lecture renonce à prendre en charge l'objet même de ces supports, la promotion des droits sociaux par le gouvernement des politiques. C'est sous une autre sémantique que se laisse saisir cette normativité promotionnelle. Plutôt que supposer l'extension de la juridicité à ces dépôts des droits sociaux dans des supports visant au gouvernement des politiques, il importe de prêter attention aux déplacements qu'ils opèrent. L'analyse d'une telle transformation trouve dans la Charte sociale européenne un terrain privilégié, tant ce texte du Conseil de l'Europe déploie cette grammaire promotionnelle. Dans le droit du Conseil de l'Europe, les droits sociaux fondamentaux n'ont été reconnus que postérieurement à la Convention EDH. La Charte sociale européenne a été conçue comme le pendant de la Convention EDH pour les droits économiques et sociaux. Ce texte de 1961, révisé en 1996, a une vocation promotionnelle et programmatique la distinguant de la Convention EDH qui emprunte la forme classique des droits et libertés. Le système de la Charte sociale demeure peu contraignant et accuse, dans le droit du Conseil de l'Europe, le contraste entre droits civils et politiques d'une part et droits sociaux. En l'occurrence, les Etats membres du Conseil de l'Europe doivent adhérer à un nombre

seulement restreint de droits sociaux sur les 31 articles que comprend la Charte et non pas à l'ensemble des dispositions de la Charte. Par leurs adhésions, les Etats s'engagent à mettre en œuvre ces droits sociaux dans leur droit national. Cet instrument offre ainsi un terrain propice à l'examen des transformations qu'implique une telle inscription des droits sociaux pour promouvoir la mise en place de politiques sociales. Elle en modifie tout à la fois la formulation et la manière de concevoir les différends dont leur violation peut être l'objet.

A. Du droit au programme

- 34 La transformation, le déplacement de forme juridique des droits sociaux vers la forme instrumentale des politiques, se manifeste en premier lieu par un ensemble d'opérations de reformulation. De prime abord, la Charte sociale européenne ne diffère pas des déclarations de droits fondamentaux. Les énoncés qu'elle renferme adoptent le style classique d'énoncés juridiques. Le contexte de ces supports en impose toutefois une lecture non pas déontique, mais téléologique. La (re)formulation des droits procède ici d'une mise en programme.
- 35 La Charte sociale européenne repose sur un gouvernement des politiques nationales, celui de la promotion des droits sociaux. Dans ce contexte, elle opère le passage de la forme juridique de la règle à celle du programme. Ce passage est inscrit dans la structure même de la Charte sociale. L'énonciation des droits sociaux y est en effet formellement séparée en deux parties successives. La première partie est consacrée à l'énonciation des 31 droits sociaux que visent à promouvoir la Charte.
- « 1. Toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris.
 - 2. Tous les travailleurs ont droit à des conditions de travail équitables.
 - 3. Tous les travailleurs ont droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail. (...) »
- 36 Ces énoncés adoptent une stylistique caractéristique de l'énonciation des droits de l'homme. Ces énoncés ont une forme axiologique. L'article 1 de la Charte dispose ainsi que « *Toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris* ». Au fil de cette liste d'articles, ce sont ainsi « *toute personne* », « *tous les travailleurs* », « *les enfants* », « *les enfants et les adolescents* » « *les ressortissants de l'une des parties* », « *les travailleurs migrants* », « *les représentant des travailleurs dans l'entreprise* » qui se voient reconnaître divers droits sociaux. La généralité des catégories de bénéficiaires de ces droits s'inspire ainsi directement de la stylistique des grandes déclarations de droits de l'homme. Cette énumération inclut même des bénéficiaires auxquelles la tradition juridique dénie communément la qualité de sujet de droit et ainsi la faculté de se voir reconnaître de tels droits. Ainsi, l'article 16 dispose que « *la famille, en tant que cellule fondamentale de la société, a droit à une protection sociale, juridique et économique appropriée pour assurer son plein développement* ». Mise à part cette incongruité dans la désignation des bénéficiaires des droits sociaux, la première partie de la Charte mime en tout point la formulation des droits de l'homme, énonçant chaque droit social comme s'il impliquait nécessairement la reconnaissance de droit subjectif. Pourtant, une phrase placée dans la Charte au frontispice de cette énumération contredit d'emblée une telle interprétation et pose le principe d'une toute autre herméneutique. Les droits énumérés sont reconnus par les gouvernements signataires « *comme objectif d'une politique qu'elles poursuivront par tous les moyens utiles* »⁵⁸. Les droits déposés dans la Charte sont ainsi à interpréter comme des objectifs à atteindre pour l'action publique.

- 37 Qu'implique cette directive d'interprétation téléologique ? La deuxième partie de la Charte sociale européenne explicite les opérations qu'appelle cette transformation. Elle opère une nouvelle formulation des droits sociaux de la première partie, décomposant l'objectif en une liste de résultats et moyens à viser par les gouvernements signataires. L'énoncé d'un droit social par la première partie est ainsi repris sous la forme d'un programme. Cette déclinaison distribue les engagements de l'Etat en un éventail de buts, de résultats à atteindre et de moyens à mettre en œuvre. L'article 1 « *toute personne doit avoir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement entrepris* » est décliné dans la seconde partie en une liste de quatre engagements : « *reconnaître comme l'un de ces principaux objectifs et responsabilité la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi* », « *protéger de façon efficace le droit pour le travailleurs de gagner sa vie (...)* », « *établir ou maintenir des services gratuits de l'emploi (...)* », « *assurer ou favoriser une orientation, une formation et une réadaptation professionnelle appropriées* ». Ces engagements réinterprètent ainsi la liberté du travail. Devenue « *objectif d'une politique* », la liberté du travail est reformulée en programme d'action. Ainsi en est-il de chacun des droits sociaux de la première partie. Interprétés comme posant un objectif à poursuivre par les Etats, ils sont reformulés en un programme de fins et moyens, modèle embryonnaire d'une politique sociale.
- 38 Le changement dans la stylistique de la Charte de la première à la deuxième partie révèle également la transformation opérée. A l'unique forme verbale déclinée sous les 31 énoncés de la première partie [avoir droit] est substitué un vaste éventail de verbes d'action. Dans la deuxième partie, l'action publique doit ainsi « *reconnaître* », « *protéger* », « *établir ou maintenir* », « *assurer ou favoriser* », « *fixer* », « *prévoir* », « *éliminer* », « *veiller* », « *faire en sorte* », « *définir* », « *mettre en œuvre* », « *réexaminer* », « *édicter* », « *promouvoir* », « *autoriser* », « *interdire* », « *limiter* », « *réglementer* », « *s'efforcer* », « *encourager* », ... Ces différentes actions sont introduites par la même formule programmatique « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit ...* ». Seul le droit syndical déroge à cette formule puisqu'il est qualifié de liberté qu'il faut « *garantir ou promouvoir* ». Autre élément saillant de cette stylistique, le recours aux adjectifs. Celle-ci n'est pas entièrement absente de la première partie qui visait des conditions de travail *équitable*⁵⁹, un niveau de vie *satisfaisant*⁶⁰, des moyens *appropriés*⁶¹, une protection *spéciale*, ... Toutefois, ce souci du contexte devient bien plus prégnant dans la seconde partie et porte moins sur l'adéquation du droit à la situation du bénéficiaire que sur le contexte même de mise en œuvre de l'action publique. La mise en œuvre des engagements des gouvernements est ainsi, pour certains droits, aménagée en fonction de ces circonstances. Ainsi les Etats doivent « *protéger de façon efficace le droit pour le travailleur de gagner sa vie (...)* »⁶². Pareillement, « *la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et des autres facteurs entrant en jeu le permettent* »⁶³. Progressivité⁶⁴ et possibilité⁶⁵ modulent les engagements pris par les Etats.
- 39 Le passage du droit au programme influe sur les formes que peuvent prendre les différends élevés au nom de la Charte.

B. Différends

- 40 Le système de la Charte sociale européenne repose pour sa concrétisation sur des épreuves spécifiques. Ces épreuves n'empruntent pas les modalités juridiques du procès

qu'impliquerait la justiciabilité des droits sociaux. Le différend ne fait pas ici à proprement parler litige. Les évolutions contemporaines de la Charte sociale vers la forme juridique n'en rendent que plus saillante la singularité de cette grammaire promotionnelle, de ce mode de normativité propre aux politiques.

1. Une quasi-juridiction

- 41 L'instance en charge du contrôle de la Charte, le Comité européen des droits sociaux, tend à être décrite comme une quasi-juridiction. Les descriptions de l'autorité en charge de l'interprétation de la Charte sociale et du contrôle du respect par les Etats de leurs engagements tendent à la comparer à une juridiction. L'évolution de l'institution la rapproche progressivement de ce modèle : la forme de ces décisions s'inspire manifestement de celle de la Cour EDH, l'autorité des interprétations du comité est reconnue, la justiciabilité des articles de la Charte devant le juge national n'est pas exclue⁶⁶.
- 42 On aurait pourtant tort d'analyser le Comité comme un juge à part entière. La figure de l'expertise y reste fortement marquée, signe de son rôle dans le gouvernement des politiques. Le Comité, se rapproche plus d'un comité d'experts que d'une juridiction à part entière. La composition de l'instance est à cet égard emblématique. Les 15 membres du comité sont élus par Le Comité des Ministres⁶⁷ en raison de leur « compétence reconnue dans les matières sociale et internationale »⁶⁸. A l'heure actuelle, le comité comprend presque exclusivement des professeurs, maîtres de conférences, chercheurs en droit. L'expert norvégien est un magistrat de même que l'expert français, issu du Conseil d'Etat. Le changement de désignation du « comité d'experts »⁶⁹ pour l'actuelle « Comité européen des Droits sociaux » n'a pas réellement modifié la nature du comité⁷⁰. La qualification des membres du comité non comme magistrat, mais comme sachant est en harmonie avec les missions assignées au comité dans le cadre du contrôle du respect par les Etats de leurs engagements. Cette place prépondérante laissée à la figure de l'expert au sein du Comité EDS se manifeste également par la participation à titre consultatif aux travaux d'un représentant de l'Organisation internationale du travail⁷¹.
- 43 Le caractère contentieux des procédures de contrôle mises en place reste limité ce qui les distinguent du modèle juridictionnel. Cette absence de caractère contentieux est évidente s'agissant de la procédure de rapports qui conduit le Comité à examiner annuellement les rapports que lui soumettent les gouvernements sur l'application des dispositions de la Charte. L'introduction d'une procédure de réclamation collective a toutefois partiellement modifié la nature de ce contrôle.

2. Le système des rapports

- 44 Il existe un mode de jugement commun aux gouvernements des politiques par les droits sociaux fondamentaux : le système des rapports. Il y a là une constante de la promotion des droits sociaux que ce soit au sein de l'ONU, de l'OIT, de l'Union européenne. La Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs ne prévoyait par exemple d'autres dispositif d'évaluation que l'élaboration chaque année d'« un rapport sur l'application de la Charte par les États membres et par la Communauté européenne », ce rapport étant par la suite transmis au Conseil, au Parlement et au Conseil économique et social⁷². La mise à l'épreuve des pratiques

nationales prend ainsi une forme spécifique, celle du « rapport ». L'élaboration du rapport par le gouvernement national et l'évaluation de son comportement à partir de ce rapport constitue une des constantes de ce système. Le comportement de l'Etat est « jugé » en fonction de l'auto-description que celui-ci donne de sa situation. Le système mis en place pour la Charte sociale européenne est ici une illustration typique. Il repose sur une procédure d'auto-description sous forme de rapport établi par chaque gouvernement. Les Etats ont l'obligation d'établir annuellement un rapport sur la situation nationale compte tenu des engagements qu'ils ont pris dans le cadre de la Charte, lequel donne lieu à une évaluation du Comité EDS, qui adopte sur cette base des « conclusions ». Ces rapports font l'objet d'une normalisation et doivent ainsi être établis sur la base d'un formulaire⁷³. Ce formulaire renseigne sur la nature du contrôle opéré par le Comité EDS. Les Etats ont l'obligation de transmettre des informations par articles. Pour chaque engagement, l'Etat précise trois types d'information. Il décrit le « cadre juridique général » correspondant. Cette description porte tant sur les différentes sources du droit social (textes législatifs, réglementaires, conventions collectives, y compris la jurisprudence). La directive est parfois plus précise. Ainsi, au titre de l'article 1 § 1 de la Partie II de la Charte, disposition qui engage les Etats « à reconnaître comme l'un de leurs principaux objectifs et responsabilités la réalisation et le maintien du niveau le plus élevé et le plus stable possible de l'emploi en vue de la réalisation du plein emploi », l'Etat doit également décrire « la politique nationale de l'emploi ». Au-delà de cette description formelle du droit positif, l'Etat est ainsi invité à un travail de justification. Il lui est demandé de « spécifier la nature, les raisons et l'étendue de toute réforme ». Le Comité ne se limite toutefois pas à cette appréciation de la description du cadre législatif et politique mis en place par l'Etat et de ses justifications. Son examen s'applique également à la mise en œuvre de la législation nationale, l'Etat devant indiquer les mesures prises à cette fin. L'indication de ces éléments sollicités témoigne du souci d'une appréciation concrète de l'état du droit national. Ce ne sont pas seulement les actes administratifs au sens juridique qui sont requis, mais plus largement les « programmes, plans d'action, projets, etc. ». Cette exigence correspond à la nature de l'engagement pris par l'Etat. Il ne s'agit pas simplement de transposer dans sa législation les « droits sociaux » contenus dans la Charte, mais d'en « assurer l'exercice effectif »⁷⁴. Toutefois, pour ce faire, il ne lui suffit pas d'apprêter le droit national à cet exercice, il faut mettre ces droits en politiques pour atteindre des résultats effectifs.

- 45 A cet égard, la rédaction des rapports nationaux est révélatrice de l'objet et la nature du contrôle exercé. Celui-ci ne porte pas que sur le droit national, mais sur la « situation » des bénéficiaires des droits sociaux au sein de l'Etat. Ainsi, le gouvernement national est-il prié de « fournir des données chiffrées, statistiques ou toutes autres informations pertinentes si possibles »⁷⁵. Cette exigence d'une preuve statistique des résultats atteints dans la garantie du droit social fait parfois l'objet d'une spécification importante. Ainsi, s'agissant de l'engagement de « prendre les mesures nécessaires pour fournir aux personnes handicapées une orientation, une éducation et une formation professionnelle »⁷⁶, le formulaire spécifie le type de données chiffrées attendues⁷⁷. L'appréciation du respect par l'Etat de ces obligations ne se limite à un jugement formel de conformité communément requis dans les opérations du droit⁷⁸, mais impliquent un jugement d'efficacité.

- 46 La distinction entre l'évaluation et la sanction dans le système des rapports de la Charte sociale européenne renvoie encore celui-ci à l'ordre de l'expertise. La décision du Comité EDS n'arrête pas la procédure d'évaluation dans le cadre du système des rapports. Les conclusions du Comité EDS ont une valeur déclaratoire et n'impliquent pas automatiquement le prononcé d'une sanction. Celle-ci revient à une instance « politique », le Comité des Ministres du conseil de l'Europe. A la suite d'une conclusion de non-conformité, le Comité des Ministres peut adresser à l'Etat membre concerné une recommandation. Cette décision politique, votée à la majorité des 2/3 des représentants des gouvernements, n'a pas d'autres effets. Le système des rapports ne se clôt pas sur cette décision, puisque dans les rapports ultérieurs, l'Etat devra décrire les mesures prises suites à la conclusion de non-conformité. Le système des rapports repose ainsi sur un partage entre expertise et politique, partage que transcende justement l'épreuve du procès. L'influence du modèle juridictionnel sur le travail du Comité EDS s'exprime toutefois dans l'autorité désormais reconnue à sa décision. Le constat de la violation de la Charte relève de sa seule compétence et ne peut désormais être remise en cause par le Comité des ministres.
- 47 Parallèlement à cette procédure des rapports, la Charte sociale européenne a également mis en place une procédure quasi-juridictionnelle de contrôle. Celle-ci reste toutefois fondamentalement inscrite dans la grammaire des politiques.

3. La réclamation collective

- 48 L'introduction de la procédure de Réclamation de la Charte, adoptée en 1995, a marqué une étape importante sur la voie d'une juridictionnalisation du Comité européen des Droits sociaux. Elle n'en rend que plus sensible la distance de cette modalité du différend à celle d'un procès engagé devant une juridiction au nom des droits fondamentaux, tel qu'il pourrait se présenter par exemple devant la Cour européenne des droits de l'homme.
- 49 En premier lieu, cette procédure ne permet pas de requête individuelle. Elle a un caractère collectif. Un travailleur ne pourrait porter devant le Comité européen des droits sociaux une plainte en arguant d'une violation des droits que lui reconnaîtrait la Charte. Seules sont habilitées à déposer une réclamation des organisations collectives. Ce peut être des organisations professionnelles européennes ou nationales représentatives⁷⁹. Certaines organisations internationales non gouvernementales sont également recevables devant le Comité, dès lors qu'elles sont dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites à cette fin par le Comité gouvernemental⁸⁰. Les OING ainsi identifiées ne sont pas habilitées de manière générale à présenter des réclamations. Elles ne peuvent saisir le Comité que « *dans les domaines pour lesquels elles ont été reconnues particulièrement qualifiées* »⁸¹. Cette dimension collective de la procédure de réclamation collective a plusieurs implications importantes sur la forme du différend susceptible d'être élevé devant le comité. D'une part, l'organisation qu'elle soit professionnelle ou non-gouvernementale saisit le comité au nom d'une atteinte à un droit dont elle n'est en principe pas directement victime. D'autre part, le différend est de nature objective. Il ne vise pas à faire reconnaître ou réparer l'atteinte aux droits, mais seulement à rétablir un état du droit respectant les engagements pris par l'Etat. L'enjeu de la procédure quasi-juridictionnelle n'est pas le rétablissement d'intérêts individuels. Ce dispositif réflexif

prend pour objet la politique elle-même. La sélection des entités dont l'action est recevable en porte la marque.

50 En second lieu, la vocation programmatique de la Charte influe de manière décisive sur l'évaluation des droits nationaux qu'opère le comité EDS. Dès lors que les droits sociaux reconnus par la Charte sont des objectifs que la Charte décline en engagements, le respect des droits sociaux est évalué ici comme des résultats à atteindre. Il ne suffit pas que le droit national soit simplement conforme ou compatible à la Charte. Le comité étend son examen à l'ensemble du droit national et à la concrétisation effective des mesures étatiques : modalités de mise en œuvre, contrôle de leur application, résultats obtenus. La simple conformité des textes nationaux à la Charte ne suffit pas ; le comité veille à la concrétisation de cette dernière. Une décision du Comité européen des droits sociaux du 10 mars 1999 rendue à l'encontre du Portugal à propos de la lutte contre le travail des enfants peut être prise pour exemple⁸². En l'espèce, était critiquée non pas l'absence de législation nationale, mais son manque d'efficacité. Ayant saisi le Comité, la Commission Internationale des Juristes alléguait qu'en dépit de la législation adoptée par les autorités portugaises, « *un grand nombre d'enfants de moins de 15 ans continuent à travailler illégalement dans de nombreux secteurs de l'économie, notamment dans le nord du pays* ». Après avoir constaté que « *des enfants âgés de moins de quinze ans travaillent en fait au Portugal* » en violation de la législation portugaise, le Comité donne raison aux requérants et considère que la situation du Portugal n'était pas conforme avec l'article 7-1 de la Charte. Ainsi, l'évaluation du droit national par le Comité s'apparente là moins à un jugement de conformité ou de compatibilité, ainsi que cela est d'usage en droit, qu'à un jugement d'efficacité⁸³. De manière constante, le Comité rappelle que « *l'objet et le but de la Charte, instrument de protection des Droits de l'Homme, consiste à protéger des droits non pas théoriques mais effectifs* ». De ce principe constant, inspiré des décisions de la Cour EDH, le Comité avait en l'espèce déduit de manière caractéristique que « *l'application satisfaisante de l'article 7 ne peut être atteinte par le seul effet de la législation si l'application de celle-ci n'est pas effective et rigoureusement contrôlée* ». Le Comité détaille les obligations que les Etats doivent satisfaire pour que la situation du droit national respecte la Charte sociale. La définition de ces obligations s'apparente alors à une planification de l'action publique : l'Etat doit « *mettre en œuvre des moyens (normatifs, financiers, opérationnels), propres à permettre de progresser réellement vers la réalisation des objectifs assignés par la Charte* ». Il doit par la suite mettre en place les modalités d'évaluation de ces actions visant à concrétiser le droit fondamental : « *tenir des statistiques dignes de ce nom (sic !) permettant de confronter besoins, moyens et résultats* », « *procéder à une vérification régulière de l'effectivité des stratégies arrêtées* »⁸⁴.

51 La marge d'appréciation reconnue aux Etats témoigne encore de la nature téléologique de cette évaluation du droit national. En particulier, « *lorsque la réalisation de l'un des droits en question est exceptionnellement complexe et particulièrement onéreuse, l'Etat partie doit s'efforcer d'atteindre les objectifs de la Charte à une échéance raisonnable, au prix de progrès mesurables, en utilisant au mieux les ressources qu'il peut mobiliser* ». Aussi les autorités nationales ont-elles la possibilité de prévoir une mise en conformité progressive aux dispositions de la Charte⁸⁵. Mieux, dès lors que l'évaluation du Comité n'est pas un jugement de conformité de la législation nationale, mais d'efficacité de l'action de l'Etat, l'exigence de conformation à la Charte en est profondément modifiée. Ainsi, le Comité peut-il prévoir explicitement que les engagements des Etats « *seront considérés comme remplis des lors que ces dispositions seront appliquées à la grande majorité des travailleurs intéressés* »⁸⁶. Le Comité a eu soin toutefois de limiter la portée de cette

tolérance. Celle-ci « ne peut conduire à une situation où un nombre élevé de personnes, constituant une catégorie déterminée, serait délibérément exclue de l'application d'une règle de droit »⁸⁷. Les Etats doivent également veiller à ce que cette tolérance n'impacte pas les catégories de personnes « dont la vulnérabilité est la plus grande »⁸⁸.

- 52 La mise en forme des droits sociaux fondamentaux pour la promotion de politique sociale au sein des Etats membres passe bien par leur inscription sous un mode de normativité spécifique. Celui-ci est d'abord perceptible tant dans la formulation que dans les différends. L'inscription des droits sociaux au sein d'un support visant au gouvernement des politiques s'accompagne en premier lieu d'une reformulation des normes. Les énoncés axiologiques des droits fondamentaux sont repris sous la forme de programme, c'est-à-dire d'un ensemble de moyens et d'actions orientés vers un but. Ce mode de normativité prend également appui sur des modalités spécifiques de différends. Le modèle juridique du « procès » demeure une référence importante pour la construction des différends dans un tel contexte. L'attraction de ce modèle se manifeste dans l'interprétation doctrinale des évolutions du Comité EDS comme quasi-juridiction. Il n'empêche, les spécificités des procédures d'évaluation demeurent fortement marquées par la normativité des politiques : figure de l'expert, l'épreuve est moins celle du procès que de l'évaluation des politiques sociales, prégnance de jugements d'efficacité, ... L'ensemble de ces éléments constituent une grammaire promotionnelle imposant aux droits sociaux une série de transformations. Par contraste, le régime de la coordination sur lequel repose le socle européen des droits sociaux appelle une transformation d'une toute autre nature des droits sociaux.

IV. La coordination

- 53 La reconnaissance des droits sociaux au sein de l'Union européenne s'est également incarnée dans des instruments analogues de gouvernement des politiques sociales. Le premier du genre fut la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 qui ne connut qu'une pérennité limitée. Sa vocation était essentiellement promotionnelle. Le socle européen des droits sociaux offre un exemple récent d'une inscription au sein d'un mode de normativité pour partie différent. Le socle relève davantage de la coordination que de la promotion et implique dès lors une transformation des droits sociaux qui s'écarte du mode promotionnel.
- 54 Le socle a été proclamé conjointement par le Parlement européen, le Conseil et la Commission à l'occasion du sommet social de Göteborg le 17 novembre 2017. Cette proclamation fait suite à l'annonce par le président de la Commission européenne, Jean-Claude Juncker, d'une relance de l'Europe sociale singulièrement en panne depuis une décennie. Le socle constitue la clé de voute de cette relance. Il énonce vingt principes de droit social. D'emblée, la juridicité du socle a été mise en cause. Simple « grille de lecture »⁸⁹, le socle européen des droits sociaux ne présente pas les caractères classiques de la normativité juridique. Celle-ci paraît d'ailleurs en grande partie déniée par les promoteurs du texte. En particulier, la mise en œuvre du socle ne s'accompagne pas de la reconnaissance de nouvelles compétences en matière sociale. Elle est présentée comme « un engagement et une responsabilité politiques partagés »⁹⁰. Aussi a-t-elle d'emblée été qualifiée comme un « objet juridique non identifié »⁹¹, sinon un instrument illusoire⁹², en raison de sa distance à la forme juridique. Ces manières d'interpréter et d'évaluer le socle reposent sur une inclinaison. Elles consistent là encore

à étendre l'analyse juridique à des objets ne correspondant pas à la forme juridique telle qu'elle est communément appréhendée. Ici le socle est ramené au modèle d'une déclaration de droits. Sous une telle extension du droit et de l'analyse juridique, le socle n'apparaît plus que comme malentendu. Il importe au contraire de prendre au sérieux, sans pour autant les approuver, les déplacements à l'œuvre du fait de l'inscription des droits sociaux sous un tel support. Celui-ci prépare la mise en indicateur des droits pour une épreuve spécifique, la comparaison des performances.

A. Du droit à l'indicateur

- 55 Dans le contexte du droit de l'Union, le socle européen illustre également la reformulation qu'appelle le dépôt des droits sociaux à destination de l'action publique. De prime abord, la formulation du socle paraît bien proche d'autres déclarations telles la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il contient ainsi une liste d'énoncés axiologiques semblant viser à reconnaître des droits subjectifs.
- 56 Désignés comme « principes », ces énoncés calquent *a priori* les canons de la stylistique des droits de l'homme : « toute personne a droit à une éducation inclusive et de qualité (...) »⁹³, « les femmes et les hommes ont droit à la même rémunération (...) »⁹⁴, « les chômeurs ont le droit à un soutien personnalisé (...) »⁹⁵, « les travailleurs ont droit à un salaire juste (...) »⁹⁶, ... Les bénéficiaires visés par les dispositions du socle sont à l'instar de la Charte sociale européenne et de toute déclaration de droit des catégories générales : toute personnes, les femmes et les hommes, les travailleurs, les parents, les partenaires sociaux, ... D'autres formules s'écartent toutefois de ce modèle et inscrivent sous l'intitulé des principes une signification davantage programmatique. Sous le principe 5 « un emploi sûr et adaptable », n'est pas seulement affirmé le « droit à un traitement égal et équitable en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à la protection sociale et la formation ». Des recommandations y sont adjointes. Ainsi, « la transition vers des formes d'emploi à durée indéterminée est encouragée » ou « les formes de travail innovantes qui assurent des conditions de travail de qualité sont encouragées ». Le socle mêle ainsi des énoncés à consonance axiologique et à d'autres ayant une visée programmatique. Cette hybridation des styles d'énonciation, axiologique et programmatique, a portée pratique. Elle prépare aux transformations qu'impliquent de prendre les droits sociaux comme références pour la coordination des politiques sociales des Etats membres et du législateur européen. De quel ordre sont ces apprêtements ?
- 57 Le plan ordonnant le socle souligne encore ce processus. Les principes y sont distribués selon trois chapitres : « Egalité des chances et accès au marché du travail », « Conditions de travail équitables », « Protection sociale et inclusion sociale ». Cet ordonnancement n'est ni celui de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, ni celui des compétences du législateur européen en matière sociale, mais s'approche de celui auxquelles se réfère la commission dans le cadre de la coordination des politiques. Il recouvre en effet pour partie l'ordonnancement des lignes directrices établies dans le contexte de la stratégie coordonnée pour l'emploi telles que mises en place dans le cadre de la stratégie Europe 2020 en 2010⁹⁷. Elles sont restées inchangées jusqu'en 2014 et ont été révisées en 2015⁹⁸. La proclamation du socle européen des droits sociaux a été l'occasion d'une nouvelle adaptation des lignes directrices en 2018⁹⁹. Si le contenu des lignes directrices s'enrichit pour correspondre davantage aux garanties visées par le socle, tel par exemple la référence au dialogue social, les lignes directrices restent inchangées dans leur

ordonnancement : « Ligne directrice n° 5 : Stimuler la demande de travail », « Ligne directrice n° 6 : Renforcer l'offre de travail et améliorer l'accès à l'emploi, les qualifications et les compétences », « Ligne directrice n° 7 : Améliorer le fonctionnement des marchés du travail et l'efficacité du dialogue social », « Ligne directrice n° 8 : Promouvoir l'égalité des chances pour tous, favoriser l'inclusion sociale et combattre la pauvreté ». L'absence de restructuration des lignes directrices – sauf à la marge, notamment par la référence au dialogue social – témoigne de la proximité entre le socle et ces orientations des politiques sociales. Les trois chapitres du socle répondaient déjà à la logique sous-jacente aux lignes directrices, celle d'une régulation du marché. A cet égard, le dépôt des droits sociaux au sein du socle a un effet interprétatif, cet ordonnancement assignant d'emblée aux droits sociaux une fonction régulatrice.

- 58 A cette première acclimatation des droits sociaux à la vocation politique du support s'adjoint sur seconde reformulation. Celle-ci permet d'adapter les droits à la coordination par leur mise en indicateurs. Le socle européen est en effet adossé à un tableau de bord mettant les énoncés de forme juridique du socle à équivalence d'indicateurs, énoncés de forme statistique. Cette mise en indicateurs accentue encore l'effet interprétatif du socle. Pour la Commission, le socle a pour « vocation d'indiquer la direction à suivre afin de renouer avec la convergence socio-économique et d'encourager les réformes au niveau national »¹⁰⁰. Dans ce cadre, le « suivi de la mise en œuvre » du socle prend appui sur un « tableau de bord d'indicateurs clés ». Cette liste d'indicateurs, présentée comme un instrument de benchmark, donne au socle une performativité que ne permettrait pas sinon de prédire la simple énumération de ces 20 principes. En effet, ce tableau d'indicateurs est, pour partie, repris dans le cadre du semestre européen, procédure qui vise à renforcer la convergence des économies au sein de la zone Euro. Le tableau de bord se propose ainsi comme équivalent statistique du socle, permettant de suivre les progrès faits par les Etats membres dans la mise en œuvre de ses principes. La comparaison du socle et du tableau de bord donne à voir le type de reformulation que requiert ainsi une telle mise en chiffres des droits sociaux.
- 59 Sans qu'il soit forcément utile pour la démonstration d'aller au bout de l'analyse, trois aspects de cette reformulation nous semblent devoir ici être mis en exergue afin de saisir les déplacements qu'impliquent d'emblée cet appariement de l'énoncé de droits avec des indicateurs. En premier lieu, cet appariement n'est que partiel. Le tableau de bord social reprend bien le plan en trois parties du socle européen des droits sociaux. Toutefois, il en modifie la catégorisation. Le socle distinguait trois chapitres : « Egalités des chances et accès au marché du travail », « condition de travail équitables », « Protection sociale et inclusion sociale ». Cet ordonnancement ne pouvait manquer de retenir l'attention découpant singulièrement au sein des droits sociaux : l'accès au marché, la qualité du travail et les droits sociaux hors travail. Il y avait déjà là une certaine idée des droits sociaux et de leur rapport au travail. Certains éléments de cette classification révélaient une interprétation de certains droits sociaux. Les droits collectifs (dialogue social, négociation collective, information consultation, action collective)¹⁰¹ sont assignés à la recherche de « conditions de travail équitables », effaçant les enjeux de démocratisation dont sont porteurs ces droits. Pareillement le droit à l'éducation, la formation, et un apprentissage tout au long de la vie¹⁰² est rabattu sur la seule dimension marchande de « l'égalité des chances et accès au marché du travail ». L'ordonnancement du tableau de bord accuse encore l'effet interprétatif du socle. Si le premier chapitre demeure inchangé, le deuxième est intitulé « Marchés du travail dynamiques et conditions de travail équitables » et le troisième « soutien des pouvoirs publics /

protection et inclusions sociales ». Le commentaire de chacune de ces subdivisions souligne encore le déplacement opéré du socle au tableau de bord. Au titre des « conditions de travail équitables », le tableau de bord vise à examiner « les marchés et la mesure dans laquelle ceux-ci fonctionnent de manière libre et efficace pour soutenir la recherche d'emploi et la mobilité géographique dans une économie compétitive ». On pressent d'emblée que les indicateurs sélectionnés pour la mesure des politiques mises en place au nom du socle procèdent d'un choix. Le tableau de bord rend compte de la « structure de la population active » (taux d'emploi, taux de chômage, taux d'activité, etc.) de la « dynamique du marché du travail » (mesure d'activation, durée de l'emploi, transition de CDD à CDI) et les « revenus, y compris ceux liés à l'emploi » (revenu disponible des ménages, rémunération des salariés à l'heure et taux de risque de pauvreté). A partir de ces trois grandes divisions, le tableau de bord retient douze « domaines pour lesquels la mesure des avancées sociétales est possible »¹⁰³, à chacun de ces domaines correspondant un ou plusieurs indicateurs.

- 60 La mise en place des indicateurs opère ainsi bien une interprétation du socle des droits sociaux. Cet effet interprétatif répond en partie à des contraintes techniques. Le socle ne permet de suivre la situation des Etats que « dans des dimensions mesurables du socle »¹⁰⁴. Le choix des indicateurs peut ainsi donner lieu à des disputes techniques. Ainsi, les indicateurs « participants aux politiques actives du marché du travail sur 100 personnes qui souhaitent travailler » et « rémunération des salariés par heure travaillée, en euro » ne figurent plus au nombre des indicateurs clé du tableau de bord. Ils ont été remplacés par des indicateurs autres : « taux de chômage de longue durée » et « rémunération nette d'un travailleur à plein temps célibataire et sans enfant percevant un salaire moyen ». Cette substitution correspond à des « problèmes d'ordre technique »¹⁰⁵. Les difficultés d'agrégation des chiffres nationaux au niveau européen n'y sont pas étrangères. Toutefois, la préférence donnée à un indicateur n'est évidemment ni purement technique, ni purement naturelle. Elle implique toujours une forme d'interprétation.
- 61 La question de l'emploi peut être prise pour illustration des déplacements qu'implique cette mise en indicateurs¹⁰⁶. Cette interprétation par le tableau de bord aboutit à laisser dans l'ombre une partie de la qualité de l'emploi pour s'attacher aux flux sur le marché du travail. Plusieurs éléments sont significatifs. Certains « droits » reconnus par le socle ne trouvent pas de traduction statistique au sein du tableau de bord. Ni le « dialogue social et [la] participation des travailleurs » (pt. 08), ni l'« équilibre vie professionnelle et vie privée », ni même les droits attachés à un « environnement de travail sain, sûr et adapté » ne font l'objet d'une mise en indicateurs. Au titre de la qualité de l'emploi sont seulement prises en considération la durée de l'emploi et la transition de CDD à CDI. La question de qualité du travail liée à son exécution au sein d'une organisation de production est mise à l'écart pour faire prévaloir la vision d'un travail abstrait s'exécutant sur le marché. Pareillement, l'égalité des chances (pt. 3) prohibant que soient opérées des distinctions fondées sur « le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les conviction, l'âge ou l'orientation sexuelle » est ramenée par le tableau de bord aux seuls critères du sexe, de l'âge et du statut socio-économique et culturel (indicateur « Variation des taux de réussite selon le statut socio-économique des étudiants »). D'un support à l'autre, la conception de l'égalité de traitement en sort probablement profondément transformée. Ainsi, loin d'être neutre, la mise en indicateurs procède bien à une interprétation du socle des droits sociaux.

- 62 Le tableau de bord opère une hiérarchie entre indicateurs qui accentue encore cet effet interprétatif de la mise sous indicateur. Seuls les premiers indicateurs de chaque domaine sont ainsi identifiés en tant qu'« indicateurs clés ». Cette qualification n'est pas sans influence sur la performativité attendue de l'indicateur. Le tableau de bord établi pour le suivi du socle européen des droits sociaux n'est pas le seul outil de suivi statistique des politiques sociales des Etats membres. Il s'ajoute à un maillage riche des tableaux de bord intégrés à l'action européenne déjà existant. Le portefeuille des indicateurs sociaux européens mis en place au début des années 2000 dans le cadre de la méthode ouverte de coordination a servi de base à l'élaboration de tableau de bord tant en matière d'emploi (Tableau de bord des performances en emploi¹⁰⁷ utilisé pour évaluer les performances des Etats en matière d'emploi dans le cadre de la Stratégie 2020) qu'en matière de protection sociale (Tableau de bord des performances de la protection sociale)¹⁰⁸. A ces tableaux s'ajoute encore le tableau de bord mis en place dans le contexte des procédures de déséquilibres macroéconomiques¹⁰⁹. Le socle européen a ainsi en définitive vocation à renforcer l'articulation entre les diverses politiques que sous-tendent ces tableaux de bord et, en particulier, à connecter les politiques sociales de l'Union et la gouvernance macro-économique de la zone Euro. Le tableau de bord du socle européen est appelé à être pris en compte dans le cadre du semestre européen. Ce sont ici les seuls « indicateurs clés » du socle qui sont rendus communs aux deux espaces de coordination que constituent la stratégie 2020 et la procédure de déséquilibre macro-économique du semestre européen. Sous cette perspective, le socle européen révèle une de ces fonctions. Il n'a pas seulement pour objet de promouvoir les politiques sociales de l'UE et des Etats membres, mais pose par l'entremise du tableau de bord les bases d'une articulation entre la coordination des politiques économiques dans le cadre du semestre européen, les politiques sociales de l'Europe 2020 et la promotion des droits sociaux. Il y a là un instrument de communication entre la régulation macro-économique de l'Euro, les politiques sociales et le juridique, l'acquis européen en matière sociale.
- 63 L'inscription des droits sociaux fondamentaux au sein de supports visant à gouverner les politiques sociales des Etats a enfin une influence sur la forme que peuvent prendre les différends élevés au nom des droits sociaux fondamentaux.

B. La comparaison des performances

- 64 Dans le contexte du socle européen, le différend prend la forme de comparaisons des performances des politiques nationales. La déclinaison du socle européen en un tableau d'indicateurs a été conçue pour faciliter une telle mise à l'épreuve. L'usage attendu du socle est à cet égard double.
- 65 Le tableau de bord doit d'abord permettre le déploiement d'une réflexivité des politiques sociales des Etats membres. Dès lors que celles-ci sont rendues commensurables par le jeu des indicateurs, les citoyens européens ont idéalement la possibilité d'apprécier la performance comparée de leurs politiques nationales. La publication des indicateurs et leur large accessibilité visent ainsi à renforcer une sorte de contrôle citoyen sur les politiques nationales en leur offrant un outil tout à la fois de mesure et de comparaison. Il n'est pas sûr que cette réflexivité sans autre forme de relais ni apprêtement ne soit pas largement illusoire.
- 66 A cette première forme de réflexivité s'ajoute une seconde.

67 Le suivi de la mise en œuvre du socle européen des droits sociaux prend appui sur la procédure annuelle du semestre européen visant à la coordination des politiques économiques et budgétaires des Etats membres de l'Union. Le tableau de bord créé pour le suivi du socle est pris en compte dans le cadre du semestre européen. Il sert de base à la rédaction du rapport conjoint sur l'emploi présenté annuellement par la Commission européenne. Les indicateurs clés du tableau de bord font alors l'objet d'une mise en compétition des Etats. Ces indicateurs sont en effet analysés selon une méthode commune. Pour chaque indicateur est établie une performance relative de l'Etat en fonction de sa situation et des évaluations enregistrées comparées à celle des autres Etats. Ces niveaux et variations sont alors classés en fonction de la moyenne de l'UE. En combinant ces deux éléments, chaque indicateur permet une qualification de la situation des Etats selon une graduation de sept catégories : « *meilleurs éléments* », « *mieux que la moyenne* », « *bien, mais à surveiller* », « *autour de la moyenne* », « *faible, mais en voie d'amélioration* », « *à surveiller* » et « *situations critiques* ». Cette comparaison des performances des Etats en fonction des indicateurs n'a pas seulement pour objet la mise en compétition des Etats. Elle doit également permettre d'identifier les « *défis* » que l'Etat doit relever dans le cadre du semestre européen. Servant de base aux recommandations faites par pays dans le cadre de la politique économique de la zone euro, elle fait l'objet d'une évaluation sur la base d'un système de rapports appréciant l'avancée réalisée par l'Etat en fonction de ces recommandations. Ces recommandations intervenant dans le contexte de l'Union économique et monétaire et de la procédure concernant les déséquilibres macroéconomiques réinscrivent le social moins comme objectif à poursuivre, mais comme indice des équilibres de chaque Etat. La nature des recommandations répond à ce déplacement. Les recommandations du Conseil adressées à la France pour 2018 illustrent cette singularité. Il est recommandé à la France notamment d'« *uniformiser progressivement les règles des différents régimes de retraite pour renforcer l'équité et la soutenabilité de ces régimes* » ou encore de s'attacher « *à garantir la compatibilité des évolutions du salaire minimal avec la création d'emplois et la compétitivité* »

110.

V. Conclusion

- 68 Quels enseignements tirés de l'étude de ces différents cas de « transformation » des droits sociaux sous différents modes de normativité autres que ceux du droit international ou des droits de l'homme ? Ces enseignements sont de plusieurs natures.
- 69 Premier enseignement, ils incitent l'analyse juridique à la prudence. L'inscription de droits sociaux au sein de supports n'ayant pas vocation à reconnaître de tels droits est généralement questionnée au regard de sa seule distance au mode de normativité caractéristique des droits de l'homme. Il s'agit alors de décider de les qualifier ou non de juridiques. La convocation de la notion de *soft law* sert à étendre le mode de normativité juridique, sans d'ailleurs toujours donner le critère d'une telle extension. Pareille démarche présente l'attrait de donner des arguments en faveur de la justiciabilité des droits sociaux inscrits sous ces supports devant les juges nationaux. D'un point de vue pratique, nul doute qu'il y a là un progrès pour la protection des travailleurs. Toutefois, une telle compréhension de l'inclusion de droits sociaux au sein de ces supports obscurcit en grande partie les déplacements qu'elle appelle. Il faut probablement ici ne pas rabattre la variété des formes sous lesquelles sont ainsi repris

les droits sociaux sur un seul mode de normativité. Au contraire, d'un support à l'autre, ce sont des modes différents, assis sur des formes différentes (objectif, programme, indicateurs, standard, impératif, principe, ...) qui sont en jeu. Mais pourquoi prendre ici en compte cette discontinuité dans les modes de normativité ? C'est là le deuxième enseignement.

- 70 Penser la transformation, c'est-à-dire les opérations de changement de formes qu'implique l'inscription de ces « droits sociaux » dans des supports variés permet de prendre au sérieux un ensemble d'opérations et de déplacements. En fonction des modes de normativité, ces transformations peuvent en effet se manifester de manières différentes. Elles se déploient d'ailleurs inégalement selon le mode de normativité. Il n'y a pas d'équivalence parfaite selon les types de transformation. D'un mode de normativité à l'autre, la comparabilité n'est que partielle. En prenant appui sur les caractères du mode de normativité des droits de l'homme, ces transformations peuvent être toutefois abordées sous trois aspects : la formulation, le différend et la réalisation. Le caractère peu déployé de l'un de ces aspects sous certains modes est d'ailleurs en lui-même révélateur.
- 71 En premier lieu, l'opération d'inclusion des droits sociaux se traduit par une reformulation des droits sociaux. Il peut *a minima* s'agir d'une sélection pour correspondre aux contraintes inhérentes à la forme normative, ainsi que l'illustre la conditionnalité sociale. Plus fondamentalement, le changement de forme peut impliquer une réinterprétation des droits sociaux par une mise en indicateurs, en objectif, en programme,...
- 72 En deuxième lieu, la construction du différend dépend du mode de normativité dans lequel il est inscrit. La modalité juridique exerce une attraction manifeste sur les modes de normativité étudiés. L'évolution du comité EDS en quasi-juridiction ou la tentative de mettre en place des autorités indépendantes pour trancher les désaccords entre les Etats concernant la mise en œuvre des clauses sociales en témoignent. Toutefois, là encore, à ne mesurer que l'écart au modèle du procès, le risque est réel de ne pas prendre au sérieux les modalités du différend propre à chaque normativité. Il faut ici prêter attention à la construction de la dispute ou de l'épreuve : plainte, question, réclamation, rapport, ... Les maux allégués en raison de l'atteinte aux droits sociaux n'ont pas la même anatomie. De surcroît, ils n'appellent ni les mêmes autorités de contrôle, ni les mêmes catégories de jugement, ni la même identification des parties engagées dans l'épreuve du différend. S'agissant du jugement, il est remarquable qu'aux catégories classiques du mode de normativité juridique – conformité ou compatibilité aux droits sociaux mis en forme de principe ou règle axiologique – fasse par exemple pendant un jugement sur l'efficacité de l'action publique dans le système de la Charte sociale européenne. Pareille évaluation n'implique d'ailleurs pas les mêmes « preuves », ni les mêmes procédés de consolidation de l'état des choses, de la situation à mesurer ou juger dans le cadre du différend. La place prise par la statistique dans le système de la Charte sociale contraste avec les mesures de conformité du droit national communément opérées par les juridictions nationales. Sous cette perspective, il faut probablement distinguer ce régime de la preuve de l'objectivation à laquelle procède l'indicateur dans le contexte de la méthode ouverte de coordination. La légitimité des « autorités de contrôle » varie également selon les différends : politique, expertale, ... Les cas étudiés montrent la complexité des arrangements. Pareillement les « nominés » peuvent être très divers. Ce ne sont pas forcément les parties du procès, ceux dont le

droit est violé. Au contraire, les différends peuvent convoquer une grande variété d'entités : les « gouvernements », les « parties prenantes », les « entreprises », les « syndicats », les « OING »...

- 73 En troisième lieu, le rétablissement de l'ordre peut prendre des traductions très diverses. Ce ne sera pas la remise en état et la réparation des dommages subis par la partie lésée par la violation du droit. Certains types de rétablissement peuvent être classiques, telle la modification du droit positif de l'Etat. Ces remises en état sont fonction de la manière dont est évaluée l'atteinte en cause. Le rétablissement de l'ordre n'implique pas les mêmes réalisations. Celles-ci semblent bien fonction de la manière dont a été objectivée l'atteinte, du régime de la « preuve », autrement dit de la façon dont a pu être rendue réelle pour le différend la situation à évaluer. La réalisation d'un droit, d'une condition sociale, d'un objectif ou d'un programme, d'un indicateur ne requiert pas les mêmes « mises en réel ». La multiplicité de ces réalisations en fonction des modes de normativité renseigne en dernier ressort sur les enjeux qu'il y a à prendre au sérieux ces opérations de transformation des droits sociaux.
- 74 Il y a là un dernier enseignement. Prêter attention à la transformation permet de relire les conflits qui se nouent dans la mise en œuvre des droits sociaux fondamentaux dans le contexte de l'eupéanisation et de la globalisation des droits. D'une part, de la reformulation peut naître des conflits de valeurs. Le passage du droit à l'indicateur a un effet interprétatif qui peut altérer les valeurs consolidées par la reconnaissance du droit fondamental. Du socle européen des droits sociaux au tableau d'indicateurs, si la référence à l'emploi demeure, la qualité de l'emploi paraît par exemple s'effacer. Mais, l'attention aux transformations révèle encore une autre catégorie de conflits. Les droits sociaux ne tiennent pas de la même façon leur promesse selon les modes de normativité qui les portent. La « réalisation » à en attendre n'est pas la même. Ce pluralisme témoigne d'une fragmentation des réalités sociales que la seule référence aux droits sociaux ne permet plus d'accorder.

NOTES

1. B. Frydman, « Comment penser le droit global ? », in J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, 17-48.
2. Sur les transferts de droit, parmi une littérature classique et critique, notamment, N. Rouland, *Introduction historique au droit*, PUF, 1998, spéc. p. 411 et ss. ; E. Agostini, *La circulation des modèles juridiques*, RIDC 1990, p. 461 ; voir également J. Gaudemet, *Les transferts de droit*, *L'année sociologique*, 1976, p. 29.
3. La genèse de la science du droit comparé est intimement liée à l'entreprise d'unification des législations nationales. L'adage de la Société de législation comparée, créé en 1869, « *Lex plures, ius unum* » en porte témoignage. Il mêle en une formule ramassée l'ambivalente idée d'unité du droit pour la pratique comparatiste ; sur la fondation de la science du droit comparé et son lien au projet d'unification du droit, cf. J. Porta, *La réalisation du droit communautaire – Essai sur le gouvernement de la diversité*, LGDJ 2008, spéc. p. 214-248.

4. A la vérité, les modèles juridiques circulent-ils ? La pratique du droit comparé s'est de longue date déchirée entre faveur et défaveur à l'égard d'une telle proposition, certains tirant argument de la concomitance, d'autres insistant sur les problèmes de réception. La question est ancienne Zajtay I., « La réception des droits étrangers et le droit comparé », RIDC, 1957, p. 686, A. C. Papachristos, La réception des droits privés étrangers, comme phénomène de sociologie juridique, LGDJ, 1975, p. 51.
5. Not. P. Legrand, The impossibility of legal transplants, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 1997, vol. 2, p. 111.
6. Not. sur la notion d'acculturation juridique, in J. Poirier (dir.), Ethnologie générale, Paris, Gallimard 1968, p 1180-1246 ; également N. Rouland, Anthropologie juridique, PUF 1988, p. 425
7. Not., Muir Watt, Horatia. 2005. "Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé." In Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, 615-633. Paris : Dalloz ;
8. Sur la notion de mode de normativité, cf. voir V. Champeil-Desplats, J. Porta et L. Thévenot, « Introduction : une expérience de recherche coopérative et transverse entre droit et sciences sociales », La Revue des droits de l'homme [En ligne], 16 | 2019.
9. Pour une étude de la formulation de tels modèles de législation, dans le contexte de l'harmonisation européenne, J. Porta, La réalisation du droit communautaire, préc., spéc. p. 462-617.
10. Art. 2-1 de la Convention OIT n° 29 : « Aux fins de la présente convention, le terme travail forcé ou obligatoire désignera tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré ».
11. Pour l'étude de ce standard, E. Cheyns et L. Thévenot, « Le gouvernement par standards de certification consentement et plaintes des communautés affectées », La Revue des droits de l'homme [En ligne], 16 | 2019
12. Not. C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », RTD civ., 2003, pp. 599 et s. ; Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat - Le droit souple, La Documentation française, 2013, 297 p, spéc. p. 23-32.
13. ILO 2016
14. La Constitution de l'OIT finalement adoptée se limite à affirmer dans son Préambule que « *la non-adoption par une nation quelconque d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays* », faisant implicitement de la concurrence commerciale entre les Etats un obstacle à l'amélioration des conditions de travail.
15. Ibid.
16. Art. 2 de la Charte de la Havane.
17. Art. 3 de la Charte de la Havane.
18. Art. 7 de la Charte de la Havane.
19. Déclaration de l'OIT relative aux Principes et droits fondamentaux au travail et son suivi - adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa quatre-vingt-sixième session, Genève, 18 juin 1998 (Annexe révisée le 15 juin 2010) ;
20. Convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948 ; Convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949.
21. Convention (n° 29) sur le travail forcé, 1930 ; Convention (n° 105) sur l'abolition du travail forcé, 1957.
22. Convention (n° 138) sur l'âge minimum, 1973 ; Convention (n° 182) sur les pires formes de travail des enfants, 1999.
23. Convention (n° 100) sur l'égalité de rémunération, 1951 ; Convention (n° 111) concernant la discrimination (emploi et profession), 1958.

24. Organisation internationale du Travail et Institut international d'études sociales, La dimension sociale des accords de libre-échange, Genève, OIT, 6 novembre 2013..
25. Adoptée en 1998, la Déclaration relative aux droit fondamentaux des travailleurs oblige les Etats Membres, qu'ils aient ou non ratifié les conventions correspondantes, à respecter et à promouvoir les principes et les droits dits fondamentaux. Ces droits sont classés selon quatre catégories : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective ; l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire ; l'abolition effective du travail des enfants ; l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession.
26. Ibid., spéc. p. 33-35.
27. Not. B. Lassudrie-Duchêne et D. Ünal-Kesenci, L'avantage comparatif, notion fondamentale et controversée, in. CEPII, L'économie mondiale 2002, Éditions La Découverte, collection Repères, Paris, 2001, p. 90-104.
28. Ibid. spéc. p. 17.
29. On se souvient que ce fut notamment l'argument justifiant dans le Traité CECA, puis le traité CEE l'introduction d'un principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, la France craignant la concurrence notamment des travailleuses des Etats du sud de l'Europe considérés comme plus inégalitaire.
30. Not. La dimension sociale des accords de libre-échange, , préc.
31. International Labour Organization, Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable : adoptée par la conférence internationale du travail à sa quatre-vingt-dix-septième session, Genève, 10 juin 2008., Genève, BIT, 2008.
32. cf. infra
33. Dans le cadre des relations de l'Union européenne avec des Etats tiers, les clauses sociales peuvent prendre place dans deux catégories de dispositifs : les accords commerciaux bilatéraux et les engagements unilatéraux. Pour chacun de ces instruments, l'altération de la normativité des droits de travailleurs est d'une nature différente. Seule la première catégorie d'instrument sera ici abordée.
34. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, Assessment of labour provisions in trade and investment arrangements, Studies on growth with equity, Geneva, ILO, 2016 , spéc. p. 39 et ss.
35. Accord sur le commerce, le développement et la coopération entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République d'Afrique du Sud, JOCE n° L 311 du 04/12/1999 p. 3 – 415.
36. Art. 86-2 de l'accord. L'accord invite toutefois à un dialogue plus étendu, « sur des questions concernant les problèmes sociaux de la société post apartheid, la lutte contre la pauvreté, le chômage, l'égalité entre les sexes, la violence contre les femmes, les droits des enfants, les relations syndicales, la santé publique, la sécurité au travail et la population » (art. 86-1).
37. Art. 72, b. de l'accord CARIFORUM de 2008.
38. Art. 13.4 de l'accord de libre-échange UE -Corée du Sud.
39. Art. 13.16 de l'accord de libre-échange UE – Corée du Sud. L'accord présente la spécificité de faire également référence à l'agenda du travail décent.
40. Art. 13.15 de l'accord de libre-échange UE – Corée.
41. Pour une comparaison des clauses sociales dans les accords nord-américains et les accords européens, not. La dimension sociale des accords de libre-échange, op. cit.
42. Art. 23.2 – Droit de réglementer et niveaux de protection. L'expérience de l'Union européenne suffit à rappeler qu'en la matière rien n'est malheureusement garanti.
43. Art 23.4 CETA.
44. Le traité CECA prévoyait par exemple un dispositif permettant à la Haute Autorité de réagir en cas de baisse anormal des salaires au sien de l'un des Etats membres pour éviter des pratiques de dumping et de concurrence déloyale (art 68 du traité CECA).
45. Art. 23.3 CETA.

46. La question de la santé au travail fait toutefois l'objet d'un traitement à part et d'exigences renforcées.
47. Art. 23.9 du CETA.
48. Art. 23.9, al. 3 du CETA.
49. Ibid.
50. Art. 23.3, al. 7 du CETA.
51. Sur cet aspect, not. J. Porta et C. Wolmark, Les droits sociaux fondamentaux à l'épreuve du pluralisme, in. A droit ouvert, Mélanges en l'honneur d'Antoine Lyon-Caen, 2018, p. 788 et ss.
52. Not. « L'élimination des discriminations fondées sur le sexe » (CJCE 15 juin 1978, Defrenne / Sabena, aff. 149/77), « le principe de non-discrimination en fonction de l'âge » (CJUE, 22 novembre 2005, Mangold, aff. C-144/04), « le droit de mener une action collective » (CJUE, 18 décembre 2007, Laval un Partneri, aff. C-341/05).
53. CJUE 10 juin 2010 INPS c. Bruno et Pettini, aff. C-395/08 et C-396/08, pts 31 et 32. La désignation n'est pas entièrement fixe, la Cour de justice optant parfois pour une périphrase « principe du droit social communautaire revêtant une importance particulière » (CJUE 26 juin 2001, Bectu, aff. 173/99).
54. Consacrant le droit fondamental à des congés payés annuel au titre de l'article 31 de la Charte, CJUE, 6 novembre 2018, StadtWuppertal c/Maria Elisabeth Bauer aff. C569/16 ; CJUE 6 novembre 2018, Volker Willmeroth als inhaber der TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth e. M. Kreuziger C. Martina Broßonn aff. C-570/16.
55. Art. 51-1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2012/C 326/02 : « (...) En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, (...) »
56. CJUE 15 janvier 2014, Association de médiation sociale, aff. C-176/12.
57. Not. D. Roman, Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherche sur la justiciabilité des droits sociaux, Rapport de recherche, 2010 ; Dossier thématique, La Revue des droits de l'homme, 1 | 2012, URL : <http://journals.openedition.org/revdh/104>; C. Nivard, La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen, Bruylant, 2012 qui défendent avec pertinence l'inscription de ces droits sous la forme juridique des droits de l'homme pour en garantir la justiciabilité devant les juridictions nationales.
58. Charte sociale européenne (révisée) 1996.
59. Not. Art. 1, Partie 1 de la Charte.
60. Not. Art. 4, Partie 1 de la Charte.
61. Not. Art. 10, Partie 1.
62. Art. 1, § 2, Partie 2.
63. Art. 2, § 1, Partie 2.
64. Art/ 2, § 1; art. 3 § 4, Partie 2
65. Not. Art. 2, § 5 et 6, Partie 2.
66. C. Nivard, La justiciabilité des droits sociaux : étude de droit conventionnel européen, préc.
67. Ce caractère intergouvernemental du comité EDS a pu faire l'objet de critiques fortes. Il affaiblit la légitimité de cet organe. Aussi le Protocole portant amendement de la Charte sociale européenne de 1991 (ci-après Protocole de Turin de 1991) prévoit-il l'élection des experts du comité par l'Assemblée parlementaire. La réforme est encore en attente de son entrée en vigueur.
68. Article 3 du Protocole de Turin de 1991. Toutefois, la référence au modèle juridictionnel n'est pas absente de la constitution du comité. Ainsi, les membres du comité prêtent-ils serment, à l'instar de magistrat, d'exercer leurs « fonctions de membre du comité conformément aux exigences d'indépendance, d'impartialité et de disponibilité inhérentes à ce mandat ». Ils s'engagent également à respecter « le secret des délibérations du Comité » (art. 5 du Règlement du Comité européen des droits sociaux du 29 mars 2004).
69. Art. 25 de la Charte sociale européenne de 1961.

70. Changement de désignation acté lors de la 158^e session des 16 au 20 novembre 1998 du comité d'experts, cf. Conclusions XIV-2, p. 23
71. Article 26 de la Charte sociale européenne de 1961, inchangé.
72. Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, pt. 29-30.
73. Cf. « Formulaire pour l'établissement des rapports à présenter en application de la Charte sociale européenne (révisée) », tel qu'adopté par le Comité des Ministres le 26 mars 2008,
74. Par exemple, art. 1, § 1 de la Charte sociale européenne.
75. La formule est de style au sein du formulaire.
76. Art. 15 §1 de la Charte sociale européenne.
77. « Nombre total de personnes handicapées, nombre de personnes handicapées âgées de moins de 18 ans, nombre de personnes handicapées dans la vie scolaire normale, dans l'enseignement spécial et dans les filières de formation professionnelle, y compris dans l'enseignement supérieur, nombre de classes d'intégration et d'établissement d'enseignement spécial, formation initiale et continue des enseignants », Formulaire, préc., p. 33.
78. F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications F.U.S.L., 1987.
79. La reconnaissance de la représentativité échappe à la compétence des Etats. Selon le Comité EDS, il s'agit d'« une notion autonome qui n'est pas nécessairement identique à la notion nationale de représentativité », en ce sens, not. Confédération française de l'Encadrement CFE-CGC c. France, Récl. 9/2000, décision sur la recevabilité du 6 nov. 2000, § 6.
80. Art. 1, b du Protocole additionnel de la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Strasbourg, 9 novembre 2011.
81. Art. 3 du Protocole, préc.
82. CEDS, 10 mars 1999 Commission international de juristes c. Portugal, reclam. coll. n° 1/1998.
83. Sur la place du jugement d'efficacité en droit not., F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Travaux et Recherche 9, 1987
84. CEDS, 5 décembre 2007, Mouvement International ATD Quart Monde c. France, réclamation n° 33/2006, § 60.
85. Ibid.
86. L'article I, paragraphe prévoit une telle tolérance pour la mise en oeuvre du droit à des conditions équitables de travail, droit à la formation professionnelle, droit à l'information et à la consultation, du droit de prendre part à la détermination et à l'amélioration des conditions de travail et du milieu du travail.
87. CEDS, 16 nov. 20101, CFE-CGC c. France, réc. n° 9/2000, § 40.
88. CEDS, 4 novembre 2003, Autisme Europe c. France, récl. n° 13/2002, §53.
89. P. Gruny et L. Harribey, "Le socle européen des droits sociaux : première ébauche d'un Code de convergence sociale ?", Rapport d'information du Sénat, n° 457 du 20 avril 2018.
90. Communication de la Commission du 13 mars 2019 « Suivi de la mise en œuvre du socle européen des droits sociaux », COM(2018), 130 final.
91. S. Laulom, « L'espoir d'une revitalisation du projet d'Europe sociale », Revue droit du travail Dalloz, 2017, p. 5.
92. K. Chatzilaou, « Vers un socle européen des droits sociaux : quelles inspirations ? », Revue droit du travail p. 175.
93. Art. 1 du Socle.
94. Art. 3 du Socle.
95. Art. 4, al. 3 du Socle.
96. Art. 6, al. 1 du Socle.
97. Décision 2010/707/UE du Conseil du 21 octobre 2010 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres.

98. Décision 2015/1848/UE du Conseil du 5 octobre 2015 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres pour 2015.
99. Décision 2018/1215/UE du Conseil du 16 juillet 2018 relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres.
100. « Document de travail des services de la Commission, Tableau de bord social, accompagnant la Communication “Mise en place d'un socle européen des droits sociaux”, COM(2017) 250 final).
101. Art. 8 du socle européen des droits sociaux.
102. Art. 1 du socle européen des droits sociaux.
103. Document de travail des services de la Commission, Tableau de bord social, accompagnant la Communication “Mise en place d'un socle européen des droits sociaux”, COM(2017) 250 final, op. cit.
104. « Projet de rapport conjoint sur l'emploi de la Commission et du Conseil accompagnant la Communication de la Commission sur l'examen annuel de la croissance 2019, COMP(2018)761final », spéc. p. 25.
105. *Ibid.*, spéc. p. 26, note 13.
106. Not., G. Raveaud « Au cœur de la stratégie européenne pour l'emploi, le taux d'emploi », *Education et sociétés*, décembre 2006, n° 2, pp. 17-33; Robert Salais, « La politique des indicateurs. Du taux de chômage au taux d'emploi dans la stratégie européenne pour l'emploi (SEE) », in Zimmermann B. (éd.), *Les sciences sociales à l'épreuve de l'action. Le savant, le politique et l'Europe*, Éditions de la MSH, s.d., pp. 287-331.
107. Employment Performance Monitor (EPM).
108. Social Protection Performance Monitor (SSPM).
109. Macro Imbalance Procedure (MIP).
110. « Recommandation du Conseil concernant le programme national de réforme de la France pour 2018 et portant avis du Conseil sur le programme de stabilité de la France pour 2018, COM(2018) 409 final », s.d.

RÉSUMÉS

La globalisation des droits se manifeste par des phénomènes souvent décrits en termes de circulation ou transfert de droits. Parmi ces phénomènes, il en est un dont l'importance paraît croissante en matière sociale. Il s'agit du dépôt de droits sociaux sur des supports n'ayant pas pour objet de réglementer les rapports de travail, mais, d'encadrer les échanges commerciaux, de réguler la production de biens ou de produits, de promouvoir certaines politiques sociales ou encore de coordonner des politiques publiques nationales. Les clauses sociales présentes de manière croissante dans les accords de libre-échange ou l'adossement du socle européen des droits sociaux à un tableau d'indicateurs en sont des illustrations. Ces pratiques d'inclusion des droits du travailleur au sein de support économique, technique ou politique ne font pas véritablement objet d'attention pour elles-mêmes et sont trop souvent interprétées à partir de la normativité juridique. Cette extension de l'analyse juridique à de tels objets aboutit à ne commenter ces instruments qu'en terme d'écart au droit : ces droits sont-ils objets de sanction efficace ? Peuvent-ils être justiciables et invoqués devant un juge ? Ces préoccupations laissent dans l'ombre une question plus fondamentale, celle du changement qu'opère le passage d'une

forme normative à une autre. Ces hybridations impliquent en effet une traduction, mieux une transformation. Tel est l'objet de la présente contribution.

The globalization of rights is manifested by phenomena often described as the circulation or transfer of rights. Among these phenomena, there is one category, whose importance seems to be growing in international and european social matters. It is manifested by the filing of social rights on instruments not intended to regulate labour relations, but to regulate international trade, regulate the production of goods or products, promote certain social policies or even coordinate national public policies. The social clauses increasingly present in free trade agreements or the linking of the European social rights Pillar to a scoreboard of indicators are examples among many others of this. These practices of including workers' rights in economic, technical or political support do not really attract attention for themselves and are too often interpreted on the basis of legal normativity. This extension of the legal analysis to such objects leads to commenting on these instruments only in terms of deviation from the law : are these rights subject to effective sanctions ? Can they be justiciable and invoked before a judge ? These concerns leave a more fundamental question in the shadows, that of the changes brought about by the passage from one normative form to another. These hybridizations imply a translation, better a transformation. This is the purpose of this contribution to describe such a process and its implications.

INDEX

Mots-clés : mode de normativité, forme, transformation, circulation des modèles juridiques, conditionnalité, clause sociale, charte sociale européenne, sociale européen des droits sociaux, promotion des droits sociaux fondamentaux, évaluation

Keywords : mode of normativity, form, social clause, circulation of legal models, conditionality, european social charter, european social rights pillar, transformation

AUTEUR

JÉRÔME PORTA

Jérôme Porta est professeur de droit à l'Université de Bordeaux - Membre du COMPTRASEC UMR 5114