



HAL
open science

“ Les limites de l’accord collectif européen : à propos de l’arrêt EPSU ”

Etienne Pataut

► To cite this version:

Etienne Pataut. “ Les limites de l’accord collectif européen : à propos de l’arrêt EPSU ”. Mélanges PY Verkindt, LGDJ, pp.327, 2022. halshs-03923454

HAL Id: halshs-03923454

<https://shs.hal.science/halshs-03923454v1>

Submitted on 4 Jan 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les limites de l'accord collectif européen : A propos de l'affaire *EPSU*¹

Etienne Pataut

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1), IRJS

Nulle contradiction n'est plus saisissante que celle qui existe entre l'internationalisation du capital et la stricte limite étatique du travail, dont les règles sont fermement maintenues à l'intérieur des frontières nationales. Plus généralement, le droit du travail est peut-être la plus éclatante illustration de ce que Nancy Fraser appelle « la déformation de la perspective » qui conduit à un hiatus majeur entre des « forces transnationales dans leur portée et extra ou a-territoriales dans leur mode d'opération » et des « mécanismes permettant de remédier à l'injustice, hérités de l'époque fordistes (...) circonscrits nationalement et situés au niveau de l'État territorial »².

Les tentatives sont nombreuses, aujourd'hui, pour remédier à cette situation ; car la résistance à l'internationalisation, si caractéristique du droit du travail a un coût, et un coût important, qui est celui de la disproportion complète entre un employeur qui prend des décisions et exerce sa liberté d'action dans un environnement mondial, face à des travailleurs qui, pour leur part, ne peuvent nullement échapper aux règles nationales. Dans cette perspective, la loi nationale peut, certes, être protectrice, mais elle peut tout aussi bien être un carcan ; et lorsque que, comme aujourd'hui, la mondialisation a largement déterritorialisé les entreprises, faire de l'ancrage national de la relation de travail la norme est très problématique. Elle permet notamment une mise en concurrence des lois les unes avec les autres au seul bénéfice des employeurs, conduisant à une course sociale vers le bas, parfois plus euphémistiquement qualifiée de « dérégulation compétitive »³.

Mais si le problème est bien identifié, sa résolution, elle, est loin d'être en vue. En revanche, les pistes de réflexion, en la matière, abondent. L'une d'entre elles, qui sera explorée en hommage à Pierre-Yves Verkindt, est celle de l'autonomie de la volonté.

Il est aujourd'hui très largement admis que la mondialisation économique et le substrat économiquement libéral sur lequel elle s'est construite ont conduit à un considérable développement considérable de l'autonomie de la volonté⁴.

Au-delà de ce constat — aujourd'hui presque banal — l'importance toujours plus grande reconnue aux parties ne s'arrête pas à la possibilité de choisir une loi étatique déterminée pour un rapport de droit déterminé. Elle conduit, désormais, à la multiplication et à la banalisation des normes privées. Le débat, aujourd'hui un peu vieilli, sur la *lex mercatoria*, a

¹ CJUE, Grande Chambre, 2 septembre 2021, aff. C-928/19

² N. FRASER, « Rethinking recognition », *New Left Review*, n° 3, 2000, trad. Française dans : *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, La Découverte, 2011, p. 87.

³ H. MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *Rec. Cours.* 2005. Vol. 307, p. 29

⁴ C. KOHLER, « L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme », *Rec. Cours.* 2013, vol. 359, p. 285.

eu l'immense mérite historique d'attirer l'attention sur un phénomène qui n'a fait que prendre de l'ampleur : celui de l'éclosion de normes d'origine privées. Toute tentative de compréhension des mécanismes de coordination des normes en matière de droit du commerce international passe aujourd'hui par la prise en compte de ces normes d'ordre privées.

Cette évolution pourrait trouver un terrain particulièrement fertile en droit du travail. En la matière, en effet, l'autonomie des partenaires sociaux a conduit, en droit interne, à l'émergence de figures contractuelles particulières, sous la forme de conventions collectives qui constituent depuis longtemps une source majeure du droit social interne. A première vue, aucun obstacle théorique ne s'oppose à l'extension à l'ordre international de la négociation et de la conclusion d'accords collectifs. Ce qui existe dans l'ordre interne ne pourrait-il pas être purement et simplement transposé dans l'ordre international ?

Deux voies semblent, à cet égard, prometteuses : celles des accords internationaux d'entreprise et celles des conventions collectives internationales à proprement parler. Le recours au contrat collectif pourrait-il permettre de dépasser le cloisonnement rigide des systèmes nationaux ?

Rien n'est moins sûr tant le chemin est semé d'embûches. En témoigne la plus achevée de ces conventions collectives internationales : l'accord collectif de niveau européen. Objet de dispositions spécifiques du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), l'accord collectif européen est juridiquement organisé et peut prendre appui sur des partenaires sociaux organisés au niveau européen, notamment la Confédération Européenne des Syndicats et *Business Europe*, son alter ego patronal.

Les conditions d'existence et l'efficacité juridique de ces accords, pourtant, sont encore loin d'être assurés tant les failles juridiques en la matière sont béantes. Celles-ci, surtout, sont apparues en pleine lumière dans une décision récente. L'accord collectif européen a en effet eu récemment le douteux honneur d'être au cœur d'un arrêt de Grande chambre de la Cour de justice de l'Union européenne. En mettant un point final à une longue bataille institutionnelle et judiciaire, la Cour de justice de l'Union européenne a clarifié, aux dépens des syndicats, le rôle de ceux-ci dans l'architecture de l'Union.

La difficulté s'était nouée il y a déjà quelque temps.

En 2015, la Commission proposa aux partenaires sociaux, en application de l'article 154 §2 TFUE, de discuter d'une éventuelle consolidation des directives en matière d'information et de consultation des travailleurs, notamment de la fonction publique⁵. Les partenaires sociaux concernés, à savoir la Délégation syndicale de l'administration nationale (DSANE) et les Employeurs de l'administration publique européenne (EAPE) ont alors fait part de leur volonté de négocier et de conclure un accord sur le sujet. Celui-ci, dénommé « Cadre général pour l'information et la consultation des fonctionnaires et employés des administrations des gouvernements centraux » fut conclu le 21 décembre 2015⁶. En 2016, les partenaires sociaux

⁵ Commission européenne, « Première phase de consultation des partenaires sociaux au titre de l'article 154 du TFUE concernant une consolidation des directives de l'Union sur l'information et la consultation des travailleurs » C (2015) 2303 final du 10 avril 2015.

⁶ « Accord sur un cadre général pour l'information et la consultation des fonctionnaires et employés des administrations des gouvernements centraux » du 21 décembre 2015, disponible sur : https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/europe_et_international/Accord-IC-FR-traduction-adoptee.pdf (dernière visite, décembre 2021).

concernés demandèrent à la Commission de présenter au Conseil une proposition de décision mettant en œuvre l'accord au niveau de l'Union. Après une longue réflexion, celle-ci refusa, par une décision du 5 mars 2018.

C'est ce refus qui fit l'objet du litige, mené par La Fédération syndicale européenne des services publics (FSESP), plus connue sous le nom de son acronyme anglais, European Federation of Public Service Unions (EPSU). Cette fédération a contesté cette décision estimant que la Commission avait l'obligation de présenter cet accord au Conseil et que les motifs par lesquels elle s'y est refusée sont juridiquement erronés. La fédération va successivement perdre devant le Tribunal de l'Union européenne⁷, puis devant la Cour de justice, réunie en Grande chambre et sur conclusions concordantes de l'Avocat général Priit Pikamäe.

Ce retentissant échec syndical n'est pas de très bon augure pour le développement de l'accord collectif européen. Non seulement, en effet, sa nature juridique reste mystérieuse (I) mais encore, du fait de l'arrêt *EPSU*, sa place dans l'équilibre européen des pouvoirs semble désormais marginale (II).

I. Les mystères de l'accord collectif européen

Le principe même des rencontres entre partenaires sociaux au niveau européen date des années 80. Ce sont les rencontres dites de « Val duchesse ». Val Duchesse est un lieu mythique du droit de l'Union, puisque c'est dans ce château belge au nom poétique que s'est tenue la conférence intergouvernementale qui a donné naissance à la Communauté économique européenne. Mais c'est là aussi que s'est développée pour l'Europe l'idée d'associer des partenaires sociaux à l'élaboration de la norme sociale européenne⁸. Ces rencontres régulières ont pris une forme institutionnelle précise depuis 2003, avec l'instauration du « sommet tripartite pour la croissance et l'emploi », dont la création résulte d'une décision du Conseil et dont la mission consiste à « assurer, de façon permanente, dans le respect du traité et des compétences des institutions et des organes de la Communauté, la concertation entre le Conseil, la Commission et les partenaires sociaux »⁹.

Au-delà de ces rencontres, dont l'objet politique est évident, mais les réalisations juridiques précises plus évanescences, les traités organisent une place particulière au sein de l'ordre juridique de l'Union pour les partenaires sociaux. Mais transformer les partenaires sociaux en législateur n'est pas une tâche aise. Aussi l'organisation institutionnelle mise en place par le traité (A) laisse-t-elle ouverte de graves difficultés juridiques (B)

A. Dialogue social et accords européens

Les traités reconnaissent une place éminente aux partenaires sociaux. C'est ce que dit très clairement l'article 152 TFUE selon lequel « L'Union reconnaît et promeut le rôle des

⁷ Tribunal, 24 octobre 2019, aff. T-310/18, *EPSU and Goudriaan v Commission*. Sur cette décision, v. part. M. SCHMITT, « Le principe de subsidiarité sociale. Observations à partir de l'affaire *EPSU et Goudriaan c/ Commission européenne* », *Droit Ouvrier*, 2020. 733, S. LAULOM, « Quel avenir pour le dialogue social européen ? », *Sem. Soc. Lamy*, no 1888-1889, supplément 23 décembre 2019, 2019, p. 33.

⁸ Sur l'historique de ces « rencontres de Val Duchesse », v. not. P. RODIÈRE, *Droit Social de l'Union Européenne*, LGDJ, 2014, pp. 87 et s.

⁹ Décision 2003/74 du Conseil du 6 mars 2003, *JOUE*, n° L 70 du 14 mars 2003.

partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie »¹⁰.

Cette véritable déclaration de principe est, certes, attentive aux divergences entre États. Il y a là un véritable *leitmotiv* de toute compétence en matière sociale qui, plus que toute autre, suscite une certaine méfiance de la part de quelques États membres. C'est cette réticence qui justifie qu'il soit à plusieurs reprises fait référence dans le texte du traité à la nécessité de respecter la diversité des législations des États membres ainsi d'ailleurs, plus largement, qu'à celle de veiller à ce que les normes sociales ne constituent pas un frein à l'activité économique¹¹.

Il reste qu'en dépit de ces réticences, il n'y a pas là uniquement une pétition de principe. Pour mettre en œuvre cette compétence, en effet, le traité prévoit une véritable procédure de consultation et de négociation avec les partenaires sociaux qui est décrite aux articles 154 et 155. L'article 154 § 1, tout d'abord, donne à la Commission européenne mission de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau européen et de faciliter leur dialogue en veillant à leur soutien équilibré. Plus précisément, les paragraphes 2 et 3 de l'article 154 obligent la Commission à les consulter avant de mettre en place toute proposition dans le domaine de la politique sociale. Il s'agit en fait de deux consultations, d'abord sur l'opportunité d'une éventuelle action (§2), puis sur le contenu de celle-ci (§3).

Ensuite, en application des articles 154 § 4 et 155, les partenaires sociaux peuvent faire savoir qu'ils entendent mener la négociation eux-mêmes, sans la Commission qui, de ce fait, se retire du jeu ; et ce n'est que si les partenaires sociaux ne parviennent pas effectivement à un tel accord que la Commission reprendra son rôle et rédigera elle-même le texte.

L'actualité se charge d'illustrer cette hypothèse. Comme on le sait, l'une des premières décisions de la Commission von der Leyen fut de consulter les partenaires sociaux de niveau européen sur une éventuelle action visant à relever les défis liés à un salaire minimum équitable¹². Suite au refus de ceux-ci de s'engager dans une négociation¹³, la Commission a proposé une directive relative au salaire minimal dont le long processus législatif est en cours¹⁴.

¹⁰ Sur l'ensemble, v. SCHMITT M., *Autonomie collective des partenaires sociaux et principe de subsidiarité dans l'ordre juridique communautaire*, PUAM, 2009.

¹¹ Article 151 al. 2, article 153 § 2 b. Sur l'ensemble de la question, v. part. SCHMITT M., « Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne », *Dr. ouvr.*, 2019, p. 438.

¹² Commission européenne, « Première phase de consultation des partenaires sociaux au titre de l'article 154 TFUE sur une éventuelle action visant à relever les défis liés à un salaire minimum équitable », 14 janvier 2020, COM (2020) 83 final ; puis, dans un deuxième temps : « Seconde phase de consultation des partenaires sociaux au titre de l'article 154 du TFUE sur une éventuelle action visant à relever les défis liés à un salaire minimum équitable », 3 juin 2020, COM (2020) 3570 final.

¹³ V. notamment la réponse circonspecte de la Confédération européenne des Syndicats à la première consultation : https://www.etuc.org/sites/default/files/document/file/2020-02/ETUC%20REPLY%20to%20the%20First%20Phase%20Consultation%20of%20Social%20Partners%20under%20Article%20154%20TFEU%20on%20a%20possible%20action%20addressing%20the%20challenges%20related%20to%20fair%20minimum%20wages_0.pdf (dernière consultation décembre 2021).

¹⁴ Commission européenne, « Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on adequate minimum wages in the European Union », 28 octobre 2020, COM (2020) 682 final.

Ainsi, on le voit, le traité met en place une procédure tout à fait singulière dans l'ordonnement juridique classique du droit de l'Union, puisque l'un des pouvoirs fondamentaux de la Commission, l'initiative législative, s'articule avec la négociation collective menée sous l'égide des partenaires sociaux. Il reste, comme l'affaire *EPSU* va le montrer, que cette articulation n'est rien moins qu'évidente. Tout dépend, en effet de l'efficacité donnée à au résultat de cette négociation.

Or, sur ce point, règne un grand flou juridique. D'après l'article 155 §1 TFUE : « Le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords ».

La formulation retenue est un peu vague, car il est difficile de savoir ce que recouvre exactement l'expression « relations conventionnelles », comme il n'est pas aisé de saisir ce qu'il faut entendre par « accord ». L'économie générale du texte permet néanmoins de comprendre l'objectif fondamental du législateur européen : faire de ces accords l'équivalent pour le droit de l'Union européenne des conventions collectives du droit national. Tout particulièrement, le processus d'élaboration de ceux-ci permet de souligner qu'ils présentent deux caractéristiques fondamentales des conventions collectives : ils sont négociés directement entre les partenaires sociaux, d'une part, ils ont vocation à se substituer à la loi, d'autre part.

Pour autant, le volontarisme juridique a ses limites. L'analyse de ces accords ouvre en effet beaucoup plus de difficultés qu'elle n'en résout.

B. Qu'est-ce qu'un accord collectif européen ?

Ces accords posent, tout d'abord, de difficiles problèmes de légitimité. Il est certain que la légitimité d'expertise, acquise par certaines grandes fédérations internationales, ne pèse pas du même poids qu'une légitimité acquise et progressivement concrétisée par les luttes sociales, l'histoire et, finalement, le droit syndical, propre à chacun des États. A cet égard, les règles de représentativité formalisées dans une communication de la Commission de 1993 sur l'organisation du dialogue social¹⁵, et régulièrement rappelées dans les communications postérieures¹⁶, ont le mérite d'exister, mais elles n'ont guère de poids juridique ni, d'ailleurs, de pouvoir de conviction.

Cette légitimité un peu bancal explique peut-être que les accords proprement dits ne soient pas si nombreux, et que fréquemment, les termes de « recommandations », « déclarations » et autres « avis communs » leur aient été préférés¹⁷. Pour être peu nombreux, ces accords existent néanmoins. Il y a désormais huit accords-cadres, sur le congé parental (1995 révisé en 2009), le travail à temps partiel (1997), le travail à durée déterminée (1999), le télétravail

¹⁵ Commission européenne, « Communication concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale », 14 décembre 1993, COM (93) 600 final.

¹⁶ V. not. Communication « Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire », COM (98) 322 final ; Communication « Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement », COM (2002) 341 final.

¹⁷ Sur ces dénominations, MAZUYER E., « Les instruments juridiques du dialogue social européen », *Dr. soc.*, 2007, p. 476.

(2002), le stress au travail (2004), le harcèlement et la violence au travail (2007), les marchés du travail inclusifs (2010) et le vieillissement actif (2017).

Depuis 10 ans, ces accords semblent marquer le pas¹⁸, même si la Commission von der Leyen a très clairement placé au premier rang de ses préoccupations leur renaissance¹⁹. Il reste que l'on pourrait donc estimer que cet ensemble forme le premier *corpus* de conventions collectives européennes.

Rien, pourtant, n'est moins sûr. Tout d'abord, la lecture de leurs dispositions est fréquemment un peu décevante, tant est parfois faible leur contenu proprement normatif²⁰. Mais, au-delà même de la question des règles particulières, la nature juridique de ces accords reste encore très largement difficile à déterminer.

En droit interne, c'est la loi qui permet, à des conditions précises, de faire passer un accord entre personnes privées à la valeur de norme juridique. Les accords d'entreprise, de branche ou interprofessionnels sont tous décrits en détail et les règles nationales, encore une fois fort différentes d'un État membre à l'autre, permettent de connaître avec précision les conditions de validité et, surtout, les destinataires des normes contenues dans ces conventions collectives.

Rien de tel en droit de l'Union européenne. Le traité parle simplement d'« accords », mais rien n'est dit sur la valeur juridique de ceux-ci ni, surtout, sur leur opposabilité aux tiers. Telle est bien la question fondamentale en effet : pour être un accord comparable à une convention collective de droit national, les conditions dans lesquels ces accords peuvent ou doivent être appliqués aux travailleurs concernés devraient être précisées. Rien de tel, pourtant, dans le texte du traité ni dans le droit dérivé. Dès lors, si l'on voit bien la valeur politique de ces accords, leur nature juridique et le mécanisme qui permettrait de passer d'un accord privé à une norme générale ne sont décrits nulle part.

En réalité, faute de règles européennes en la matière, on peut douter qu'un accord soit juridiquement obligatoire au-delà de ses signataires. On se heurte là à une difficulté majeure, qui tient, plus profondément, au fait que les règles de la démocratie sociale supposent des mécanismes légaux et sociaux acceptés par tous. L'Union européenne est encore très loin d'un tel objectif. En réalité, il semble bien plutôt que la valeur juridique d'un accord collectif européen se rapproche de celle d'un contrat²¹. Un contrat étrange, politiquement doté d'un grand poids, mais un contrat quand même, doté de l'effet relatif et qui, dès lors, ne lie nul autre que les parties qui l'ont signé.

Pour affronter cette insurmontable difficulté, le traité tente, certes, une stratégie de contournement, en se désintéressant de la question de la nature juridique de ces accords pour s'intéresser à leur mise en œuvre. Ces accords collectifs, pour être applicables dans le droit

¹⁸ MAZUYER E., « Retour sur l'âge d'or du dialogue social européen », in *Mélanges Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p. 269, spéc. p. 276-277 ; PINATEL F., « Les espoirs déçus de la négociation collective européenne », *Mélanges Pierre Rodière. op. cit.*, p. 419.

¹⁹ Plus généralement, v. la Communication « une Europe sociale forte pour des transitions justes », 14 janvier 2020, COM (2020) 14 final, insistant sur l'importance du dialogue social.

²⁰ Au point parfois d'être quasiment nul, notamment dans les deux derniers accords : MAZUYER E., « Retour sur l'âge d'or du dialogue social européen », *op. cit.*, p. 277.

²¹ En ce sens, RODIERE P., *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2^e éd., 2014, n° 107.

interne de chaque État membre, peuvent en effet passer par deux voies, qui sont l'une et l'autre décrites dans l'article 155. Ces deux voies se distinguent par leur méthode de mise en œuvre de l'accord. En application de l'article 155 TFUE il peut y avoir, en effet, une mise en œuvre par la négociation collective nationale²², ou une mise en œuvre par l'adoption d'une décision du Conseil sur proposition de la Commission. La première possibilité (utilisée pour 4 de ces accords) respecte l'autonomie des partenaires sociaux mais sans résoudre de nombreuses difficultés : il n'est nullement certain qu'il y ait une obligation de transposition, de même que l'étendue de cette transposition n'est pas juridiquement établie. Le principe même de l'harmonisation en sort bien amoindri²³ de même que l'efficacité des accords²⁴. En toute hypothèse, ce qui sera obligatoire dans les États sera bien l'accord national, dans les formes connues du droit national, et non l'accord européen.

La deuxième possibilité, quant à elle, conduit à couler l'accord-cadre dans de plus traditionnelles solutions, puisque, après quelques hésitations, il a été décidé que la « décision » à laquelle renvoie l'article 155 pouvait prendre la forme traditionnelle d'une directive²⁵. Depuis sa communication de 1993, la Commission a précisé qu'elle ne modifierait pas le texte de l'accord, qui est proposé tel quel au Conseil. La directive reprend donc simplement le texte de l'accord.

Il reste que se perd, au passage, la particularité de celui-ci, puisque le texte, dans cette configuration, tirera sa force obligatoire non pas de l'échange de consentements, mais bien de la directive elle-même. C'est donc bien d'une loi, au sens spécifique de l'Union européenne, qu'il s'agit.

Surtout, cette seconde voie oblige à s'interroger sur les rôles respectifs dévolus à la Commission européenne, d'une part, et aux partenaires sociaux, d'autre part. La Commission s'est en effet engagée à ne pas modifier le texte de l'accord. Mais cette obligation va-t-elle jusqu'à remettre en cause le monopole de l'initiative législative dont elle dispose ?

La Commission, en tout cas, ne l'a pas pensé qui, à deux reprises, a refusé de proposer au Conseil l'adoption de décisions visant à mettre en œuvre un accord-cadre : celui relatif à la

²² LYON-CAEN A., « Le rôle des partenaires sociaux dans la mise en œuvre du droit communautaire », *Dr. soc.*, 1997, p. 352 ; sur l'ensemble, v. part. PORTA J., *La réalisation du droit communautaire*, LGDJ, 2008.

²³ Même s'il est vrai que la Cour de justice elle-même a pu souligner la large marge de manœuvre laissée aux États dans leur mise en œuvre des accords-cadres en raison du caractère très lâche de l'harmonisation réalisée : v. CJUE, 1^{er} mars 2012, *O'Brien*, aff. C-393/10.

²⁴ PINATEL F., « Les espoirs déçus de la négociation collective européenne », *Mélanges Pierre Rodière. op. cit.*, p. 426.

²⁵ Dir. 96/34 du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental, *JOCE*, 19.6.1996, L 145/4 puis Dir. n° 2010/18 du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental, *JOUE*, 18.3.2010, L 68/13, désormais remplacée par la Dir. 2019/1158 du 20 juin 2019 concernant l'équilibre entre vie professionnelle et vie privée des parents et des aidants, *JOUE*, 12.7.2019, L 188/79 ; Dir. 97/81 du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel, *JOCE*, 20.1.1998, L 14/9 ; Dir. 99/70 du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, *JOCE*, 10.7.1999, L 175/43.

santé et la sécurité dans le domaine de la coiffure de 2012²⁶, celui relatif à l'information consultation des travailleurs dans la fonction publique de 2015²⁷.

Ce dernier exemple, celui de l'affaire *EPSU*, est sans doute le plus frappant car il a conduit à une discussion approfondie sur la place des partenaires sociaux dans l'équilibre européen des pouvoirs. Derrière la question technique de droit institutionnel européen se trouvait donc posée une autre question, d'une toute autre profondeur, engageant l'avenir de la négociation collective européenne. Force est de reconnaître, à cet égard, que les enseignements à en tirer sont bien décevants.

II. Les décevantes leçons de l'affaire *EPSU*

La ligne d'argumentation suivie par la fédération syndicale tournait autour de deux arguments principaux, qui vont l'un et l'autre être rejetés par la Cour. Ils entendaient tout d'abord (et surtout) obliger la Commission à présenter cet accord au Conseil, ils contestaient ensuite la justification donnée par la Commission pour le refuser.

A cet égard, ne peut manquer de frapper le décalage des argumentations. Celle des demandeurs est nourrie de considérations de politiques sociales ; celle de la Cour (après le Tribunal et l'Avocat général), à l'inverse, plus sèchement juridique et institutionnelle. En plaçant la discussion sur ce terrain, la Cour protège certes les compétences de la Commission, mais au prix d'un recul de la démocratie sociale.

A. Protéger l'équilibre institutionnel

La première partie de l'argumentation d'*EPSU* visait à démontrer que la Commission avait l'obligation de présenter le texte au Conseil, aux fins d'adoption d'une directive. L'erreur de droit qu'aurait commise la Commission consisterait en une lecture erronée des articles 154 et 155 TFUE.

Le demandeur s'appuyait notamment sur le précédent *UEAPME*²⁸ qui avait exigé que la Commission, avant de présenter une décision au Conseil, vérifier la légalité de la décision et la représentativité de ceux qui l'avaient adopté. *EPSU* prétendait qu'une telle décision limitait le pouvoir de la Commission à ces deux contrôles, à l'exclusion, donc, de toute appréciation d'opportunité. La lecture était sans doute très excessive, aussi a-t-elle été écartée par la Cour de justice selon laquelle elle est « erronée (...) et, partant, non fondée » (n° 69).

²⁶ Accord-cadre européen sur la protection de la santé et de la sécurité au travail dans le secteur de la coiffure du 26 avril 2012 révisé sur lequel v. L. VOGEL, « Santé des coiffeurs : les dessous d'un (dés)accord », *Hesamag* n° 17, 2018, p. 12, disponible sur : https://www.etui.org/sites/default/files/Hesamag_17_FR_12-15.pdf (dernière visite, décembre 2021).

²⁷ « Accord sur un cadre général pour l'information et la consultation des fonctionnaires et employés des administrations des gouvernements centraux » du 21 décembre 2015, disponible sur : https://www.fonction-publique.gouv.fr/files/files/europe_et_international/accord-ic-fr-translation-adoptee.pdf (dernière visite, décembre 2021).

²⁸ TPICE, 17 juin 1998, aff. T-135/96, *UEAPME c. Conseil*, sur lequel v. M.-A. MOREAU, « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. Soc.*, 1999, p. 53.

La Cour décide plutôt de proposer un véritable guide d'interprétation des articles 154 et 155 TFUE. Selon sa lecture, la Commission n'est tenue que de consulter les partenaires sociaux dans les conditions prévues par l'article 154. C'est dans ce cadre que doit se faire le « dialogue social » garanti par l'article 28 de la Charte, et prévu à l'article 151 TFUE et l'autonomie des partenaires sociaux, consacrée à l'article 152, doit simplement être comprise comme permettant à ceux-ci d'exclure la Commission de leur négociation (n° 60 et s).

Aucun argument, en revanche, littéral, contextuel ou téléologique ne permettrait de tirer du traité une obligation pour la Commission de présenter un projet de directive issu de l'accord au Conseil. Au contraire, il conviendrait de lire l'article 155 à la lumière de l'article 17 TUE, relatif aux pouvoirs généraux de la Commission.

Comme l'affirme la Cour :

« Par les termes « sur proposition de la Commission », l'article 155, paragraphe 2, TFUE confère à cette institution une compétence spécifique qui, même si elle ne peut être exercée qu'à la suite d'une demande conjointe des partenaires sociaux, s'apparente, une fois qu'une telle demande est faite, au pouvoir d'initiative général prévu à l'article 17, paragraphe 2, TUE pour l'adoption des actes législatifs, dès lors que l'existence d'une proposition de la Commission est une condition préalable à l'adoption d'une décision par le Conseil au titre de cette disposition. Cette compétence s'inscrit dans le cadre du rôle qui est assigné à la Commission à l'article 17, paragraphe 1, TUE, lequel consiste dans le présent contexte à apprécier, eu égard à l'intérêt général de l'Union, l'opportunité de faire une proposition au Conseil sur la base d'un accord conclu entre des partenaires sociaux en vue de sa mise en œuvre au niveau de l'Union » (n° 47).

L'argument est encore renforcé par le recours à l'article 13§2 TUE aux termes duquel « Chaque institution agit dans les limites des attributions qui lui sont conférées dans les traités, conformément aux procédures, conditions et fins prévues par ceux-ci ». Le pouvoir d'initiative de la Commission serait, pour la Cour, l'une des expressions de ce principe. L'interprétation proposée par EPSU remettrait donc en cause l'équilibre institutionnel mis en place par les Traités. Pour la Cour (n° 57), le Tribunal n'a donc pas commis d'erreur de droit en affirmant qu'au terme de la procédure de consultation, la Commission récupérait la maîtrise de la procédure.

On le voit, la Cour replace donc la particularité du dialogue social dans le cadre plus général de l'équilibre institutionnel. Le premier ne saurait remettre en cause le second et, de ce fait, aucune atteinte à l'exclusivité de l'initiative législative de la Commission ne saurait être acceptée.

Une fois cet argument écarté et le monopole de la Commission fermement confirmé, la position de la Fédération était beaucoup plus fragile. Aussi ne faut-il guère s'étonner que la contestation de la justification même de la Commission n'ait eu aucun succès. Celle-ci s'appuyait sur des arguments d'opportunité, rappelés au point 13 de l'arrêt : l'existence de prérogatives de puissance publique de la compétence exclusive des États membres, celle de règles déjà en vigueur d'information-consultation dans certains États membres, le risque d'absence d'harmonisation, enfin.

Il ne semble guère utile d'entrer dans le détail de cette argumentation. La Cour, en effet, s'y refuse, en consacrant, là encore au nom de sa politique institutionnelle générale, un large pouvoir d'appréciation à la Commission et, corrélativement, un pouvoir de contrôle du juge

limité à « la vérification du respect des règles de procédure et de motivation ainsi qu'au contrôle de l'exactitude matérielle des faits retenus et au contrôle de l'absence d'erreur de droit, d'erreur manifeste dans l'appréciation des faits ou de détournement de pouvoir » (n° 96). Autant dire que les différents arguments invoqués par EPSU, relatifs à la fois au défaut de motivation et à son bien-fondé n'avaient, dans ce cadre, guère de chance de prospérer.

C'est encore au nom de cet équilibre institutionnel que la Cour refuse de considérer, comme l'y invitait EPSU, que la Commission s'était liée les mains par ses communications précédentes sur le dialogue social.

« S'agissant, comme en l'espèce, de l'exercice d'une compétence, conférée à la Commission par une disposition de droit primaire, de présenter ou non au Conseil une proposition qui constitue une condition préalable à l'adoption d'une décision par cette dernière institution, il ne saurait être considéré en l'absence d'un engagement explicite et univoque de sa part, eu égard notamment à l'importance de l'équilibre institutionnel dont cette compétence relève, rappelée au point 48 du présent arrêt, que la Commission se serait autolimitée dans l'exercice de cette compétence, en s'engageant à examiner exclusivement certaines considérations spécifiques avant de présenter sa proposition, transformant ainsi cette compétence discrétionnaire en compétence liée dès lors que certaines conditions sont réunies. Or, il ne ressort pas des arguments avancés par l'EPSU en l'espèce que la Commission ait pris un tel engagement, dans les communications invoquées, en ce qui concerne l'exercice de la compétence que lui confère l'article 155, paragraphe 2, TFUE » (n° 129).

L'autolimitation de la Commission n'est pas exclue. Mais pour conduire à autre chose qu'à un vague engagement sans caractère juridiquement obligatoire, il faudrait que la Commission s'engage unilatéralement et fermement.

De fait, la Commission, dans sa communication de 1993, n'avait pas pris en la matière d'engagement formel, mais au contraire explicitement réservé son pouvoir d'appréciation, sous réserve d'une information aux partenaires sociaux :

« Si la Commission estime qu'il n'est pas indiqué de soumettre au Conseil une proposition de décision relative à la mise en œuvre d'un accord, elle informe immédiatement les signataires de l'accord des raisons de cette décision »²⁹.

Dès lors, faute de lire dans les précédentes communications un tel engagement, la Cour refuse de considérer que la Commission a accepté une telle autolimitation de son pouvoir. La démocratie sociale n'est pas conquise : elle ne saurait être que concédée.

La lecture à laquelle procède la Cour ne manque certes pas de poids. En replaçant les dispositions spécifiques à la négociation collective de niveau européen dans le cadre plus général des prérogatives législatives des institutions, elle montre toute l'attention qu'elle entend consacrer à l'équilibre des pouvoirs au sein de l'Union. Elle n'en porte pas moins un sévère coup d'arrêt à une démocratie sociale, pourtant bien embryonnaire en Europe.

B. Assécher la démocratie sociale ?

²⁹ Commission européenne « Communication concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale », précité, n°39.

Sans surprise, la décision de la Cour de justice a immédiatement fait l'objet de commentaires critiques de la part des organisations syndicales. EPSU³⁰, IndustriAll³¹, la Confédération Européenne des Syndicats (CES)³², la Fédération Européenne des Transports³³ ont toutes regretté en des termes très vifs une décision qui est analysée comme un coup très dur porté au dialogue social européen et à la confiance entre partenaires.

De fait, tel est bien l'enjeu : déterminer qui est juge de l'opportunité politique d'une législation sociale. En faisant prévaloir les normes relatives au pouvoir institutionnel de la Commission sur celles relatives au dialogue social, en écartant d'un trait de plume le « prétendu principe de 'subsidiarité horizontale' » (n° 72), la Cour a, en réalité, purement et simplement refusé d'entrer dans le fond du débat.

Il n'est pas exclu que la Cour, en s'en tenant à cette ligne strictement juridique, ait craint de s'engager sur un terrain d'opportunité et de détermination d'une politique sociale qui ne relèverait pas de sa compétence. En refusant de placer la discussion dans le champ qui lui était suggéré, elle renvoie l'éventuelle nécessité de la construction d'une démocratie sociale au législateur lui-même, à qui il conviendrait de décider d'une éventuelle délégation aux partenaires sociaux du pouvoir législatif.

Il est certain que les termes même de l'article 155 TFUE ne permettent guère de se convaincre que la démocratie sociale dans l'Union européenne est arrivée à son terme. Si l'accord doit passer par le canal de la directive, c'est bien parce qu'en l'état actuel du droit de l'Union manquent les mécanismes juridiques qui permettraient de consacrer une véritable autonomie des partenaires, comparable à celle qui existe en droit interne.

Actuellement, l'entrée en vigueur de l'accord collectif ne peut passer que par une coopération entre acteurs et, en l'occurrence, entre les partenaires sociaux et la Commission. Que celle-ci s'y refuse, comme en l'espèce et le jeu institutionnel classique reprend ses droits, sans les partenaires sociaux. En d'autres termes, la lettre de l'article 155, à défaut de son esprit, est ici incontestablement la source de la difficulté : en refusant de consacrer en des termes explicites le pouvoir des partenaires sociaux et la subsidiarité sociale, elle laisse la place pour une interprétation stricte dans laquelle la Commission puis la Cour n'ont pas manqué de s'engouffrer.

Il reste que l'argument de la neutralité juridique convainc bien peu, surtout venant d'une Cour de justice qui n'hésite pas à prendre des décisions politiques fortes. Les exemples abondent, y compris en matière sociale : en matière de citoyenneté européenne, de discrimination, d'action collective, la Cour de justice n'a pas hésité à prendre des positions politiques, parfois à l'extrême limite des compétences ouvertes par les traités.

D'autant que la Cour elle-même, dans le présent arrêt, n'hésite pas à prendre parti sur le principe même de la démocratie sociale. Selon elle, en effet, dans la mesure où les Traités confèrent à la Commission le rôle de gardien de l'intérêt général (article 17§1 TFUE), confier aux partenaires sociaux l'analyse de l'opportunité politique de la législation « aurait pour résultat de faire primer les intérêts des seuls partenaires sociaux signataires d'un accord sur

³⁰ <https://www.epsu.org/article/press-release-damaging-ruling-how-commission-should-handle-eu-social-partner-agreements>

³¹ <https://news.industriall-europe.eu/Article/637>

³² <https://www.etuc.org/en/pressrelease/european-commission-needs-fix-mess-its-own-making>

³³ <https://www.etf-europe.org/european-commission-must-protect-social-dialogue-not-undermine-it/>

la fonction de promotion de l'intérêt général de l'Union dont la Commission est investie. » (n° 49).

La Cour oppose donc ici explicitement un intérêt général, dont seule la Commission serait gardienne à d'autres intérêts, sectoriels, qu'il conviendrait de maintenir à distance. Conception bien pauvre de la démocratie sociale, qui semble, dans l'esprit de la Cour, s'opposer à la démocratie politique ³⁴.

Dès lors, il convient de ne pas s'y tromper. En se faisant le sourcilieux gardien des prérogatives de la Commission, la Cour de justice prend bien une position politique : celle de ne pas faire confiance à une démocratie sociale qui a bien du mal à émerger en Europe, alors même qu'elle est explicitement consacrée par les Traités.

* *
*
*

L'analyse du sort donné à l'accord collectif européen n'incite guère à l'optimisme. Alors même que le cadre européen paraissait le terrain d'expérimentation idéal, le résultat après plusieurs décennies de dialogue social européen n'est guère encourageant. L'intervention institutionnelle a certes permis la mise en place d'un dialogue social riche et régulier, mais il n'en reste pas moins que celui-ci peine à s'émanciper d'institutions qui exercent encore sur lui une « tutelle institutionnelle paralysante » ³⁵. L'émancipation des partenaires sociaux est encore bien plus concédée que conquise et tout le régime juridique ambigu des accords en témoigne.

Le résultat est sans appel : « la convention collective européenne, règlement applicable à des relations de travail dans un cadre territorial pluri-national, continue largement d'appartenir à la prospective juridique » ³⁶.

Il faudra sans doute encore du temps pour que de nouvelles formes de normativité sociale transnationales puissent pleinement s'épanouir. Le cadre institutionnel n'ayant guère donné de résultats convaincants jusqu'ici, peut-être faudra-t-il passer par d'autres instruments, négociés directement par les acteurs, au niveau sectoriel ou au niveau de l'entreprise. L'exemple européen montre toutefois que le chemin sera long.

³⁴ Comp. TPICE, 17 juin 1998, aff. T-135/96, *UEAPME c. Conseil*, qui, au contraire, liait démocratie sociale et démocratie politique (n° 89).

³⁵ MAZUYER E., « L'âge d'or du dialogue social », *Mélanges Pierre Rodière*, op. cit., p. 279.

³⁶ RODIERE P., *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., n° 107.